

TEORÍA Y PRÁCTICA DEL DERECHO ¹

por CARLOS COZZIO

Hablar de la vida argentina en el período 1930-1960 como expresión de vida jurídica ofrece una peculiar dificultad. La dificultad es inherente al tema mismo, el derecho, que tanto nos lleva a hablar de las *ideas* jurídicas rectoras en el campo teórico de la investigación, como nos vuelca sobre la *práctica*, obligándonos a examinar los principales cambios en la legislación, pero con referencia a la jurisprudencia de los tribunales, por cuanto sin estas referencias las leyes poca cosa son. La paráfrasis de don José Antolín del Cuento "la ley reina y la jurisprudencia gobierna", al ser analizada por la jusfilosofía existencial, ha descornado el telón para una nueva manera de hablar acerca del derecho.

Esta dualidad de análisis es inseparable: la teoría general del derecho da algo a la práctica pero también algo recibe de ésta. Y viceversa.

Si nos situamos en las escuelas de abogacía para apreciar la vida del derecho en el período que nos concierne, accederemos a una perspectiva privilegiada, pues las facultades de derecho funcionan como un balancín, donde la teoría y la práctica habrían de preparar su recíproca compenetración, para llevarse mutuamente al nivel de las exigencias que cada una ya estuviera viviendo.

El derecho, igual que cualquiera otra manifestación de la vida humana, no se hace sin la conciencia de él mismo, y en la medida en que esta conciencia lo anticipa como proyección de nuestra situación hacia su futuro. La vida jurídica también consiste en irnos instalando en sucesivas situaciones, aunque, claro está, no se trata de situaciones individuales sino colectivas. Por lo demás, no se ven siempre todas las posibilidades que contiene una situación para salir de ella: sólo se ven las que somos capaces de avistar. De ahí la importancia que adquiere el repertorio de la teoría jurídica general en la apreciación de un lapso de treinta años, pues la medida en que el fracaso o la insatisfacción que hoy se sintiere como vida jurídica correspondería a lo que los especialistas del derecho no supieron hacer por no haber tenido ojos para ver.



El presente ensayo está destinado, en forma específica, a iluminar este último aspecto de la cuestión total.

LA PREPARACIÓN PARA EL DERECHO

Todas nuestras facultades de derecho han acentuado su divorcio con la realidad social y con los problemas de su transformación. Ningún claustro en ellas ha afrontado un replanteamiento de lo que hoy concierne a la función social de una escuela de abogacía. Así, quienes desde 1930 a 1960 han llegado a la justicia, a las asesorías del estado o a la profesión de abogado (a salvo, claro está, lo que a cada uno le haya valido su autodidáctica) son hombres que salieron de su facultad con un diploma habilitante, pero sin conciencia —y por lo tanto, también sin responsabilidad— acerca de este hecho decisivo: que el derecho sólo existe bajo la modalidad de estar siempre llegando a ser, y que eso que el derecho fuere, en alguna medida depende de lo que lo haga ser quien actúa en su actualización.

Así se comprende que la profunda y generalizada crisis jurídica que vivimos hoy en la Argentina, al menos en el factor que nos toca esclarecer, se haya venido articulando desde hace 60 años, porque, desde ese aspecto, es el resultado de la manera deficitaria con que preparamos a nuestros técnicos en jurisprudencia: se los habilita formalmente para asumir la responsabilidad de nuestra vida jurídica, pero no pueden vivir esa vida con la conciencia científica que ella requiere en el siglo XX ni pueden actualizarla con una fuerza de convicción que se imponga de por sí como un *entendimiento societario* (de lo que hablaremos después) ni pueden mejorarla al compás de las transmutaciones que vienen con los nuevos tiempos.

LA TIMIDEZ DE NUESTROS JUECES

Tenemos que formularnos una pregunta tremenda. Para acceder mejor a ella, narraré primero un caso judicial fallado en Buenos Aires pocos años antes de 1930: una firma comercial muy importante, solicitó los servicios de un escribano público para tener un testimonio de un acto privado que incluía un inventario de cuantiosos bienes. Cuando el escribano pasó su cuenta de honorarios, advirtió que el acto realizado no estaba contemplado en el arancel de su profesión, por lo cual se ajustó a éste en forma analógica. La firma deudora, disconforme con el elevado monto que resultaba, ofreció en cambio una suma ínfima, valiéndose de la omisión arancelaria. El escribano articuló su demanda y el juez de primera instancia rechazó su pretensión, por falta de facultamiento oficial para extender esa clase de actos. Apelada la sentencia, la cámara civil encontró que esa clase de actos estaba autorizada por las leyes de Alfonso el Sabio, y entendiéndolo que éstas continúan vigentes en nuestro país, en forma supletoria, aplicó la dispo-



sición contenida en las *Siete Partidas*. Pero, esta disposición establecía una regulación de honorarios estipulada en maravedises (de donde la irrisoria cantidad resultante apenas alcanzaba para comprar un paquete de cigarrillos). No obstante ello, la sentencia de la cámara condenó al demandado a pagar el valor de esos maravedises. Con este fallo, nuestros tribunales escribieron en serio una página cómica. Pensemos que el mismo criterio judicial habría de estar actuando en indefinidos casos y mediremos la magnitud del problema. Oliver Wendell Holmes, en 1897, expresaba así un pensamiento destinado a tener una trayectoria mundial: "Indigna que cuanto pueda alegarse en favor de una regla de derecho, sólo consista en afirmar que así fue establecida en tiempos de Enrique IV. Pero todavía es más indignante si los fundamentos a que se debió ya desaparecieron desde hace mucho tiempo y la regla simplemente persiste por ciega imitación del pasado".

