

ENTREVISTA AL PROFESOR RICARDO A. GUIBOURG

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

Miguel Angel Ciuro Caldani (MACC): Muy estimado profesor, para empezar me agradaría que aclaráramos el marco de esta entrevista expresándole que considero que uno de los momentos más importantes de la Filosofía es el de la pregunta y que ésta se enriquece no solo a través de las preguntas que hace el entrevistador sino también de las que desee recibir el entrevistado. Le ruego que acepte enriquecer esta entrevista con todas las preguntas que Usted desee formularse.

Profesor Ricardo A. Guibourg (RAG): ¿Cuál es su trayectoria académica? ¿Por qué decidió dedicarse al Derecho? ¿Por qué resolvió trabajar en Filosofía del Derecho? ¿Quiénes han sido sus maestros?

RAG: Cuando estaba en el secundario, me interesaban dos líneas de pensamiento: la filosofía y el derecho. Me decidí por la segunda, pero la vida me volvió a acercar a la primera. Ingresé en la Facultad el 1958. En esa época no había cursos: simplemente, los alumnos se inscribían y daban examen. La primera materia era Introducción al Derecho, que estudié por el libro de Aftalión, García Olano y Vilanova y rendí con Moisés Nilve. Quedé inmediatamente interesado en los problemas de la filosofía del derecho, pero, por decirlo así, dejé mi interés latente mientras estudiaba otras asignaturas. En 1961 fue el turno de Filosofía del Derecho, en la cátedra de Gioja. Gioja y un profesor de Derecho Civil eran los únicos que organizaban cursos, por

cierto que de un modo señaladamente extraoficial, que desembocaban en un examen formalmente libre. Ahí estudié a Kelsen y quedé definitivamente prisionero de lo que dos años antes me había atraído. Después de cada clase acompañaba durante varias cuadras a la profesora de mi curso, planteándole mis reflexiones sobre lo que estudiábamos. Ella –que, recuerdo, cargaba con un avanzado embarazo– me soportaba con estoicismo y yo iba redactando hojitas de comentarios que intercalaba en el libro. Después de aprobar el examen final, Gioja me propuso incorporarme a la cátedra como ayudante alumno. Acepté con entusiasmo, y desde entonces estoy en la misma tarea. Por cierto, a lo largo de los años he tenido otros maestros, además del propio Gioja: Vernengo, Alchourrón, Bulygin y Carrió determinaron de diversas maneras mi formación.

MACC: ¿Qué podría referirnos de su trayectoria como estudiante, docente e investigador?

RAG: Fui un estudiante bastante bueno al principio y más mediocre hacia el final de la carrera, porque ya trabajaba y estaba de novio. Tuve dos aplazos, en Contratos y Derecho de la Navegación, pero finalmente me recibí en 1963. En 1965 inicié los estudios de doctorado, con Gioja, Vernengo y Bacqué como profesores, y en 1966 Gioja me propuso como adjunto interino, con una comisión a mi cargo. Dieciocho años estuve en esa situación, durante los cuales gané varios concursos que, vaivenes políticos mediante, eran luego anulados. En esa época la facultad tenía su propio Ciclo Básico, una de cuyas materias era Filosofía y uno de cuyos profesores era Alchourrón. Me incorporé a su cátedra hasta que el Ciclo Básico fue eliminado en 1973; ese período fue importantísimo para la elaboración de mis propias ideas.

Finalmente alcancé la categoría de asociado y poco más tarde, después de defender mi tesis en 1986, la de titular.

Mientras tanto, iba publicando artículos, tanto de filosofía del derecho y temas afines como de derecho del trabajo, porque había alcanzado la magistratura en esa especialidad.

MACC: ¿Cómo describiría Usted sus experiencias como profesor de la Universidad de Buenos Aires y director del Departamento de Filosofía?

RAG: Como es sabido, las exigencias de formación docente van disminuyendo a medida que se asciende en el nivel de enseñanza: para ser maestra de jardín de infantes se requieren sólidos conocimientos pedagógicos; para el ciclo primario, un poquito menos; para ser profesor secundario los requisitos técnicos descienden mucho y para ser profesor universitario casi no hace falta nada: a eso le llaman técnica pedagógica intuitiva, que no siempre da mal resultado. Aunque vengo de una familia de docentes, yo nunca tuve una formación seria en ese campo. En una visión retrospectiva, creo que al principio no era un buen profesor (era muy estructurado y un tanto aburrido), pero el contacto con los alumnos me fue enseñando. Llegué a estar bastante satisfecho de mi actuación, pero al mismo tiempo veía que, en un curso de treinta estudiantes, la filosofía del derecho interesaba a tres o cuatro, era amablemente tolerada por diez o quince y el resto sólo esperaba “zafar”. Esa impresión cambió radicalmente cuando empecé a dar clases de posgrado: lograba obtener una respuesta apropiada de casi todos, incluso de aquellos que, en cursos de doctorado, tenían sus intereses puestos en el derecho civil, comercial o administrativo. Mi desilusión se convirtió en entusiasmo, y ese sentimiento perdura todavía.

Como director del Departamento de Filosofía del Derecho, cargo que ejercí durante unos veinte años, me propuse ante todo construir y mantener la paz en un ámbito de rivalidades ideológicas fuertes. Lo conseguí; no tanto por mérito mío, sino porque la situación política del país se había quietado. Mi segundo propósito fue lograr un funcionamiento administrativo rápido y eficaz, porque, como todos saben, el departamento es más una oficina de gestión docente que una institución de enseñanza en sí misma. Eso también lo conseguí, de modo que quedé satisfecho. Pero los conflictos políticos seguían al acecho en lo profundo, de modo que me sentí liberado cuando dejé el cargo.

MACC: ¿Cuáles son los criterios con que se construyó la Maestría en Filosofía del Derecho que dirige en la Universidad de Buenos Aires? ¿Está satisfecho con el desenvolvimiento de la Carrera?

RAG: Esta pregunta me suena como si San Martín le preguntara a un teniente con qué criterios se había concretado el cruce de los Andes. La idea de construir la Maestría fue suya, como director del Departamento de Posgrado; y también la iniciativa de encargarme su dirección. El proyecto en el que trabajé puede considerarse resumido en tres ideas: generalidad, pluralismo y pensamiento autónomo. La generalidad consiste en que la Maestría comprenda todos los aspectos en debate dentro de la filosofía del derecho, y no campos acotados como la argumentación o la bioética. El pluralismo, en que todas las orientaciones de la filosofía del derecho, a menudo con fuertes disidencias entre ellas, estuvieran presentes y pudieran exponer todos los temas desde sus propios puntos de vista; en lo posible por medio de los mejores exponentes que pudiéramos encontrar. La metáfora con la que suelo describir esta idea es que el alumno oiga todas las campanas, tañidas por los más hábiles campaneros de cada escuela. Finalmente, cada alumno se ve en el caso de escuchar a todos los profesores (no hay asignaturas optativas), leer todas las bibliografías divergentes, debatir en clase las ideas expuestas y, finalmente, construir su propio sistema de pensamiento filosófico-jurídico para discutirlo con sus colegas y con los profesores. Por eso, la Maestría tiene algunos seminarios donde, declaradamente, no se pretende enseñar nada nuevo, sino exigir a cada participante construir, exponer y debatir su pensamiento sobre el banco de prueba de todo el grupo. No se trata de ponerse de acuerdo, no, sino de asegurar que cada quien tenga su manera de pensar, sepa cuál es esa manera, controle el grado de utilidad que le reporta para ordenar sus ideas y sus conductas y sea capaz de defenderla a su propia satisfacción frente a quien no esté de acuerdo con ella.

