

### Capítulo III

## ¿LEY 19.549 O DECRETO-LEY 19.549/72? UN DEBATE LINGÜÍSTICO Y FILOSÓFICO<sup>1</sup>

Por MILJIKER, MARÍA EVA

He leído el debate CAMPOLIETI-GORDILLO y me ha resultado más que interesante. Es por eso, seguramente, que me ha generado nuevas inquietudes que demuestran que las diferencias entre ellos pasan por una discusión muchísimo más amplia de lo que aparece a primera vista. Es que, en definitiva, la discusión CAMPOLIETI-GORDILLO demuestra, una vez más, que de la postura filosófica que adoptemos dependerá el carácter de nuestras respuestas a las preguntas concretas que nos hagamos sobre absolutamente cualquier tema jurídico.

Claramente, CAMPOLIETI y GORDILLO parten de dos lugares diferentes. CAMPOLIETI, como él mismo lo asume (“los abogados hemos sido educados para la conservación”), se ubica, voluntariamente claro, en el rol del abogado como actor que contribuye a la conservación del *statu quo*. GORDILLO, por el contrario, ha sido un precursor en la Argentina de quienes ven en el derecho una herramienta para luchar por la modificación del *statu quo*. Esto lo hace, por un lado, evaluando con visión crítica el contenido de las normas y prácticas imperantes. Y, por el otro, cuestionando el discurso legal formalista.

No es difícil trazar un paralelo entre las diferencias CAMPOLIETI-GORDILLO y la crítica del movimiento del *american legal realism*<sup>2</sup> al discurso jurídico formalis-

<sup>1</sup> Publicado originalmente en *LL*, 2007-A, 777.

<sup>2</sup> El movimiento del *Legal Realism* puede considerarse un hito en la historia del pensamiento jurídico norteamericano, en cuanto dejó al descubierto que la aplicación del derecho no era una tarea mecánica y objetiva. Otros movimientos surgidos en el marco de la tradición continental —por ejemplo la “jurisprudencia de intereses”— han sostenido posturas similares. Ver en este sentido CARDOZO, BENJAMÍN, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven: Yale University Press, 1921 y su traducción al español por PONSSA, EDUARDO, *La Naturaleza de la Función Judicial*, Buenos Aires, Acayú, 1955. Para el funcionamiento subjetivo de la selección de precedentes, ver CUETO RUA, JULIO CÉSAR, *El Common Law*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997. Ver también GORDILLO, AGUSTÍN,

ta.<sup>3</sup> La principal objeción de los realistas era que los formalistas “traducían” los conflictos reales en términos de *conceptos jurídicos abstractos*; y esto les permitía, *sobre la base de razonamientos circulares*, presentar cualquier decisión como una “derivación necesaria” de las reglas preestablecidas.

En palabras de FELIX COHEN, “*en todos los campos del derecho encontraríamos la misma costumbre de ignorar las cuestiones prácticas valorativas o de hecho y de buscar refugio en «problemas jurídicos», que siempre pueden ser resueltos mediante el manipuleo de conceptos técnicos según formas aprobadas*. En cada campo del derecho encontraríamos conceptos peculiares que no son definidos en términos empíricos ni en términos de ética, sino que son usados para responder cuestiones éticas y empíricas, cerrando así el paso a la investigación inteligente de los hechos sociales y de las pautas valorativas sociales (social policy). «Persona Jurídica», «derechos de propiedad», «valor justo» y «debido proceso legal» son conceptos de este tipo [...] *Los razonamientos jurídicos expresados en estos términos son necesariamente circulares, dado que estos términos son en sí creaciones del derecho, y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del médico de Molière de que el opio hace dormir a los hombres porque contiene un principio somnífero* [...] La proposición de que una ley es inconstitucional porque priva a las personas de la propiedad sin debido proceso legal sería científicamente útil si “propiedad” y “debido proceso” fuesen definidos en términos no jurídicos; de otro modo tal enunciado obstruye simplemente el estudio de los hechos relevantes.”<sup>4</sup>

*Ahora bien, los realistas no atacaban los conceptos jurídicos indeterminados y las discusiones de razonamientos circulares como un mero ejercicio teórico. Es que la “traducción” de los conflictos reales a “trascendental non-sense”<sup>5</sup> no es casual o insignificante. No da lo mismo argumentar sobre la base de conceptos circulares y abstractos, que exponer el verdadero debate valorativo, de justicia, que existe detrás de cualquier cuestión jurídica. La utilización de un lenguaje técnico desprovisto de toda connotación real y valorativa no es casual ni necesaria sino, por el contrario, funcional a la intención de mantener el statu quo y a evitar la discusión sobre la justicia del contenido de ciertas posturas.*

*An Introduction to Law*, London, Esperia Publications Ltd, 2003, versión como e-book que puede consultarse gratuitamente en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com).