Ahora se puede comprender que nos hagamos la siguiente pregunta: ¿Por qué los jueces argentinos, en general y en forma permanente, están poseídos de una timidez jurídica que llega, con frecuencia, a una verdadera cobardía jurídica? Nos referimos al agudo fetichismo gramatical hacia la ley advertible en nuestros jueces.

Tener la conciencia de una sentencia inconveniente por su injusticia, pero respaldarse para ello en la lectura más simple de la ley y justificarse aduciendo que el remedio corresponde al legislador es una actitud prevalente en los jueces argentinos, que no pone en crisis su conciencia filosófica. En tal hipótesis, no advierten que el problema no se radica sólo en el caso a resolver, sino también en ellos mismos que tan cómodamente lo resuelven.

Oliver Wendell Holmes, desde su sitial en la Corte Suprema de los Estados Unidos, fue por mucho tiempo el juez solitario de las disidencias sorprendentes, pero en sus votos había tanta clarividencia societaria y tanta profundidad teórica, que, con el tiempo, los tribunales y las universidades llegaron a ser tributarios de sus ideas: hoy, la jurisprudencia constitucional vigente en los Estados Unidos arranca de aquellos viejos votos en disidencia. Aunque la Argentina, de 1930 a 1960, no ha conocido un caso como el de Holmes, justo es recordar que se ha visto a Ramiro Podetti, Guillermo Borda y Manuel Arauz Castex emitir sentencias o disidencias llenas de audacia y sabiduría. Pero la actitud general de nuestros jueces está dominada por la cobardía jurídica señalada. No se los ve aprovechar las posibilidades que ofrecen las circunstancias de un caso, para hacer de la ley un instrumento dúctil y darle porvenir.

Por deficiencia en su teoría general, nuestros jueces renuncian a la creación del derecho futuro. Sentencias cuya legalidad se respalda en aforismos tan falsos como el *dura lex, sed lex* o el *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* son frecuentísimas en los tribunales argentinos.

Pero ellas encubren argumentos ideológicos, y es necesario aclarar esto: Carlos Marx llegó a la conclusión de que las ciencias que conciernen al



hombre no son propiamente conocimientos que toman su sentido de la verdad suministrada por el objeto del que hablan sino meras *ideologías*, es decir, racionalizaciones intelectuales que corresponden a los intereses económicos de donde en rigor emanan y que mediante ellas se defienden en el campo del pensamiento. Creo que esta tesis está, en sentido lato, convalidada por el pensamiento contemporáneo, con una única excepción suministrada por la fenomenología existencial. Ha de decirse que todo desarrollo retórico sin base ontológica, en una ciencia que concierna al hombre, efectivamente es ideológico y traduce un compromiso que no es con la verdad objetiva. Sólo la ontología —y la ontología del hombre es existencial—, contiene posibilidades de asegurar una neutralidad para el hombre cuando habla de sí mismo. Podemos decirlo con las palabras de un sacerdote católico, ilustre profesor de filosofía social en Holanda: “La argumentación en pro de una economía libre y contra una organización centralizada tiene comúnmente un carácter ideológico. Argumento ideológico es aquel que no trata con la realidad que debe probar. Hoy en día los argumentos usuales en favor de una economía libre se presentan como la defensa de la libertad humana, aunque como verdad de hecho defienden la posición privilegiada del capital y el control del empresario. Semejante defensa de privilegios luce mejor, sin embargo, cuando está presentada como la defensa de valores humanos esenciales”.

Adviértase ahora la forma violenta como se opera en la Argentina la reconquista de posiciones por parte del capitalismo individualista del rentista, desde 1930 a 1960, recuérdese lo dicho acerca de la formación y el criterio corriente de los jueces, y se tendrá perfilada la situación de nuestro extremo conservatismo judicial en este período.

Volvemos a otro aspecto de nuestro tema: la idoneidad judicial. Exigir idoneidad a un hombre para la función que se le encomienda es algo que cae por su propio peso. Pero, en lo que concierne al ámbito judicial y al asesoramiento del estado, esta exigencia se ha trocado en un huerdo formalismo. Se la acredita convencionalmente, en forma mecánica, con el diploma de abogado. Y como las facultades de derecho están en quiebra respecto a la función social que sobre el punto les incumbe, las consecuencias son claras. Por eso la promoción a la judicatura se hace, entre nosotros, bajo un régimen de padrinzago desembozado y sin cortapisas.

La doctrina señala que la idoneidad judicial requiere honestidad personal y conocimiento jurídico. Pero estas condiciones no bastan; el buen juez requiere todavía una condición muy específica. Ha de tener vocación para la justicia, lo cual significa que ha de regular sus decisiones por el *entendimiento societario*. El entendimiento societario emerge, cuando cada uno hace aquello que los demás esperan que haga en su situación. Con ello cada uno entra, sin fricciones, en la integración del proyecto existencial de la vida personal de los demás y abre así el horizonte de los valores



coexistentiales. *Justicia* es, precisamente, el viejo nombre del entendimiento societario, Así, frente a una norma general, todo juez tiene ontológicamente la posibilidad de una creación jurídica intersticial, y cuando esta creación esperada por la comunidad se orla con el signo positivo de todos los valores jurídicos el primer deber de un verdadero juez es asumir la responsabilidad de consagrarla. Cuando no lo hace, hemos de hablar de timidez jurídica y aun de cobardía jurídica, a pesar de la ciencia y de la honestidad del magistrado. Nuestros jueces pierden permanentemente numerosas oportunidades de abrir nuevas vías de orden, de seguridad, de poder, de paz, de cooperación y de solidaridad. En vez de asumir su destino, promoviendo al entendimiento societario con que el futuro se anticipa, lo declinan, al hacer de la ley un rito mecánico de perturbación y descontento.