Ciertamente, estoy muy satisfecho con el desenvolvimiento de la carrera. No es una especialidad llamativa desde lo profesional, como el derecho penal; pero todos los años tenemos un grupo de personas que comprenden la necesidad de una reflexión más profunda sobre el fenómeno jurídico y se inscriben en la Maestría. También tenemos ya un número creciente de egresados, que han defendido su tesis con buen éxito.

MACC: ¿Cuáles son los criterios que considera valiosos para la organización de un Doctorado en Derecho? ¿Cuál ha sido su experiencia como integrante de la Comisión de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires?

RAG: Un doctorado en derecho no es otra cosa que una organización en la que los graduados llevan a cabo una investigación personal y ofrecen a la comunidad sus resultados para demostrar que merecen el doctorado (es decir, la declaración de que están en condiciones de enseñar; no porque realmente hayan de dictar cursos, sino porque han descubierto algo útil y novedoso para el conocimiento humano).

Ahora bien, la tesis no es una monografía, ni un artículo extenso de doctrina. Es el fruto de una trabajosa investigación en la que el tesista introduce su propia chispa de pensamiento autónomo. Para que ese proyecto tenga buen éxito, no sólo se requiere que el tesista conozca su tema y tenga una idea original acerca de él. Es preciso, además, que domine el marco teórico dentro del que ha de moverse. Este marco teórico, es preciso decirlo, es a menudo pasado por alto; no por desidia, sino por cierta confusión que acorta sus miras. En efecto, un civilista –por ejemplo– conoce bien el derecho civil, en cuyo marco desarrollará su opinión; tiene una idea de la teoría del derecho civil, desarrollada paulatinamente desde hace milenios; no está habituado a examinar esa teoría en el marco de la teoría general del derecho; y, lo que es más grave, es rarísimo que analice todos esos niveles de pensamiento a la luz del más básico de ellos, que es la filosofía general. En este último aspecto, el abogado común (incluido el profesor universitario medio) da por sentados conceptos y métodos que le fueron impuestos por la cultura ambiente, a menudo incompleta y hasta contradictoria en aspectos relevantes. Esta falencia, tan habitual como inadvertida, limita los alcances de su análisis del problema, compromete el valor de los argumentos con los que haya de sostener su idea y, en definitiva, lo constriñe a construir un hermoso edificio sobre arenas movedizas, sin que el tesista, los jurados ni el público lector lo adviertan.

La metáfora de las arenas movedizas puede especificarse así: nuestras ideas sobre una institución jurídica determinada se sostienen en razones propias

de su especialidad; pero estas razones flotan sobre una teoría general del derecho. A su vez, nuestras ideas sobre la teoría jurídica flotan sobre nuestros preconceptos de filosofía general; y, en este nivel, o bien nos contentamos con lo que oímos decir desde niños, o bien buscamos un sistema de ideas que nos permitan seguir sosteniendo nuestros preconceptos (adecuados o inadecuados que ellos sean). Ahí es donde caemos en trampas insondables y arrastramos con nosotros a quienes nos escuchan.

En conclusión, aunque muchos lo consideren exagerado, pienso que ninguna idea jurídica puede sostenerse con solidez si no se empieza por una teoría crítica del lenguaje, se sigue por decisiones conscientes sobre la ontología, la teoría de los modelos, las teorías de la verdad y del conocimiento, la metodología, la metaética y la teoría del derecho; pero no colgándose de los preconceptos que de antemano queremos confirmar, sino formulando las preguntas básicas y tratando de responderlas de un modo pragmático; es decir, un modo que nos ayude a construir un sistema de pensamiento que funcione; no sólo para ganar un proceso o para sostener una idea política, sino para absolutamente todo, desde tomar un vaso de agua hasta juzgar un argumento electoral.

En un nivel mucho más superficial, una buena organización del doctorado requiere prevenir o evitar dos enfermedades del sistema. Una es la de los directores de tesis que se desentienden de la investigación de su pupilo y firman su conformidad con poca o nula reflexión sobre su contenido. La otra, la de los jurados que examinan la tesis y, cuando no les parece buena, evitan la confrontación y renuncian a su función en lugar de propugnar el rechazo; o bien confían en el prestigio del director y aprueban lo que han valorado superficialmente. Estas enfermedades son letales para el avance del pensamiento y para el prestigio del título universitario máximo.

MACC: ¿Cuál sería la tarea que adjudicaría a una Revista de Doctorado en Derecho?

RAG: No estoy seguro de que una revista de doctorado sea una buena idea. Como el doctorado en derecho abarca temas muy diversos, los temas

de la revista también serían dispersos y, en definitiva, sus textos sólo serían leídos por sus autores y los mejores amigos de los autores. ¿Cómo evitar este efecto? Sin mucha fe, sugiero dos líneas de acción. Una es que cada número se refiera a una rama específica del conocimiento jurídico, con lo que la revista se parecería a cualquier publicación con esas características. Otra es que la revista publique, por ejemplo, los planes de tesis que vayan presentándose y abra el debate público sobre ellos, de tal modo que cada tesista disponga de una devolución plural y, al mismo tiempo, el público interesado conozca los proyectos de nuevas ideas y tenga la ocasión de participar, lo que suscitaría su propio pensamiento autónomo.

MACC: ¿Cuál fue su experiencia como profesor de la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas? ¿Considera Usted conveniente que esos temas se expliquen en las Facultades de Derecho?

RAG: Fue un honor para mí participar en la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas. Es claro que, si en las facultades de derecho se enseña cómo leer, interpretar y aplicar las normas, también debería enseñarse a elaborarlas. Hay aspectos técnicos –lingüísticos, lógicos, pragmáticos– que es preciso cuidar para una legislación eficiente, cualquiera sea su contenido. Pero, además, debo reiterar lo que dije antes sobre los fundamentos teóricos del pensamiento: un marco teórico claro, incluso filosófico, o sobre todo filosófico, ayuda a mejorar la acción legislativa.

MACC: ¿Cuál ha sido su experiencia en relación con la Internationale Vereinigung für Rechts- und Socialphilosophie / Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social y su participación en los congresos de la misma?

RAG: He participado en todos los congresos mundiales a partir del de Bolonia en 1995 y estoy satisfecho por haber tenido la oportunidad de trabar relación personal con personas inteligentes. Pero tengo una crítica hacia los congresos en general: las ventajas intelectuales de asistir a ellos no guarda

adecuada relación con el esfuerzo de organizarlos. Más que oportunidades de debate, son complejos conjuntos de monólogos. A veces pienso, medio en broma y medio en serio, que la parte intelectualmente más útil de los congresos es la que consiste en pausas para el café, cenas y excursiones colectivas: el contacto social permite conversar cara a cara sobre los temas del congreso y averiguar el pensamiento del interlocutor mejor que asistiendo a largas exposiciones orales seguidas de algunas preguntas casi de compromiso. Ahora aplicamos esta idea a los encuentros anuales Interescuelas, que organizamos desde 2015 en el marco de nuestra Maestría. Allí, cualquiera puede participar, pero las ponencias que se admiten tienen una extensión máxima de una carilla. En la sesión, la carilla se lee y luego se debate entre todos: hay menos lucimiento personal, pero más participación efectiva y mucha más reflexión colectiva.

Por otra parte, desde hace unos años ejerzo el cargo de vicepresidente de IVR. En esa capacidad, y con el apoyo de otros argentinos, latinoamericanos y europeos, he conseguido que, para 2023, el Congreso Mundial se haga en Buenos Aires. Ahora es el momento de trabajar fuertemente para hacer realidad ese proyecto y honrar el compromiso asumido.