<sup>3</sup> El enfoque formalista tradicional consideraba al derecho como un sistema de reglas autónomo y sin lagunas, del cual siempre era posible deducir cuál era la ley aplicable para un caso concreto. Esta concepción del derecho también implicaba que las reglas jurídicas debían ser aplicadas en forma “pura” y con prescindencia de cualquier consideración extra-sistema. (Ya fuera moral, política, económica, etc.) Para un enfoque de estas características, ver BEALE, JOSEPH H., *A Treatise on the Conflict of Laws*, New York, Baker, Voorhis and Co., 1935.

<sup>4</sup> COHEN, FÉLIX, *El Método Funcional en el Derecho*, Traducción de GENARO CARRIÓ, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 46-7.

<sup>5</sup> Así denomina COHEN en inglés a estos conceptos abstractos que no pueden ser traducidos ni a términos empíricos ni a términos valorativos.

Sobre la base de esa idea, se ha aglomerado el movimiento que, en los Estados Unidos, se conoce como *Critical Legal Studies*.<sup>6</sup> Este movimiento parte del ataque del *legal realism* al discurso formal y denuncia que la retórica jurídica se presenta como neutral e imparcial cuando, en realidad, lo que subyace a las reglas y a las decisiones judiciales son debates de tipo ético que encarnan dilemas “entre visiones irreconciliables de la humanidad y de la sociedad.”<sup>7</sup>

Según los *crits*,<sup>8</sup> el objetivo de “traducir” una pretensión jurídica a conceptos abstractos, es presentarla como “correcta y objetiva,” y así evitar la discusión sobre la justicia o conveniencia de la postura defendida.

No sorprende, a esta altura, que CAMPOLIETI (coherente con su posición filosófica) señale que “*el debate alcanza ribetes filosóficos o metajurídicos, no estrictamente jurídicos a los que pretendía ceñirme.*” Es claro que para GORDILLO, como para un realista o para un *crit*, esta frase encierra en sí misma una contradicción: Lo valorativo, lo político, etc., no está fuera sino que ES el derecho. CAMPOLIETI lo advierte y lo señala: “*Estamos discutiendo en planos distintos.*”

Una visión crítica del derecho, como la que sostiene GORDILLO, pretende discutir sobre el dilema ético encerrado. CAMPOLIETI, desde su postura más conservadora, utiliza *argumentos “statu quo «friendly».*” (Si se me permite el término para ilustrar un poco mejor a qué me refiero.) Desde su posición, argumentos como “me parece que no puede irse a contramano del lenguaje ratificado por el Congreso, el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia, todos democráticos,” son perfectamente válidos. Por el contrario, este tipo de argumentos no pueden ser aceptados por una visión crítica del derecho. El motivo está a la vista: Son claros frenos a cualquier intento de modificar la solución imperante al asunto en discusión, más allá de su justicia/conveniencia/etc.

Desde el punto de vista crítico, se han rechazado los argumentos que defienden ciertas posturas sobre la base de que “esa es la solución que la sociedad adopta en ese momento.” (Y, aparentemente, cuestionarlas sería “peligroso” para la seguridad jurídica.)

En este sentido, se ha dicho que se trata de “*discursos de poder (...) respaldados —en los casos del derecho, la economía y las ciencias políticas— por una aparato tecnocrático de justificación racional aparentemente formidable,*

<sup>6</sup> El movimiento conocido como “Critical Legal Studies (CLS)” postula una crítica al derecho y a la educación legal como instituciones que legitiman las injusticias sociales, y denuncia que el razonamiento jurídico presenta a las normas del sistema como naturales, necesarias y justas, cuando frecuentemente no lo son. Se trata de un movimiento académico, cuyos orígenes pueden remontarse a las luchas sociales de los años ‘60 en los Estados Unidos. Sobre el CLS, sus orígenes, postulados y distintos enfoques, ver: UNGER, ROBERT, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1986, y COURTIS CHRISTIAN (compilador), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001. Ver también “Notas Sobre la Historia de los Critical Legal Studies en los Estados Unidos,” *Lima*, 25 *Themis* 103, 1993. (Formato digital en [www.duncankennedy.net/topics/cls.html](http://www.duncankennedy.net/topics/cls.html))

<sup>7</sup> DUNCAN KENNEDY, “Form and Substance in Private Law Adjudication,” (89 *Harv. L. Rev.* 1685 1976), p. 1685.