EL PLAFOND DE NUESTROS ABOGADOS

Esta situación judicial es solidaria, claro está, con el nivel general del cuerpo de abogados que, como asesores del estado o patrocinantes de particulares, sostiene a conciencia nuestra vida jurídica. El fracaso profesional como un total divorcio entre lo que una facultad de derecho enseña y lo que exige la práctica de los tribunales es un secreto a gritos en nuestro país. Es un hecho catastrófico que el flamante abogado compruebe de golpe cuánta hojarasca había en todo lo que se le enseñó y que su primer tarea sea la de olvidarse para siempre de la mayor parte de esa enseñanza. Sin embargo, ésta es la cruda verdad.

Pero el hecho no es sorprendente, pues mientras el estudio universitario se base prácticamente en los apuntes y no en buenos libros, el bagaje intelectual de los egresados no puede ser sino mínimo, casi nulo. El sistema de los apuntes, que se inició tímidamente medio siglo atrás, en el período 1930-60 se ha impuesto en forma plena, bajo la presión de los estudiantes interesados en obtener su diploma profesional con la mayor premura y el mínimo control. La reforma universitaria de 1918, que les dió acceso al gobierno de las casas de altos estudios, al ser promovida por el presidente Yrigoyen, tenía el modesto y definido propósito de terminar con la oligarquía y el nepotismo de los viejos profesores universitarios, pero hizo en cambio de los estudiantes un centro de poder universitario, que cada vez más se fue acentuando como un grupo de presión, para obtener el diploma profesional con la mayor urgencia y el menor esfuerzo. Desde Yrigoyen, que abre las puertas, hasta Aramburu, que consuma la entrega total del gobierno a los estudiantes, el curso de esta subversión institucional es progresivo y rectilíneo. Así, en estos momentos, la técnica del derecho está pasando a manos de legos o poco menos entre nosotros, con las raras excepciones de los autodidactos que sienten su vocación como responsabi-



lidad. La ciencia jurídica argentina, antaño abierta a las inquietudes del pensamiento universal, ha ido reduciendo su horizonte a la repetición erudita. También aquí encontramos la excusa ideológica para disfrazar la renuncia a la responsabilidad teórica (excusa que aceptan los autores pero que, en rigor, promueven los profesionales como un reflejo de su personalidad). Me refiero a la queja permanente por la deficiencia técnica de las leyes, que atribuye toda culpa a la incapacidad y la improvisación de los legisladores. Pero el juego ideológico es evidente, porque no se da el caso de ningún legislador, por lego que fuere, que antes de presentar un proyecto en el congreso no lo haya consultado con algún abogado de su amistad.

Ahora bien, si así vemos cuál es el nivel técnico general de los asesores y abogados con que actualmente cuenta el país, no podemos extrañarnos que la sociedad entera sufra las consecuencias en su vida jurídica. Tal ha sido el caso de las tres revoluciones que la nación ha visto en el período 1930-60, tres revoluciones que han sido otros tantos fracasos como destino histórico, y pues el asesoramiento jurídico que forzosamente debía asistirles para que pudieran realizarse ha desempeñado un papel de primer plano en el fracaso y ha sido la causa principal del carácter fulminante con que él se ha presentado en las tres ocasiones. Por su gran escala, en esas circunstancias se hace visible, para cualquier ojo profano, el fenómeno jurídico del entandimiento o desentendimiento societarios a que más arriba nos hemos referido.

Para verificar nuestro aserto, basta recordar que las tres revoluciones se programan como un inmediato retorno al orden legal por ellas mismas violado: su conciencia era, pues, una renuncia al propio destino. Si las juzgamos por tamaño paradoja, resultaría que el país no las habría necesitado para nada, que no habría un problema de orden revolucionario en la estructura ineficiente de nuestras instituciones.

El fracaso de las tres revoluciones tiene su lápida en el asesoramiento jurídico que las sirvió. Las oportunidades se perdieron porque no hubo ojos para ver las salidas de cada situación. Ni siquiera se pudo satisfacer el justificado deseo público de castigar los latrocinios oficiales, que desde 1930 a 1960 presentan un crecimiento en espiral. Lo impidió la ideología de los juristas. Sólo así se explican medidas revolucionarias que en sí mismas eran una frustración por anticipado, como la decisión del general Aramburu de hacer que fueran los jueces ordinarios quienes castigaran, con alcance político, delitos económicos que eran efectivamente tales delitos, pero únicamente dentro del marco revolucionario. El resultado se conoce: nada.

En la medida en que la creación científica, como fenómeno social, se corresponde con un medio ambiente que la sustenta con su interés y sus interrogantes, y al que ella vitaliza con sus respuestas y novedades, todo



lo que hemos dicho explica la tremenda fosilización de la actual ciencia jurídica argentina.

Los treinta años que preceden a 1930 contaron con su pléyade de eruditos y de hombres con auténtica inquietud jurídica. Pero los príncipes son pocos: en el derecho civil, Juan Antonio Bibiloni, Alfredo Colmo, Héctor Lafaille, Juan Carlos Rébora, Salvador Fornieles, Carlos M. Vico como privatistas que todavía conducen el pensamiento de la nueva generación. En el derecho administrativo, Rafael Bielsa, que conduce y reina. En el derecho penal, Juan P. Ramos y Eusebio Gómez, respecto de quienes la obra de Sebastián Soler produce el único caso de que la nueva generación conquiste su propia autoridad. En el derecho procesal, Tomás Joffré, David Lascano y Hugo Alsina, todavía conductores ellos también. En el derecho laboral, Alejandro Unsain y Leónidas Anastasi, superados no por sus continuadores sino por los hechos. Nadie en el derecho comercial; nadie en el Derecho internacional; nadie en el derecho constitucional.