MACC: ¿Cuál ha sido su experiencia como presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho? ¿Cuál es su experiencia en la participación de las Jornadas de la Asociación?

RAG: El fundador de la AAFD, el recordado profesor Juan Carlos Smith, llevó a cabo, durante muchos años, la hazaña de mantener unida y en funcionamiento una asociación en la que participaban filósofos de orientaciones diversas y enfrentadas, a veces hasta la violencia: recordemos que, en la década de 1970, dos profesores de filosofía del derecho, de tendencias opuestas entre sí, habían sido asesinados. Esto sucedía porque nuestra disciplina se prestaba –y se presta aún– a la utilización política del pensamiento. Cuando asumí la sucesión de Smith, mi primera prioridad fue continuar con esa labor pacificadora y pluralista, lo que fue más fácil debido a la consolidación del régimen democrático. Pero la segunda fue proporcionar a la AAFD una mayor institucionalidad.

Las jornadas anuales siguieron celebrándose con buen éxito, aunque debo recordar aquí mi crítica genérica hacia los congresos. Por mi parte, el papel que cumplía en esas jornadas se limitaba a la organización, tarea en la que conté con colaboradores invalorable: como presidente, nunca quise imponerme como disertante, sino ejercer como anfitrión de los pensadores participantes.

MACC: ¿Cómo describiría el panorama de la Filosofía del Derecho en el mundo y en la Argentina? ¿Estima que son situaciones satisfactorias? ¿Cuál sería para Usted el porvenir de la Filosofía del Derecho en el mundo y en la Argentina?

RAG: El panorama general de la filosofía del derecho no es bueno. Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, y como consecuencia de los horrores padecidos, hay en el mundo una fuerte reacción política. Esa reacción es enteramente justificada desde mi punto de vista moral; pero en lo epistemológico se muestra nefasta, como cada vez que las preferencias políticas de cualquier clase –incluso de la mejor clase– se inyectan en el pensamiento abstracto. Estamos ante un *tsunami* de justicia que pone la teoría del derecho a su servicio: en suma, se trata de un nuevo iusnaturalismo que se empeña en ver verdades donde sólo hay preferencias (incluso preferencias que comparto). Ya no es el viejo iusnaturalismo autoritario y más o menos sagrado, sino uno nuevo, favorable a la democracia y a los derechos humanos. Pero, examinado sin pasión política y a la luz de la filosofía general, es fácil advertir que tiene los mismos inconvenientes epistemológicos que su antecesor opuesto. Y no hay manera de oponerse a esta tendencia, principialista y neoconstitucionalista, que en aras de lo que entendemos justo tiende a prescindir del concepto de derecho en sí mismo. Estamos matando al mensajero que nos trajo tan infaustas noticias desde el nazismo, el fascismo y el comunismo. Estamos anulando la técnica jurídica para depender de una moral carente de técnica. Pero, si esto diera resultado, el derecho –cuya única ventaja comparativa es proporcionar alguna módica seguridad– jamás habría sido inventado. La actual evolución

es favorable desde el punto de vista político, pero desde el técnico es como si fuéramos hacia el precipicio de la incertidumbre, todos tomados de la mano y cantando, sonrientes, himnos a la justicia. De hecho, ya es cada vez más difícil saber qué sistema jurídico nos ampara, porque por encima de cualquier ley, incluso democrática, hay una bruma sagrada que cada quien interpreta y aplica como quiere y puede.

Me gustaría pensar que en algún momento la humanidad advertirá su ilusión “pospositivista” y buscará tener buenos legisladores, en vez de insistir en que el derecho es demasiado importante para dejárselo a los representantes del pueblo.

MACC: ¿Existe para Usted una Filosofía del Derecho propia del mundo latino? ¿En su caso en qué consiste?

RAG: De ninguna manera. Hay filósofos del derecho que pertenecen al mundo latino, así como modas latinas en el pensamiento iusfilosófico; pero los problemas son absolutamente universales y sus respuestas deben debatirse también en el ámbito universal. Pensar en una filosofía del derecho latina es, o bien poner el pensamiento al servicio de los problemas políticos y sociales advertidos en nuestra cultura, o bien impulsar una visión chauvinista del pensamiento filosófico. Lo primero es hacer política; lo segundo es patético.

MACC: ¿Quiénes han sido para Usted los tres jusfilósofos más importantes del siglo XX y por qué?

RAG: Desde mi punto de vista, Kelsen, Hart y Ross. Ninguno de ellos es perfecto pero, cada uno en su estilo y según su pensamiento, sirve para suscitar preguntas inteligentes y ensayar respuestas provisionales, pero también inteligentes.

MACC: ¿Quiénes son para Usted los tres jusfilósofos más importantes de la actualidad y por qué?

RAG: Uno de ellos, con seguridad, es Eugenio Bulygin, por la claridad y el rigor de su pensamiento. Pero, por favor, no me ponga en situación de ofender a nadie por omisión.

MACC: ¿Cuáles han sido en general a su parecer los tres filósofos más importantes de la historia?

RAG: Aristóteles, Hume y Bertrand Russell. El primero porque fue a lo concreto, rescatado del cielo platónico, y mostró cómo podía obtenerse conocimiento sistemático y riguroso a partir de la observación empírica. El segundo, porque despejó el sentido de conceptos centrales de la filosofía de manera racional y operativa. El tercero, porque desarrolló la lógica, clarificó el pensamiento filosófico y lo relacionó con una cantidad de respuestas prácticas.

MACC: ¿Cuáles son a su parecer sus cinco libros o artículos más importantes? ¿Por qué? ¿Los pensaría hoy de otras maneras?

RAG: Sin orden cronológico, sino temático, *La construcción del pensamiento, Derecho, sistema y realidad, Saber derecho*, “La formalización de la competencia” y “Sobre los derechos”. En el primer libro elaboré mi propio pensamiento filosófico. En el segundo hice una crítica del positivismo jurídico, partiendo del mismo positivismo. En el tercero paso revista crítica a todas las orientaciones, incluida la mía, y sugiero un camino para seguir adelante. En el artículo de la competencia, ofrecí un segmento nuevo para la formalización del derecho. En el último, propuse una nueva clasificación alternativa de los derechos, que estimo bastante útil. Por cierto, sigo pensando del mismo modo en todos esos puntos.

MACC: ¿Qué importancia atribuye a la duda sofista y a la pregunta? ¿Se considera más cercano a la primera o a la segunda? ¿Qué valor asigna a las respuestas? ¿Cuáles son para Usted los filósofos que han desarrollado más la pregunta?

RAG: Siempre he pensado que, en filosofía, las preguntas son más importantes que las respuestas. Ellas abren vías a recorrer, en tanto las respuestas se presentan como puntas de rieles. Cuando la respuesta es buena, es porque obtura un camino equivocado y, en cambio, ofrece combinación con una nueva línea ferroviaria, con nuevas opciones de itinerario.

Sobre el planteo de preguntas, debo citar a los sofistas, a Platón (este último a su manera un tanto pícaro) y a Bertrand Russell otra vez. Es claro, sin embargo, que las preguntas requieren respuestas, aunque sean tentativas.

Acerca de las respuestas, considero que la duda es un buen punto de partida. Por mi parte, me he propuesto empezar por no creer absolutamente nada de nada, salvo una cosa que no puedo negar: las vivencias de mi mente. A partir de allí, cada concepto, cada idea y cada opinión es un constructo para manejar y aprovechar esas vivencias y, a su vez, necesita justificarse pragmáticamente en ese mismo contexto.

MACC: ¿Qué considera la construcción del pensamiento y qué valor le adjudica?