<sup>8</sup> Así se denomina a los integrantes del movimiento del CLS.

*que sugiere que el conjunto de prácticas sociales dentro de las cuales nos ha tocado nacer en este momento histórico particular es mucho más que un arreglo contingente: que tiene un orden, aunque sea invisible, que tiene sentido (...) Una táctica promisorio para tratar de combatir la desmovilización que es producto de nuestras creencias convencionales (...) es mostrar que la estructura que rige nuestras vidas no es natural sino histórica y contingente: No siempre existió en la forma actual. Este descubrimiento es extraordinariamente liberador, no (o al menos no generalmente) porque haya algo tan maravilloso en las estructuras de creencias del pasado, sino porque al descubrirlas hace que veamos cuán arbitrarias son nuestras categorías (...) El propósito del CLS como empresa intelectual es tratar de «descongelar», o por lo menos ir martillando poco a poco las categorías mentales que se han congelado debido a su exposición habitual a las prácticas legales, intentando mostrar la forma en que el discurso jurídico contribuye a ese congelamiento (...) Al menos siempre resulta alentador saber que algunos de los más sofisticados argumentos racionalistas, resignados y abrumadores acerca de por qué nada importante puede cambiar son sencillamente erróneos.»<sup>9</sup>*

*Aquí quiero recordar, como ya lo anticipé, que los críticos del derecho no se dedican a señalar las falencias argumentativas del formalismo como un mero juego teórico. Tienen un objetivo y un fin. La crítica advierte que la utilización de argumentos que ocultan el debate valorativo ha obstaculizado y retrasado los cambios en los arreglos institucionales y sociales que, muchas veces, son considerados inconvenientes o injustos. En otras palabras, el discurso formalista, el argumento de que la defensa de la seguridad jurídica vale más que discutir la justicia de las posturas, es un instrumento disuasivo de la crítica, que ayuda a congelar el status quo. Por ese motivo, una visión crítica del derecho tiene como finalidad lograr un debate más transparente, y seguramente más radical y controversial sobre los conflictos morales subyacentes.*

Teniendo en cuenta lo expuesto, no hay duda de que el debate entre CAMPOLIETI y GORDILLO se enmarca en el más profundo del formalismo vs. visión crítica del derecho. En un caso (CAMPOLIETI) el derecho y los abogados son vistos como “conservadores” del *statu quo* plasmado en las soluciones normativas y prácticas vigentes. En el otro (GORDILLO) el derecho es evaluado con una mirada crítica y el abogado utiliza sus habilidades jurídico-argumentativas para denunciar las injusticias, inconveniencias, etc. De este modo, utiliza las herramientas que posee para lograr la modificación de esos arreglos institucionales.

Las dos posturas están fundadas y tienen mucha historia. La discusión entre estas dos visiones completamente diferentes del derecho continúa a lo largo de

<sup>9</sup>GORDON, ROBERT W., “Nuevos Desarrollos de la Teoría Jurídica y Cómo ‘Descongelar’ la Realidad Legal: Una Aproximación a la Crítica del Derecho,” en *Desde Otra Mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, pp. 325-327. Sobre los discursos dogmáticos como justificación “del poder de turno,” y su deconstrucción como punto de partida para una visión crítica del derecho ver GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª ed., cap. I.

los años. Cada abogado elige, hace una opción, y se ubica como crítico o defensor del status quo imperante. En mi opinión, como he dejado ver, la visión crítica es recomendable.

Es cierto, en esto coincido plenamente con CAMPOLIETI, que los abogados “hemos sido educados para la conservación.” Sin embargo, también se puede elegir utilizar las herramientas a nuestro alcance para evaluar la justicia o conveniencia de las normas y prácticas imperantes. Uno puede elegir atreverse un poco más a discutir (esta vez sí, *al menos como un ejercicio intelectual*) si nos gustan, si son justas, si son convenientes las posiciones y prácticas plasmadas en el sistema vigente. Y si descubrimos que no nos gustan... es bueno y reconfortante saber que tal vez algo se puede hacer... No se puede negar que los grandes cambios y los grandes hitos del derecho; los grandes fallos de la historia de nuestro país y el mundo (*Siri y Kot, Brown vs. Board of Education*, y aquí van muchos etc.) han sido el resultado de interpretaciones novedosas, modificación de criterios enraizados, o aceptación de propuestas diferentes a las que hasta ese momento eran doctrina mayoritaria.