No se desconoce en todo esto la dedicación y la erudición completas que alcanzan nuestros autores de nombradía, sólo lamentamos el esfuerzo frustrado y el naufragio del talento, frente a una erudición que no va más allá de la repetición, frente a una erudición ciega para la realidad por falta de ontología jurídica, como si las normas, desligadas de la experiencia, contuvieran los problemas jurídicos y bastaran al criterio del jurista, no obstante ser obvio que ellas actúan en esa experiencia como parte y expresión.

EL ESTANCAMIENTO DE NUESTRA LEGISLACIÓN

Con estas bases, no puede sorprender lo que se vea al echar un vistazo sobre la legislación promulgada en el período 1930-60.

En el derecho civil prácticamente no ha ocurrido casi nada. El divorcio vincular duró tanto como un relámpago; la desaparición del *status* infamante del hijo adulterino es un pequeñísimo problema marginal; la ley de adopción, que se aplica con notoria timidez jurídica, también encara un problema marginal de la sociedad. Lo único importante que ha ocurrido en las tres décadas se refiere al contrato de arriendo, la más cruda institución de pura renta del capitalismo individualista. En los arriendos rurales, la reforma se limita a retocar con un sentido de solidaridad el extremo individualismo del terrateniente contenido en el Código de Vélez Sársfield (precio de arriendo, duración, régimen de las mejoras, etc.). Y en las locaciones urbanas, donde el viejo régimen se mantiene nominalmente en forma vergonzante, en la medida en que las leyes modificatorias siguen siendo "leyes de emergencia", nadie sabe a ciencia cierta lo que ocurre; hay una situación jurídica caótica, que ampara por igual situaciones de clara justicia y de irritante injusticia, donde se ha originado un monstruoso



tipo de especulación parasitaria como la "transmisión de llave", en beneficio inesperado de los que logran insertarse como capitalistas o empresarios dentro del sistema así originado.

Fuera de esto, el gran legado en materia civil del período que nos concierne es un proyecto de código civil. Y entiéndase bien: *un proyecto*, el cual aventaja al Código de Vélez Sársfield en la elegancia de su lenguaje y en su sobriedad normativa, pero que sólo es una reproducción retocada de aquél. Porque conviene subrayar que con el código civil argentino está operándose el mismo milagro del código civil francés: éste sobrevive desde hace más de ciento cincuenta años (el nuestro ha excedido los noventa). Nada prueba mejor el talento jurídico excepcional de Vélez Sársfield. Lo confirma el hecho de que, habiéndonos legado un código con 4.051 artículos, nunca ninguno de ellos ha sido declarado inconstitucional por los tribunales argentinos. Pero, en estos dos milagros de la codificación moderna el técnico advierte una extraña diferencia. El Código de Napoleón, para vivir y sobrevivir, ha sufrido tal cantidad de enmiendas y retoques, por parte de la legislación y por parte de la jurisprudencia, que si resucitara Portalis, según se ha dicho, hoy no lo reconocería al leerlo. En cambio, el Código de Vélez Sársfield está prácticamente intacto. El hecho es triste para nosotros, porque acredita que nuestros civilistas siguen viviendo en la época de Vélez Sársfield.

En el derecho penal, prácticamente tampoco ha ocurrido nada durante el período. Seguimos con el Código Penal de 1921.

El Código Penal de 1921 corresponde, con gran pureza, a la estructura individualista del capitalismo y se teoriza con las ideologías técnicas que para su defensa el propio capitalismo origina. Quien lo lee, encuentra sin asombro que, a la par de la traición, el homicidio es el crimen más grave y no ya, como antaño, delitos de lesa majestad contra el poder civil o el poder eclesiástico. Le siguen en gravedad la violación, el robo calificado, el incendio, la falsificación de moneda. Pareciera que sólo las personas individuales pueden delinquir, pero no las sociedades y asociaciones. Todo esto funciona, como derecho penal liberal.

Sin embargo, hay otros delitos, cuya ejecución se radica en la asociación misma en que la vida social consiste. Y la verdad es que la técnica del derecho penal liberal ha demostrado su valor únicamente para los delitos de personas individuales. Cuando el delito no tiene esa radicación personal sino otra funcional establecida sobre el perfil asociante de la vida, cuando la participación dentro de un todo tiene, en primer término, la significación que el todo mismo le otorga y no la de los actos personalmente ejecutados, que en el caso pasan a segundo término, entonces la técnica liberal fracasa y adviene la impunidad del delito económico, al quedar siempre en el papel el castigo que las leyes le asignan. Siempre se ha advertido que, en buena medida, el código penal no es para los ricos, sino para los



pobres, pero con la moderna aparición del delito económico, esta idea ha ganado mucho en extensión y exactitud, porque el capitalista, a la vez que retiene el control supremo de la vida económica, tiene por eso mismo un definido interés en dejar impune un tipo de delito que únicamente él mismo puede cometer. A ello se debe la ideología doctrinaria de que las sociedades no pueden delinquir, habida cuenta que su delito por antonomasia habría de ser el económico.