RAG: Todos tenemos un sistema de pensamiento, desde que nacemos, y vamos puliéndolo y ampliándolo día a día. Pero lo hacemos subconscientemente, con nuestras reacciones ante las experiencias de la vida y, sobre todo, a partir de ideas que mamamos de la cultura en la que vivimos. El resultado es casi siempre incoherente, como es natural si se advierte la pluralidad de fuentes individualmente despreocupadas. Si pudiéramos rectificar nuestro pensamiento individual como un sistema coherente, deberíamos empezar por las preguntas filosóficas más básicas, como si hay una realidad, si ella es externa o depende del sujeto, si hay entonces una verdad o muchas, cómo podemos llegar a la verdad y cosas por el estilo. Estas preguntas no tienen respuestas “verdaderas”, principalmente porque son anteriores a las definiciones de la verdad y del conocimiento. Es preciso arriesgar una decisión acerca de cada una de ellas. Por supuesto, podemos adoptar las decisiones que queramos; pero, por favor, tengamos en cuenta que lo hacemos por nuestra cuenta y a nuestro riesgo. Imaginemos que tenemos un terreno baldío.

Podemos elegir cualquier detalle de la casa a construir en él, pero hemos de recordar que, una vez construida, tendremos que vivir en ella. Además de pagarla, por supuesto. El pensamiento de cualquier individuo suele contener, por inadvertencia, una sala de estar con un inodoro en el medio, o una escalera en cuyo extremo hay una pared, o una puerta de entrada que, en el cuarto piso, se abre al vacío.

Es preciso, pues, que cada uno repase los planos de su casa y modifique lo que resulte incongruente con las preferencias principales o con la vida cotidiana. Esto es lo que llamo la construcción (o reconstrucción) del pensamiento: no está dicho que hayamos de ponernos de acuerdo entre todos, ni entre muchos; pero sí que cada uno de nosotros esté de acuerdo consigo mismo y sepa por qué lo está. A partir de ahí, podremos discutir nuestras diferencias intersubjetivas con alguna perspectiva (no garantizada) de solución útil.

Hay que enfatizar que no basta con preguntarse si uno cree en Dios, o qué piensa de la democracia, o si defiende los derechos humanos: todas estas preguntas, indudablemente importantes, están cerca del tejado de la casa intelectual que nos construimos. Es preciso concentrarse primero en los cimientos y luego ir subiendo por las paredes, ladrillo a ladrillo, cuidando que las líneas estén derechas. Esa estructura tendrá que sostener el techo, y habrá que ver dónde tendrá el techo las chimeneas.

MACC: ¿En qué consiste para Usted la relación entre el pensamiento y el lenguaje?

RAG: Muchos piensan que no es posible el pensamiento sin el lenguaje. Cuando yo era chico pensaba así, porque advertía que, al concentrarme en un pensamiento, lo convertía en palabras y las imaginaba escritas, con acentos y todo. Más tarde cambié de idea: verifico en mi mente que a menudo irrumpe en ella una idea como una chispa fugaz, sin necesidad de expresión lingüística alguna.

Sin embargo, algo puedo decir a favor de la tesis contraria. Jamás habríamos llegado al nivel de abstracción que solemos manejar si no tuviéramos

lenguaje. Hay entre pensamiento y lenguaje una relación histórica de vaivén: la clasificación pudo darse sin palabras, pero la adopción de palabras para nombrar las clases permitió ascender a mayores alturas de abstracción, que a su vez requirieron más palabras, y así sucesivamente. En un relámpago mental podemos concebir una idea muy compleja sin formularla verbalmente; pero nunca habríamos podido acercarnos a ella sin un andamiaje lingüístico previo, que nos ayudara a ascender en la escala de las abstracciones y nos habituara a la relación entre ideas.

MACC: ¿Cuáles son para Usted tres de las ambigüedades más significativas del lenguaje jurídico?

RAG: Derecho, justicia, conocimiento.

MACC: ¿Qué es para Usted “saber derecho”?

RAG: Saber no es lo mismo que creer, ni es lo mismo que querer. Saber es disponer de un método confiable, que arroje cierto resultado accesible en principio a cualquiera. Si nuestra idea de derecho fuera el texto literal de la ley, al leerla sabríamos derecho. Pero no: sostenemos que el derecho es mucho más que eso, o tal vez ni siquiera es eso. Cuando nos preguntamos qué es entonces el derecho, solemos perdernos en disquisiciones morales y políticas que, por plausibles que sean, dependen de nuestra preferencia subjetiva y pueden ser (y de hecho son) rechazadas por terceros. Así nos va, por supuesto, en la tarea de estudiar el derecho.

Como métodos confiables, conozco sólo dos: la observación y el cálculo, que se aplican cada uno a temas claramente diferentes. Para aplicar el cálculo al derecho, deberíamos concebir el derecho al modo como Spinoza concebía la moral (y que nos diera resultado, lo que es más que dudoso). Sólo nos queda, pues, la observación. ¿Qué debemos observar? Sería ingenuo responder que tenemos que leer los códigos, ya que dependemos de la interpretación, y la interpretación es una actividad subjetiva de los juristas en general y de los jueces en especial. Si queremos una idea de derecho que

tome en cuenta la interpretación y a la vez nos permita conocer el derecho por la observación, no podemos sino caer en la conocida frase de Oliver Wendell Holmes: el derecho es el conjunto de predicciones acerca de lo que los jueces harán.

Pero ¿cómo predecir el futuro? Arriesgámonos a partir del conocimiento del presente. En términos utópicos, deberíamos introducirnos en la mente de cada juez (y seguramente en la de otras personas) para saber cuáles son sus estados disposicionales actuales, capaces –dentro del panorama total– de inducir una respuesta determinada frente a ciertos estímulos. Es claro que esto es técnicamente imposible, y apenas puede concebirse como hipótesis abstracta; pero están a la vista numerosas circunstancias que, sin darnos una completa seguridad, nos permiten hacer una apuesta racional acerca de lo que ha de suceder. Saber esto, con su notable margen de error, podría ser saber derecho. Y en ese contexto, conocer los códigos no sería inútil, ya que sus textos constituyen habitualmente una influencia poderosa, aunque no absoluta, en la disposición de los jueces.

De hecho, la comunidad jurídica no piensa de ese modo, aunque a menudo actúa en su consecuencia. Mezclamos los textos legales con los constitucionales, los amasamos de acuerdo con nuestras preferencias, pedimos ayuda a los principios y a cierta jurisprudencia que seleccionamos, damos argumentos a favor de nuestra opinión y presentamos el plato ya cocinado como si fuera el fruto de un conocimiento. Por supuesto, la biblioteca de enfrente dice todo lo contrario, porque sus autores, aunque han leído los mismos textos, tienen otras preferencias, las cocinan a su modo y las adoban con diferentes especias. El resultado no es satisfactorio: corremos el riesgo de obtener una sopa de tapioca cuando hemos pedido un bife de chorizo. Es necesario, pues, que pensemos todo esto de nuevo, a ver si podemos construir un conocimiento jurídico leal (es decir, aproximadamente objetivo) en lugar de dar ese nombre a las recetas que más nos gustan.

MACC: ¿Cómo formularía hoy el concepto de norma jurídica? ¿Y el de sistema jurídico? ¿Cómo piensa las posibles relaciones entre normas, realidad social y valores?