Y bien: a pesar de lo que pueda leerse en nuestro código penal, no creo yo que hoy, en nuestro país, sea siempre el homicidio el delito más grave. Así como el hecho irreversible del intervencionismo estatal en la vida económica comporta la coyuntura del peculiar delito de las personas dirigentes en el mundo actual, así también el fenómeno de las urbes inmensas acarrea la de las modernas asociaciones ilícitas que le hace *pendant* entre los individuos socialmente marginales. Lo último, porque la urbe enfrenta hasta el paroxismo la extrema riqueza y la extrema pobreza, a la vez que facilita el ocultamiento, en la medida en que quita relieve a las acciones individuales; lo primero, porque al anudarse la totalidad del proceso económico en un único todo de dimensiones colosales, bajo el control del estado, el propio estado adquiere un precio para todo negocio, el que puede solventarse con hartazgo con sólo obtener una favorable reglamentación ocasional o eludir alguna que incomode. Y si no se comprende que aquel fenómeno de la gran urbe está recogido patas arriba por nuestro código penal (para el cual la pertenencia a una asociación ilícita es un accesorio del delito que el asociado cometiere como autor, instigador o partícipe dentro de ella), mucho menos se comprende que el delito económico quede impune en la práctica, estando castigado en el papel como delito individual.

Mientras la situación subsista como está, ha de hablarse del fracaso de nuestra legislación penal, y en ello cumple un papel importante la ceguera para ver que esos dos delitos no pueden ser debidamente afrontados (considerada su peculiar ontología) si no se recurre para configurarlos a la idea de una responsabilidad objetiva. El asunto es particularmente desesperante para el delito económico, por las proporciones que hoy alcanza en nuestro país. No es un delito que cometen hombres socialmente marginales sino quienes están encargados de la conducción social. Estamos presenciando, en gran escala, que los hombres puján por obtener un cargo directivo en las instituciones públicas o privadas, para, mediante él, inmediata y desembozadamente entrar en un negociado. Son las instituciones mismas las que, así, están funcionando mal, porque quienes las dirigen delinquen mediante ellas; es la sociedad sin distingos la que de este modo cae en envilecimiento y no sólo sus individuos marginales. Todos los días se sabe de algún negociado; jamás se oye hablar de su castigo; la inquietud de la publicidad dura apenas veinticuatro horas y luego viene el olvido del



silencio que reconforta el buen nombre de todos. Pareciera que entre los responsables de nuestra conducción social prevalece la idea de que se trata del aprovechamiento de la oportunidad que cada cual ha sabido ganar. De ese modo, la impunidad procede porque los demás están a la espera de que les llegue el turno. Si esto fuera así, querría decir que la crisis del capitalismo, tal como se presenta en la Argentina, no podría superarse dentro de la estructura de la propia sociedad capitalista.

El mismo saldo negativo puede verse en otros aspectos de la legislación nacional concerniente al período 1930-60, pero no tenemos espacio para detallarlo.

En el derecho procesal, por ejemplo, también estamos anclados en el sistema técnico de viejas leyes españolas. Sea cual fuere la envergadura científica que haya de reconocerse a nuestros procesalistas, hay que admitir que su ciencia es un fracaso, mientras ellos no consigan instrumentar un procedimiento forense que permita terminar un pleito en pocos meses. Frente al hecho sin excepciones de que, entre nosotros, el pleito más sencillo dura varios años, esa ciencia resulta una simple erudición de biblioteca inepta para mejorar la realidad de su incumbencia. Por eso se dice en el pueblo que es mejor un mal arreglo que un buen pleito. En los últimos treinta años, la única verdadera renovación con sentido de realidad, que se incorporizó en nuestro país, fué el proyecto Arístegui, presentado para la provincia de Buenos Aires en 1959 y humildemente limitado a los fueros mínimos del orden civil y criminal. El proyecto sucumbió al embate de los grandes estudios urbanos que hoy controlan, por centralización, la vida judicial de toda la provincia, en beneficio de los intereses profesionales propios y de su clientela. Porque así como el código civil es un código para los ricos y el penal lo es para los pobres, el código procesal es el código de los abogados. Júzguese por este absurdo ejemplo, que cuenta con jurisprudencia imperante en todos los tribunales de la nación: Si se articula una demanda y el demandado opone cuatro defensas, puede ocurrir que el juez de primera instancia rechace la demanda con la sola consideración de una sola de esas defensas. El demandado ha ganado su pleito, pero el demandante recurre al tribunal de alzada. En el caso de que la defensa considerada por el juez inferior no resulte convincente para la cámara que entiende en la apelación, este tribunal revoca la sentencia, con lo cual es ahora el demandante el ganador del pleito, sin entrarse a considerar para nada las otras defensas opuestas por el demandado y que el juez inferior estimó superabundante analizar. Para que el tribunal de apelación considere estas otras defensas, se exige que el ganador del pleito en primera instancia apele también de la sentencia que lo declara ganador. La exigencia es palmariamente absurda, si se considera la unidad orgánica de un pleito.

El derecho comercial es otra *res nullius*: a pesar del dinamismo sin pre-



cedentes del comercio contemporáneo, nadie entre nosotros ha traído una realización significativa para nuestra circunstancia.

En el derecho internacional han pasado treinta años sin que aparezca un solo nombre que se ligue a una realización original. Hace más de medio siglo, cuando Luis María Drago enunció su doctrina, descubrió un pensamiento que sirvió en la práctica para un mejor entendimiento societario entre los pueblos occidentales en estas tierras de América. En los últimos treinta años nadie ha repetido la hazaña ni nadie ha aconsejado nada parecido. La Argentina ha vivido una vida internacional sin actitudes creadoras.

En el derecho constitucional el vacío llega a su máximo. Treinta años donde en realidad no ha pasado nada en las formas normativas, aunque esa época, con sus tres revoluciones y sus dos asambleas constituyentes, ha brindado a la nación y a sus constitucionalistas, si los hubiera habido, las más excepcionales oportunidades de creación jurídica de toda nuestra historia. La Constitución de 1949, cuya única efectividad fue legalizar la reelección de un dictador, fue pura retórica de enunciaciones en el papel, donde sobrevivió prácticamente intacta la Constitución de 1853. Y las reformas constitucionales de 1957, con sus leves retoques de algún ornamento deteriorado por el tiempo, no afectó absolutamente nada de verdadera importancia. Por el contrario, dió la oportunidad para que nuestros constitucionalistas se desacreditaran por sí mismos, como periodistas del lugar común y la repetición fuera de tiesto. El resultado de la época fue el retorno formal —en rigor, la refirmación paladina por las clases gobernantes— de esa magna expresión del capitalismo individualista del siglo XIX en que consiste nuestra constitución de 1853.

Sólo en el campo del derecho laboral, el período 1930-60 significa algo importante. Pero hay que ser pulcro en el juicio. El fenómeno corresponde a una conciencia mundial que está llegando desigualmente a madurez en todas partes y que en la Argentina encuentra su levadura por un doble cauce: por la incorporación a nuestra política de los análisis sociales de Carlos Marx, que opera el partido socialista, y por el temple democrático que incorpora el partido radical bajo la conducción de Hipólito Yrigoyen. La presidencia dictatorial de Perón aprovechó la coyuntura, que era fabulosa, pero no en cuanto revolución social sino por su sentido de proselitismo demagógico. Perón, más que la alianza con los trabajadores, buscaba su compra a toma y daca, siguiendo el ejemplo de los regímenes fascistas.

Esta quietud de nuestra legislación, en el período 1930-60, obliga a meditar, pues en el mundo entero se está viviendo un estado de revolución latente, cuya esencia parece ser la crisis del capitalismo individualista, puesto en la alternativa de renovarse profundamente mediante un reparto más justiciero de la riqueza social o de perecer, a pesar de los grandes valores que incorporó a la civilización con la revolución de 1789.



Ahora bien, si la quietud de la legislación argentina durante estos treinta años significara que el pueblo argentino vive una normalidad jurídica, esto es, que las normas vigentes expresan adecuadamente el orden, la seguridad, el poder, la paz, la cooperación, la solidaridad y la justicia que los argentinos requieren para entenderse entre sí al convivir, aquella quietud querría decir que hemos obviado la crisis institucional del orbe y que ya no nos alcanza el estado de revolución mundial en que se vive más allá de nuestras fronteras.

Pero si la quietud de la legislación argentina significara lo contrario, no se trataría de un sosiego sino de un estancamiento. Entonces habría de convenirse que los juristas argentinos no han estado a la altura de las necesidades de la situación; que la crisis de las instituciones se nos ha venido encima, sin que ellos supieran hacerle frente con visión de porvenir.

LA CONCIENCIA DEL DERECHO MISMO

Ya hemos dicho que el derecho emerge de los apremios sociales del presente, de lo que se ha vivido como historia y sobrevive como tradición en las costumbres y creencias, y de la anticipación que del inmediato porvenir se hiciera para instalarnos en él mediante un proyecto existencial. Este ensayo concierne únicamente a lo que depende de este último aspecto: por eso se ha hablado tanto en él de la teoría general del derecho. Pues no se ven las posibilidades de las cosas sin tener ideas adecuadas para verlas.

Así, cabe subrayar ahora que el comercialista tiene una conciencia jurídica de las relaciones comerciales, el civilista una conciencia jurídica de las relaciones civiles, el penalista una conciencia jurídica de las relaciones criminales, etc., pero que todo esto supone por igual una conciencia jurídica, esto es, una conciencia del derecho por el derecho mismo y no a través de las relaciones comerciales, civiles o criminales. Lo primero es ontológico; lo segundo, forzosamente ideológico, de acuerdo a los intereses comerciales, civiles o penales que determinen esa conciencia. Es posible hacer un código cualquiera, por ejemplo un código penal, en estricta correspondencia con una teoría penal, pero con ello no hay ninguna garantía de que ese código satisfará las exigencias que la realidad social espera de él, si a su vez la teoría que lo informa no es una teoría de la realidad. La teoría de la realidad jurídica y la teoría del código tienen que ser la misma, para que el código no resulte inoperante en la experiencia. Tal es la conciencia del derecho por el derecho mismo. Y este es el problema específico de la teoría general del derecho. Por eso nos toca ver, como final, lo que en este dominio ha ocurrido en la Argentina en el período de los años 1930 a 1960.

Justamente pocos años antes de 1930, Enrique Martínez Paz, en Córdoba, y Alberto J. Rodríguez, en Buenos Aires, habían oficializado la enseñanza



de la filosofía del derecho, de la siguiente manera: le decían al alumno "La filosofía del derecho es Stammler", y luego en el examen: "por lo tanto, repítanos a Stammler". Pero Stammler, como ideología, es la última versión del contrato social rousseauiano, con todo el individualismo de ese capitalismo que gobierna el mundo durante el siglo XIX. Stammler es la filosofía burguesa y conservadora llevada al derecho, cuando ya los ideales de la burguesía han dejado de serlo por estar realizados.

En 1935 ocurrió un hecho inesperado. En la pequeña Universidad de La Plata y en una cátedra de doctorado, esto es, no indispensable para la habilitación técnica —por todo ello, en una cátedra minúscula—, se comenzó a enseñar el normativismo lógico de Hans Kelsen y el sociologismo ecléctico angloamericano, con el nombre de Oliver Wendell Holmes a la cabeza. Ambas novedades coincidían en la creación jurídica intersticial por parte del juez. Y desde 1942, en esa misma cátedra se comenzó a enseñar, como concepción original, la teoría egológica del derecho que el año precedente había sido esbozada en una publicación del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social. Hacía rato que el pensamiento mundial estaba destacando que el derecho presentaba un triple aspecto: hecho, norma y valor. La teoría egológica logró explicar por primera vez, la razón de esta desconcertante triplicidad sobre la base de una fenomenología existencial de la cultura. De allí se derivaron consecuencias decisivas no sólo para la teoría y la enseñanza, sino a la par también para el legislador, el juez y el abogado que supieron asumirlas. En la filosofía jurídica mundial, con la teoría egológica se inauguraba el estudio de la ontología del derecho.