RAG: Los conceptos son construidos por nosotros de acuerdo con nuestros intereses y expectativas. Si me atengo a mi respuesta anterior sobre la naturaleza del derecho (es decir, más modestamente: a mi propuesta anterior para una definición de “derecho” que ofrezca menos dificultades epistemológicas), tendría que definir “sistema jurídico” como la situación total y permanentemente cambiante de los estados disposicionales, no sólo de los jueces, sino también de todas las personas que eventualmente pudieran influir en el desenlace de cualquier conflicto; y “norma” como cada una de las infinitas proposiciones que predijeran el resultado probable de cualquier conflicto de acuerdo con aquellas proposiciones descriptivas. Pero estas definiciones, aunque posibles y justificables, son demasiado realistas para ser útiles al abogado, al juez ni al jurista. Prefiero, pues, atenerme a la ficción propia del positivismo y aceptar los conceptos de norma, sistema y orden jurídicos propuestos por Alchourrón y Bulygin. No veo nada de malo en esta ficción que, con los ojos abiertos, prefiere leer la ley y derivar a la imprevisible interpretación subjetiva las obvias variaciones impuestas por la realidad social (incluida la parte que configura, invoca y exige valores).

Lo dicho responde también la última parte de la pregunta. Sólo cabe aclarar que cuando hablo de valores me refiero a ciertas preferencias morales (es decir, relativas a la conducta de las personas) que son sostenidas por individuos o grupos influyentes e, internalizados por la cultura, se retransmiten de grupo en grupo y de generación en generación, con sus naturales variaciones.

MACC: ¿En qué consiste para Usted la interpretación? ¿Se diferencia de la elaboración de las normas?

RAG: Interpretar es asignar un significado a un texto. Frente a la ley escrita, esto tiene sus dificultades; pero al menos puede echar mano, aproximadamente, a la semántica y a la gramática de la lengua en la que la ley esté expresada. Se hace más complicado cuando hay que interpretar principios y valores que, después de asignarles una fuerza normativa suprema, hemos de rellenar con nuestras propias opiniones, acaso limitadas por nuestra percepción de la probabilidad de éxito de nuestra propuesta. Pero esta evolución

reciente no es más que una vuelta de tuerca cuantitativa: desde siempre, interpretar una norma es algo semejante a elaborarla, para el caso o en términos más generales, según el poder que esgrima el intérprete. La evolución cuantitativa consiste en la paulatina pérdida de inhibiciones del intérprete, desde la interpretación literal inmediata a la codificación del siglo XIX, pasando por los “métodos” sistemático, de la intención presunta, teleológico, de intereses, de la libre investigación científica y, finalmente, el principialismo actual que, con la mejor intención, nos está dejando sin leyes. En definitiva, como decía el personaje de Lewis Carroll, lo que importa es quién manda. Si esta realidad no nos gusta, intentemos modificarla o suavizarla.

MACC: ¿En qué consiste para Usted la aplicación de las normas?

RAG: Consiste en aconsejar, proponer o decidir la solución de un conflicto cualquiera invocando, como fundamento, alguna norma (o principio, o valor, o cualquier cosa a lo que pretendamos asignar poder normativo).

MACC: ¿Qué lugar corresponde a la consideración de la realidad social en relación con la teoría jurídica?

RAG: Mi respuesta anterior sobre el significado de “saber derecho” es asertiva en la aceptación de que la realidad social (ciertos aspectos de ella) puede entenderse plausiblemente como el derecho mismo. Pero también dije que una teoría cerradamente realista no presta los servicios que le requerimos. Y también pienso (lo dije en mi viejo libro “Derecho, sistema y realidad”) que una teoría parcialmente realista echa a perder cualquier pretensión de manejar el derecho como un sistema jerárquico de normas. En términos pragmáticos, pues, necesitamos para trabajar en lo nuestro una teoría del derecho que simule no ver la realidad social; no porque ella no exista o no sea relevante, sino porque su inclusión en la teoría relativiza al extremo cualquier opinión jurídica.

En efecto, recordemos que la función del derecho –contra lo que se afirma– no es hacer justicia: si lo fuera, encontraría esa tarea hecha por la moral. El

problema es que la moral es difusa, contradictoria y controvertida, aunque usamos triquiñuelas lingüísticas y ficciones ontológicas para suponer que no lo es. Precisamente por eso se inventó el derecho. El legislador dice a sus súbditos: “miren, yo no quiero que ustedes se maten unos a otros. Imagino que muchos tienen sólidos principios morales y no lo harán. Supongo que alguna minoría sanguinaria está dispuesta a matar en cualquier circunstancia y sin reconocer frenos. Es más, no puedo descartar que alguno piense que matar está bien. Pero considero probable que muchos de ustedes examinen, frente a sus impulsos, los costos y beneficios de la acción a intentar. Pensando en ellos, pero dirigiéndome a todos, les anuncio que al que mate a otro lo haré meter en la cárcel.” A partir de ese momento, algunos seguirán defendiendo el homicidio como algo bueno o, acaso, como un derecho humano; pero todos estarán de acuerdo en que el homicidio ha sido prohibido bajo pena de prisión. Y lo mismo –desde luego– puede suceder con cualquier otra conducta, como criticar al gobierno o usar sombrero verde. Así, pues, la función del derecho es dar a los sujetos cierta seguridad acerca de lo que deben hacer u omitir para no sufrir la reacción del poderoso. Esto es deleznable para quienes todavía creen en el derecho como justicia; pero no es otra cosa que la realidad: si el legislador, en vez de decir aquello, ordena a sus súbditos que se porten bien y no hagan nada malo, cada uno encontrará justificativos para hacer más o menos lo que les venga en gana, y el legislador no habrá servido para nada.

Por todo eso, considero útil aplicar a la práctica una teoría del derecho que atribuya al sistema jurídico un contenido tan objetivo como se pueda: incluir en ella los valores y la realidad social es como citarnos con un amigo “a una hora y en un lugar apropiados”: sólo por casualidad nos encontraremos con él.

MACC: ¿Qué relación encuentra entre la planificación legal y la costumbre?

RAG: Para ser sincero, no creo en la costumbre. No es que no haya costumbres, no, sino que la costumbre vista como fuente de derecho tiende a encubrir las preferencias de la autoridad decisoria. Todos hemos estudiado que la costumbre requiere tres condiciones: convergencia de conductas,

transcurso del tiempo y conciencia de su obligatoriedad (*opinio iuris sive necessitatis*). Pero nadie sabe decir cuánto de cada una de esas condiciones se requiere para que haya costumbre. Me ocupé de este tema en el ya citado librito “Derecho, sistema y realidad”, para concluir que hace falta tanto de cada una como para justificar o predecir que la pauta contenida en la costumbre sea aplicada por los jueces para decidir las controversias. De este modo, el juez (genéricamente considerado) resulta el dueño de la costumbre, y no la costumbre fuente de deberes para el juez. Es claro que aquí funcionan también los factores que he referido acerca de la interpretación.

Algo parecido, aunque distinto en sus caracteres, sucede en el nivel legislativo (si por tal se entiende la planificación legal). El legislador puede observar que las personas (las que le importan) siguen (más o menos) cierta pauta de conducta durante un tiempo (al que atribuye relevancia) y decide reglamentarla para darle fuerza legal. Pero también puede reaccionar en contra y prohibirla, como hizo en Turquía Mustafá Kemal Atatürk al cambiar el alfabeto, prohibir el uso del fez e implantar la monogamia. Otra vez, como decía el personaje de Carroll, todo es cuestión de poder.

MACC: ¿Considera Usted que la ejecución de las normas encuentra límites fácticos que pueden frustrarla? ¿En su caso, esos límites son parte del objeto de la ciencia jurídica?