La teoría egológica entusiasmó inmediatamente a lo más granado de la nueva generación de juristas en la Argentina y en todo el bilingüe mundo hispánico, en una suerte de expansión milagrosa. Su eco universal fue patente. En España se reconoció que, desde el siglo XVIII, con Suárez, hasta este momento, era la primera vez que en el ámbito de habla castellana aparecía una escuela jurídica. En Helsinki (Finlandia), en 1952, Otto Brusiin aprendía castellano para tomar una información completa y dictar en su universidad su primer semestre sobre ella. En Lódz (Polonia), Józef Wróblewski, en 1957, aprendía también castellano para hacer lo mismo. En 1950, el profesor Oda Shigeru le había dedicado algunas clases en la Universidad de Tohoku (Japón). La teoría egológica rompió la paz convencional del pensamiento jurídico argentino; se erigió en meridiano y desde entonces el campo de nuestros juristas está dividido, como por un abismo creciente, entre egológicos y antiegológicos.

Porque el nuevo pensamiento no caía en campo virgen. El período 1930-1960 contaba, como en su hora también contó el anterior tercio del siglo, con una pléyade de jóvenes talentos de eximias condiciones, cuya personalidad de estudiosos había aflorado con los mejores títulos, en el libro o en la monografía, en algún momento de este período: Arturo Acuña An-



zorena, Enrique R. Aftalión, Dalmiro Alsina Atienza, Manuel Arauz Castex, Abel J. Aristegui, Jorge Bengolea Zapata, Guillermo Borda, Jorge Tristán Bosch, Héctor Cámara, Eugenio Cardini, Genaro R. Carrió, Javier Clavell Borrás, Mario Alberto Copello, Julio Cueto Rúa, Carlos Da Cunha, Juan Carlos Diez, Nicolás Di Lela, Santiago Carlos Fassi, Bartolomé Fiorini, Guillermo Garbarini Islas, C. Guiliani Fonrouge, Ernesto Gavier, Julio Gottheil que a la par de José Vilanova da las notas de mayor creación original dentro de la teoría general del derecho, Horacio Guaglianone, Isaac Halperín, Horacio Heredia, Luis Fernando Herrera, Laureano Landaburu, Fernando Legón, Juan Francisco Linares, que en tres libros ha dado tres aportaciones fundamentales, Italo Luder, Atilio Malvagni, Miguel Marienhoff, Roberto Martínez Ruiz, Héctor Masnatta, Alberto Molinario, Alfredo Molinario, Ricardo Núñez, Alfredo Orgaz, el civilista más agudo de la nueva generación, Julio Oyhanarte, Lino E. Palacio, José Peco, Ramiro Podetti, el procesalista que con mayor inquietud sintió la crisis de su especialidad, Federico D. Quinteros, Enrique Ramos Mejía, Manuel Río, M. Romero del Prado, Eduardo Sabino, Arturo E. Sampay, Miguel Sánchez de Bustamante, José Sartorio, Oscar Serantes Peña, Sebastián Soler, que se impone sobre la autoridad de los penalistas de antaño, Alberto G. Spota, que colma la medida de una erudición total, Osvaldo Stratta, Pedro Torres, Ernesto J. Ure, Roberto J. Vernengo, José Vilanova, de cuya originalidad creadora ya hice mención, Alberto Villalba Welsh, Miguel Ángel Virasoro y Esteban Ymaz, sin duda el jurista más completo de la nueva época.

Estos nombres han autenticado un esfuerzo de significación entre 1930 y 1960. La nómina es suficiente para atestiguar que el período que nos concierne no corría sin esperanzas para el pensamiento jurídico argentino. Pero como ineludible trasfondo, surge la misma pregunta que devoró a la pléyade paralela del primer tercio del siglo. ¿Cuántas de estas privilegiadas inteligencias van a pasar al olvido en la próxima generación de juristas, por faltarle a su esfuerzo el fundamento comunicante de una teoría general del derecho? Tal es el problema, mientras la historia se repita. Porque la beligerancia desencadenada por el pensamiento egológico en todas las ramas de la ciencia jurídica, muestra, mejor que nada, la situación social de nuestros juristas en crisis, comprometidos a fondo por ello, como ideólogos, en la lucha.

En efecto: el pensamiento egológico contó, desde el comienzo, con tres poderosos enemigos. Su primer enemigo lo tenía en los representantes del saber tradicional, cuyo prestigio científico sentía directamente la amenaza de una decapitación. Su segundo enemigo estaba en el pensamiento eclesiástico, pues, en la medida en que la iglesia se considera administradora del derecho natural, la crítica egológica a esta ideología, más radical que cuantas se han hecho, le quitaba a la iglesia una fuente de poder. Su tercer enemigo estaba en los estudiantes con prisa para recibir su diploma



profesional, porque desde que le enseñanza egológica llegó a las cátedras de la carrera de abogacía, resultó imposible solventarla con apuntes y la preparación para un examen requería todo el año académico.

Los hechos comprobaban que el frente egológico ganaba la batalla científica. Además, en este campo, no cabía una conjunción de aquellos tres enemigos, carentes de un común interés teórico. Pero lo que no se podía ganar como batalla científica, podría ganarse como batalla política. La teoría egológica había descubierto el inmenso poder efectivo que tienen los jueces; en tal sentido, había afirmado la personalidad del juez en contra de todo lo que pudiera desear cualquier legislador; había hecho ver que toda la fuerza de la ley sobre los *buenos* jueces, radica en su correspondencia con una situación, y había hecho ver que si el entendimiento societario depende de las leyes, en mayor medida todavía depende de los jueces. Además, había exigido atención no sólo para las valoraciones de orden, seguridad y poder, sino también para las de paz, cooperación y solidaridad, cada vez que se hablara de justicia. Todo esto afectaba, sin duda, a nuestra burguesía capitalista y a los asesores que comparten su riqueza, en cuanto que la seguridad de la ley, de que ellos hablan, es su instrumento ideológico de poder.

Porque el problema no es una novedad. En todo régimen jurídico, el supremo control ha de estar en manos de alguien. Los regímenes totalitarios lo han puesto en manos del poder administrador (nosotros lo hemos visto como tendencia durante el gobierno peronista). Los regímenes democráticos oscilan entre ponerlo en manos del poder legislativo o del poder judicial. En este último sentido se ha hablado del "gobierno de los jueces", con referencia al sistema norteamericano. La teoría egológica ha encontrado buenas razones para señalar que esto último es lo más conducente para el entendimiento societario. Sólo que, obviamente, un juez puede ser más peligroso para la burguesía capitalista en su actual estado de declinación, porque es más fácil controlar la legislación que las sentencias. Atrás de los legisladores, hay un partido político y atrás de éste, una organización de poder social que lo sostiene. Incluso es importante señalar que la crítica a la acción del parlamento está en manos de los periodistas, en tanto que la crítica de las sentencias está en manos de los estudiosos.

La caída del peronismo, en 1955, dió a los tres núcleos adversarios del pensamiento egológico la coyuntura de su unión política para ganar como batalla política lo que no estaba en sus manos poder ganar como batalla científica. Bastó tildar gratuitamente de peronismo a quienes tenían la responsabilidad de la orientación egológica dentro de la universidad, en ese momento, para que el gobierno conservador del general Aramburu, exaltado por las derechas, se aviniera a expulsar de los claustros a sus representantes.



Con ello, la intervención universitaria del gobierno militar de Aramburu, liquidó definitivamente la posibilidad de que se constituyera en Buenos Aires un centro jurídico de influencia mundial, que estaba madurando vertiginosamente y cuya formalización ya estaba a la vista, a pesar de los obstáculos que le opusieron los juristas de la dictadura peronista.

A todo esto, ¿en qué quedó la enseñanza de la teoría general en la Universidad de Buenos Aires?

En una cátedra, como asignatura de adorno, se sigue con el planteamiento stammleriano más arriba recordado; en la otra, se ha oficializado la enseñanza de la filosofía del derecho, de este modo: se le dice al alumno: "La filosofía del derecho es Kelsen", y luego en el examen: "por lo tanto, repítanos a Kelsen".

La teoría egológica introdujo a Kelsen en nuestras universidades y enseñó su *Teoría Pura*, autenticándola como una lógica de la concepción jurídica.

Esta intromisión de Kelsen en las universidades argentinas, causó en su hora irritación y desasosiegos profundos entre nuestros juristas.

Pero cambiaron las cosas al compás de las circunstancias. La polémica de Kelsen en Buenos Aires, contra la teoría egológica, en 1949, los advirtió que podían recurrir a Kelsen para luchar contra el enemigo egológico.

No siendo ontológico el pensamiento de la teoría pura; y si de ella se descarta su significación meramente lógica para el jurista, automáticamente queda como otra ideología. Por eso se ha podido decir que así como el pensamiento de Stammler corresponde a la burguesía conservadora, el de Kelsen corresponde a la burguesía liberal. Pero este juicio me ofrece una reserva, fundada en aquella necesidad de una premisa, que requiere la teoría pura para poder funcionar. Lo estimo correcto viéndola funcionar como instrumento del jurista, en la Europa Occidental y en los Estados Unidos, porque en estas naciones se vive la democracia tal cual está concebida precisamente por el capitalismo liberal, de modo que el hecho de poder social que se le articula como premisa es el de la voluntad mayoritaria libremente expresada por todos. Pero no cabe la misma conclusión en un país como la Argentina, donde la democracia vive en el papel, no en los hechos.

La enseñanza de Kelsen, como dogma, en la Argentina de hoy, es la legitimación de un estado social controlado por nuestra oligarquía capitalista de viejo cuño.

La Argentina ha retrocedido hacia el individualismo económico por un acto de poder, y en la medida de la hondura de este retroceso, se explican tanto el estancamiento de la legislación como la timidez de los jueces, tanto el *plafond* de los juristas como lo que se enseña en las facultades.



CONCLUSIÓN

El panorama que hemos recorrido no es halagador. Por el contrario, sobrecoge. Parece colocarnos en la alternativa de una decadencia o de una revolución social. La historia muestra que los pueblos recurren a la revolución cuando ya no saben qué hacer. Y no parece posible seguir viviendo una vida jurídica tan poco satisfactoria. No se advierte a primera vista, cómo remover esta inmensa mole de nuestro derecho, que por todos sus perfiles nos aplasta.

Sin embargo, creo que todavía queda un camino: la obra de los jueces. Mientras se hable de la democracia, ellos gozarán de una mayor independencia, que pueden aprovechar. Nadie como ellos puede promover el entendimiento societario, y bastaría que actuaran enérgicamente en este sentido, para que nuestro nivel jurídico, en todos sus aspectos, comenzara a elevarse. Pero han menester de perder su timidez jurídica y arrojar las vendas ideológicas. La vida del derecho vivida con la emoción de la justicia es el milagro que necesitan los argentinos.

¹ Este ensayo es una síntesis de un extenso y documentado estudio del autor que, bajo el título de *La vida jurídica argentina*, será próximamente publicado.