RAG: Desde luego: cada vez que un homicida escapa, la ejecución de la norma se frustra. Pero esto no hace que el homicidio deje de ser un delito. Es claro que la realidad siempre termina por imponerse: Kelsen ha admitido el concepto tradicional del desuso (costumbre negativa) para explicar que, aunque la ley diga una cosa, es altamente improbable que los jueces la apliquen. Pero esta admisión, tan razonable, echa a perder –como dije antes– el carácter sistemático y jerárquico que tanto necesitamos atribuir al derecho. Si queremos concebir el derecho como un sistema motivador de conductas, debemos reconocer el efecto de los límites fácticos sobre lo normativo. Si queremos concebirlo como un sistema de interpretación de conductas, es imperativo que no lo reconozcamos. El problema es que no

podemos hacer una teoría que funcione bien en la práctica y que cumpla con las dos concepciones a la vez. De ahí vienen las aporías kelsenianas referidas al efecto de la costumbre, de la cosa juzgada y del contenido alternativo de las normas, capaces de aplastarle la pirámide como si un meteorito le cayera sobre la cúspide.

MACC: ¿Admitiría Usted que se hiciera una consideración teórica de los valores sobre bases constructivistas?

RAG: Depende de lo que se entienda por constructivismo. No veo la forma de construir valores con elementos puramente filosóficos, como la ontología, la verdad o el conocimiento. El debate humano y los acuerdos sobre deseos, preferencias e intereses sí permitiría construir normas de conducta útiles, dotadas al menos de un consenso mayoritario; pero ese resultado se parecería mucho más a nuestro viejo conocido, el derecho, que a un sistema puramente moral, ya que o bien los disidentes quedarían incluidos en normas obligatorias, o bien el acuerdo no funcionaría en la práctica.

MACC: ¿Qué relación encuentra entre justicia y seguridad jurídica?

RAG: Ninguna. En primer lugar, porque sé qué es la seguridad jurídica pero, aunque tengo mis preferencias morales como cualquiera, no puedo demostrar qué es la justicia ni cuáles son sus contenidos. En segundo lugar, porque puede haber seguridad jurídica sin justicia, como en una tiranía bien ordenada y vigilada, y justicia sin seguridad, como en un régimen donde jueces bien intencionados resolvieran las causas “a verdad sabida y buena fe guardada”. Es claro que a mí me gustaría una seguridad jurídica con el contenido de mi agrado (es decir “justo”); pero insisto en que el derecho ha sido inventado para dar seguridad jurídica, no para brindar justicia (aunque a veces lo haga). Vivimos, sin embargo, una época en la que se privilegia la justicia sobre la seguridad jurídica, que a veces es criticada como una rémora. Eso es lo que hacen (lo que intensifican) el principialismo y el neoconstitucionalismo, graves errores “políticamente correctos” que están dejándonos sin sistema jurídico.

MACC: ¿Qué espacios de legitimidad atribuye a la autonomía de las partes, la democracia y la calificación científica y técnica?

RAG: Tengo reparos sobre el uso de la palabra “legitimidad”, cuyo contenido oscila entre la aprobación entusiasta y la resignación temerosa, pero opera en nuestra mente con la autoridad que roba a su prima “legalidad”. Trataré, sin embargo, de responder.

La democracia funciona mal, muy mal, realmente mal. El ideal del gobierno del pueblo por medio de sus representantes se parece demasiado a una burla, porque el pueblo reacciona mediante emociones espasmódicas que los charlatanes aprovechan para convertirlas en votos. Recuérdese a Hitler, Mussolini, Trump y tantos otros que prefiero no nombrar ahora. Los ciudadanos son tratados como consumidores y actúan como tales al comprarse candidatos como quien adquiere un lavarropas. Un lavarropas desprovisto de garantía, desde luego. Sin embargo, como decía Churchill, todo otro sistema de gobierno es notablemente peor, como los argentinos hemos aprendido en carne propia. De modo que soy entusiasta defensor de la democracia y prefiero sufrir con ella a padecer su ausencia.

La autonomía de las partes es muy buena cosa, en la medida en la que deja a cada persona decidir lo que prefiere y actuar en consecuencia, siempre que no perjudique a terceros. El contrato es una excelente institución fundada en esa autonomía. Sin embargo, es cierto que la capacidad de las personas para negociar lo que les conviene es muy desigual, de modo que en algunos aspectos es conveniente restringir la autonomía de algunos para aceptar las condiciones que otros les imponen. El derecho del trabajo es un buen ejemplo de esto. El del consumo, otro más reciente.

En cuanto a la calificación científica y técnica, no puedo más que hablar encomiásticamente: cuanto más elevadas sean la capacitación y la cultura del pueblo y de sus representantes, mayores serán las esperanzas de una vida mejor.

MACC: ¿Cómo comentaría el enfoque de los derechos humanos? ¿Y la democracia?

RAG: A la democracia ya me he referido. Sobre los derechos humanos, suelo decir que los sostengo sin duda, pero no creo en ellos. Como decía el recordado Tato Bores, permítame que aclare esto antes que sea demasiado tarde.

Los derechos humanos son reclamos políticos que juzgo enteramente justificados, de modo que uno mi voz al coro mundial (pero no unánime) que exige su respeto y su cumplimiento. Lo que no comparto es la idea, básicamente metafísica, de que los derechos humanos están en algún *topos uranos* del derecho natural, por lo que todos tienen, de hecho, la obligación jurídica de ponerlos en práctica, aun por encima de las leyes y las constituciones. Esta idea, políticamente tan plausible, genera en los hechos un caos sistemático en la descripción del sistema jurídico. Todos debemos respetar y honrar la vida, pero algunos lo hacen pidiendo pena de muerte para el homicidio y otros reduciendo la escala penal; algunos considerando el aborto como un crimen y otros propugnándolo como un recurso para respetar la vida digna de la mujer embarazada en ciertas circunstancias, o en cualquier circunstancia. Si el derecho a la vida puede interpretarse de modos tan opuestos (y otro tanto sucede con otros derechos) es que algo funciona muy mal en el modo de concebir los derechos humanos. Y lo que funciona mal es la tendencia humana al pensamiento mágico, que da sus preferencias por realidades en lugar de bregar por realizarlas.

MACC: ¿Qué relaciones asigna a la democracia y el mercado?

RAG: La historia del último siglo nos ha enseñado que el mercado es compatible con la dictadura, pero su ausencia tiende a garantizarla. En un mundo de ángeles no debería ser así, pero nuestras alas se nos han caído mientras vagábamos de caverna en caverna.

Sin embargo, el mercado, aun en democracia, puede generar, y de hecho genera, desigualdades que muchos consideramos inaceptables. Parece (políticamente) conveniente, pues, que desde el poder democrático se impongan ciertos límites al mercado para limar sus aristas más agresivas. El problema es dónde encontrar el punto de equilibrio donde la economía se desarrolle y avance, pero la población no sufra las bofetadas de la “mano invisible”.

MACC: ¿Qué espacios de legitimidad asigna a la conducta y a la necesidad?

RAG: Otra vez encuentro un obstáculo en la palabra “legitimidad”. La necesidad debe, a mi juicio, concitar la atención del estado para su satisfacción primaria y, en segundo término, para introducir en el mercado los límites equilibrados a los que me refería en la respuesta anterior. Pero aceptar que la necesidad puede justificar cualquier conducta parece una extrapolación de la compasión: si se la aceptara sin más, la convivencia quedaría seriamente comprometida.

MACC: ¿Qué lugar tienen en cuanto al derecho situaciones angustiantes como las de muchas cárceles argentinas y las villas de emergencia?

RAG: Se trata, efectivamente, de situaciones angustiantes. El derecho está llamado a paliarlas y, en la medida de lo posible, repararlas, aunque el egoísmo de los poderosos, y su rencor, miren para otro lado. Pero esta es una reflexión política, no una afirmación de la teoría general del derecho. Y las vías de solución no son nada fáciles.

MACC: ¿Cuáles son para Usted los tres problemas de justicia más importantes del mundo actual y de la Argentina?

RAG: En el mundo, el problema mayor es la desigualdad de influencias. Ella hace que el derecho internacional se convierta en un juguete de los poderosos, que ellos imponen a otros bajo pretextos como el concepto de *ius cogens*. No lo quiera ese Dios en el que no creo, pero en los próximos años veremos mucho más de esto, probablemente.

En nuestro país, el problema más importante en este aspecto es la conformación y la dinámica del poder judicial. El intento de la Constitución de 1994 para despolitizarlo ha resultado vano. En el Consejo de la Magistratura la clase política está sobrerrepresentada hasta lo ridículo, de modo que tanto la selección de los jueces como su eventual destitución son objeto de conciliábulos y negociaciones ajenas al mérito de las personas y de las acciones. Los

concursos de oposición y antecedentes se han convertido en muchos casos en una burla siniestra; las entrevistas personales, en oportunidades para introducir arbitrariedad, y la instancia de impugnaciones y observaciones populares para cada designación –una excelente idea en su momento– ha devenido en la poco digna práctica de pedir a amigos y conocidos cartas de recomendación hasta llenar biblioratos enteros.

MACC: ¿Qué valores atribuye a la audiencia de las partes y a la fundamentación?

RAG: Me parecen condiciones necesarias, aunque no suficientes, para una correcta administración de justicia.

MACC: ¿Está de acuerdo con los despliegues de teoría general del Derecho que contiene el Código Civil y Comercial? ¿Por qué?

RAG: Para nada. No echo la culpa de esto a los autores del Código, porque, aunque hubieran hecho algo distinto, los contenidos constitucionales se habrían impuesto igualmente en ese sentido. Lo que critico es que se hayan plegado tan alegremente al principialismo hasta tal punto que, con un poco de ironía, podría decirse que, después de leer el título preliminar, ya no vale la pena seguir leyendo, puesto que todo lo que sigue queda condicionado al juicio del intérprete sobre principios y derechos supremos.

Esta vuelta al iusnaturalismo se traduce en propugnar un “diálogo de fuentes”. Recordemos que las fuentes no dialogan: gritan, cada una por su lado. Habrá que ver qué y cuánta voz asignamos a cada una y cómo “ponderamos” los derechos e intereses en juego (sobre la invocada ponderación, tengo graves reservas). También se ha dicho que se trata de un código para interpretar. Desde luego, no es posible que un código no sea interpretado; pero que los propios autores de un código pidan ayuda a los intérpretes pone en entredicho los propósitos de la misma ley. Es como si el médico, al recetar medicamentos, dijera al paciente: “tome las dosis que le parezcan necesarias, y cambie por otras drogas si le dan mejor resultado”.

MACC: ¿En qué consiste para Usted la Filosofía analítica? ¿Quiénes han sido para Usted sus principales cultores y cuáles son sus aportes? ¿Se considera Usted un filósofo analítico? ¿En su caso, por qué opta por esa orientación?

RAG: Entiendo la filosofía analítica no como un sistema de pensamiento rígido, sino como una actitud para aproximarse a las cuestiones filosóficas. Esta actitud puede resumirse en tres elementos: el análisis racional del lenguaje, el rechazo a la metafísica y el respeto por las ciencias formales y empíricas. Entre sus cultores, puedo mencionar a Occam como pionero lejano, en cierto modo a Spinoza y por cierto a Hume como precursores, y finalmente a Russell, Wittgenstein, Frege y el Círculo de Viena, fundado por Moritz Schlick e integrada por Rudolf Carnap, Otto Neurath, Kurt Gödel, Alfred Tarski, Karl Popper y otros en el período entre guerras. Recordemos que Freud, Einstein y Kelsen estuvieron relacionados con ese grupo.

Por mi parte, me considero un filósofo analítico, sí. Esa orientación me parece extremadamente apropiada para plantear los problemas filosóficos de un modo tal que sea posible encararlos con claridad y eficacia.

MACC: ¿Se considera Usted un filósofo positivista? ¿En su caso, en la vertiente excluyente o incluyente?

RAG: Sí, me considero positivista, y no oculto mi preferencia por la vertiente excluyente. Pero es preciso aquí hacer una aclaración que, en cierto modo, relativiza esa postura.

Creo que la opción entre positivismo y iusnaturalismo no ha sido en general bien planteada con la pregunta por el derecho natural o la relación entre derecho y moral. No lo ha sido porque esa pregunta parece reclamar una suerte de respuesta ontológica, que mi posición analítica rechaza. La pregunta no debería ser cuál es la naturaleza *verdadera* del derecho, sino qué contenido nos conviene asignar al concepto de derecho. Y aquí surge otra pregunta: ¿de qué tipo de conveniencia estamos hablando? Si lo que queremos es luchar por nuestras preferencias éticas y políticas, lo ideal es el iusnaturalismo, asociado a alguna forma de cognitivismo moral (y allá

nosotros con nuestra conciencia postulada como método de conocimiento). Si lo que queremos es entendernos entre todos en un lenguaje común para analizar fenómenos objetivos, hay que preferir el positivismo. Ya lo dijo claramente Hart al distinguir entre un concepto amplio y otro restringido: este último sólo me permite hablar de derecho con aquellos que comparten mis valores, mientras el amplio me facilita dialogar y negociar con mis adversarios, y aun comprender a mis enemigos. Yo prefiero claramente la segunda actitud, que es más científica: imaginemos un tratado de entomología que excluyera de sus páginas a los mosquitos *anopheles* y *aedes aegypti* porque, como son vectores de serias enfermedades, no merecen el prestigioso nombre de insectos.

En los hechos, creo que la polémica entre positivismo y iusnaturalismo se halla en un punto donde el iusnaturalismo ha triunfado. ¿Por qué? Porque el legislador mismo se ha volcado con armas y bagajes para ese costado. Al jurista positivista, la ley le exige valorar como si fuera iusnaturalista. Mientras tanto, su antiguo rival ya no necesita invocar el derecho natural: le basta presentarse como un intérprete del derecho constitucional y convencional. Así, ambos intercambian sus máscaras y ya nadie se entiende.

Ese resultado, sin embargo, es una victoria pírrica: bajo un ropaje ontológico y pretendidamente consensuado, lo que hace es inyectar en el positivismo todas las dificultades epistemológicas del iusnaturalismo y, en la práctica, restar poder a los legisladores para trasladarlo a los jueces.

Mi propio positivismo excluyente, pues, cumple ahora la función de una advertencia muy analítica sobre el mal epistémico que se ha apoderado del pensamiento jurídico.

MACC: ¿Qué opinión le merece la clasificación de las teorías jurídicas en positivistas y no positivistas?

RAG: Creo haber respondido esta pregunta más arriba. Pero casi me da ternura ver el primor que ahora ponen en denostar al positivismo. Las personas como yo son calificadas de paleopositivistas, en tanto el iusna-

turalismo se llama a sí mismo no positivismo, o pospositivismo, para dar a entender que ya está, que eso ya pasó, que vayamos ahora a lo serio (que, como siempre, es la política). Detrás de eso, sigue la leyenda negra que achaca a Kelsen la llegada del nazismo al poder, olvidando que el pobre Hans era judío y tuvo que escapar para no ir a la cámara de gas; o que insiste en que los positivistas quieren aplicar la ley literalmente, sin consideración alguna por las valoraciones morales ni por las circunstancias del caso. Todo eso es propio de la segunda mitad del siglo XX y especialmente de la funesta década de 1970, cuando los fascistas veían en el positivismo una puerta abierta al comunismo y los marxistas nos acusaban de ser lacayos de Wall Street.

MACC: ¿Qué valor adjudica a los desenvolvimientos de la argumentación jurídica?

RAG: Creo que son positivos, pero sobrevalorados. Los juristas no tenemos otra herramienta que la argumentación, de modo que es muy útil analizarla y perfeccionarla. Pero en nuestros tiempos hay una tendencia que propone la teoría de la argumentación como un camino para defender ciertos contenidos justos en el sistema jurídico y, en definitiva, para fundar un nuevo iusnaturalismo liberal. Dejando aparte el viraje ideológico del iusnaturalismo, donde el actual es mucho más simpático que el antiguo, observo que esa posición ha debilitado sus fundamentos a lo largo de los siglos. Al principio, relacionada con la teología, tenía como pináculo a Dios, entidad indemostrable pero indiscutible desde la fe. En el Renacimiento la figura divina, algo devaluada, se mantuvo en segundo plano respecto de otros indemostrables pretendidamente objetivos, como la naturaleza del hombre, la de las cosas y la razón. Ahora, filósofos como Atienza y Alexy ponen en la cima a la teoría de la argumentación. Creo que el traje de Dios le queda muy grande a esa teoría, que nos da excelentes consejos para argumentar y debatir pero es incapaz de proporcionarnos una receta para distinguir, entre dos argumentaciones no falaces, cuál es objetivamente más sólida que otra.

MACC: ¿Qué opinión le merecen los realismos jurídicos?

RAG: En cierto modo me considero un realista; en otra faceta, propongo una concepción distinta. Creo que he contestado esta pregunta al responder sobre el concepto de norma y sistema jurídicos.

MACC: ¿Qué opinión le merece la posición que sostiene que la injusticia extrema no es derecho?

RAG: Esa posición, elaborada por Radbruch para poder defender los juicios de Nuremberg, duplica las dificultades epistemológicas del iusnaturalismo: primero, averiguar qué normas son injustas y por qué; segundo, decidir dónde y por qué trazar el límite entre la injusticia extrema y la que pudiéramos llamar de cabotaje. Toda esta tesis, tan en boga en nuestros días, me parece un comodín para satisfacer nuestros odios, por justificados que los consideremos. No sólo sirvió parcialmente para colgar a los jefes nazis (que, claro, *se lo merecían*), sino también, más tarde, para condenar a los guardianes del muro de Berlín y, entre nosotros, para fundar –a mi juicio, erróneamente– los casos Arancibia Clavel y Simón (que también *se lo merecían*, por supuesto).

MACC: ¿Qué opinión u opiniones le merecen los neoconstitucionalismos?

RAG: El neoconstitucionalismo es una tendencia llena de buenas intenciones, que comparto. Pero, desde el punto de vista técnico jurídico, incurre en un erróneo voluntarismo. La idea es que, así como la Constitución debe contener garantías que ninguna ley pueda contradecir, también puede ser receptáculo de los deseos de las personas. No sólo se trata de no ser encarcelado sin juicio, o del derecho a opinar libremente, sino también el de tener una vivienda digna, un ambiente sano, un salario suficiente y otras satisfacciones por el estilo. Hay constituciones que hasta garantizan la felicidad de las personas. Es claro que todo esto es deseable, y que es preciso auxiliar a los más desprotegidos a satisfacer sus necesidades; pero es inútil proclamar

derechos tales si al mismo tiempo no se prevén el modo de asegurarlos y los recursos que ello requiera. Un buen ejemplo es la vivienda digna: está en nuestra Constitución desde 1957, pero hay millones de personas que viven en villas, y su número aumenta. Como los recursos para cumplir ese mandato no están disponibles, su aplicación es ficticia, como cuando se concede un subsidio insuficiente y temporario; o excepcional, como en el caso de aquella señora que, en situación de calle y con un hijo discapacitado, obtuvo de la Corte Suprema una protección constitucional que miles de individuos en situaciones más o menos semejantes siguen sin alcanzar. Sería mejor que, en lugar de proclamar alegremente derechos que no están destinados a respetarse, se llevaran adelante políticas conducentes a asegurarlos, ya sea desde el nivel constitucional o desde cualquier otro nivel realmente operativo.

Acerca de los aspectos teóricos del neoconstitucionalismo y del principialismo, ya me he expedido en una respuesta anterior.

MACC: ¿Qué opinión le merece el razonamiento por principios que plantea el profesor Robert Alexy?

RAG: Me parece ficticio. Como ya dije, los principios (que cuentan con mi apoyo político, ciertamente) son expectativas político morales más o menos compartidas. Pero, para enfatizar su importancia, se les atribuye una suerte de realidad ontológica más que dudosa, por falta de un método capaz de conducir a su conocimiento. Alexy pretende que ellos se desprenden de la naturaleza argumentadora del ser humano, pero no dice cómo opera esa inferencia ni qué fundamento fáctico permite establecer una lista de principios. Afirma que cada principio tiene un valor abstracto (una especie de peso específico argumental, imagino), pero no dice cómo averiguar qué valor abstracto tiene cada principio. Ofrece una fórmula matemática para ponderar los principios en conflicto frente a cada caso concreto, pero esa fórmula sencillamente no funciona: Alexy no indica cómo ha de medirse la magnitud de cada una de las variables, con lo que todo queda librado al ojo de buen cubero (que, a su vez, tiene el inconveniente de que no hay un método para distinguir un buen cubero de otro no tan bueno). En definitiva,

todo este razonamiento por principios, que encandila a tantos juristas, no es otra cosa que una nube de humo para dotar a las propias decisiones morales o políticas de una apariencia de realidad, conocimiento y hasta cálculo exacto. Si los razonamientos de Alexy dieran resultado, todos seríamos felices y los más graves problemas del derecho, como los de la moral, quedarían resueltos después de varios milenios de incertidumbre. Lamentablemente, eso no sucede.

MACC: ¿Cómo percibe la relación entre derecho y economía?

RAG: Desde un punto de vista fáctico, la economía tiene que ver con todo; entre otras cosas, constituye buena parte del marco en el que las normas y su aplicación pueden ser concebidas y aplicadas. Pero eso es obvio. Si nos concentramos en la teoría del derecho, podemos examinar el economicismo (*law and economics*). Posner y sus seguidores han hecho inteligentes señalamientos acerca del análisis del derecho desde las leyes de la economía: en lo descriptivo y lo prospectivo, sus enseñanzas merecen ser tenidas en cuenta. Pero todas las buenas ideas (como las de Aristóteles, Jesucristo, Tomás de Aquino o Marx) encuentran quien las exagere y las convierta en otra cosa. El peligro, a mi modo de ver, es no limitarse a poner las leyes de la economía al servicio del derecho, sino poner al derecho al servicio de la economía, que es la ambición de nuestro viejo conocido, el neoliberalismo. Las leyes económicas no pueden negarse y deben tomarse en serio; pero, como dije en una respuesta anterior, corresponde al derecho limitar sus vaivenes en cuanto redunden en graves perjuicios para los seres humanos.

MACC: ¿Qué opinión u opiniones le merecen las orientaciones críticas?

RAG: Las orientaciones críticas me parecen la contracara del economicismo. Contienen agudas y valiosas observaciones acerca del derecho, sus estructuras, sus ficciones y sus falacias, pero el punto del que parten es ante todo político. Desde una posición opuesta a la de los economicistas, quieren poner el derecho de su lado (lo que es legítimo) pero, considerando los

conceptos jurídicos algo semejante a armas de lucha, buscan deteriorarlos en cuanto se hallen en manos del adversario. Hay aquí un punto con el que estoy en desacuerdo: así como la guerra tiene sus convenciones de Ginebra, la lucha política debería mantener un idioma común y una lógica neutral que delimitaran el campo. Necesitamos una teoría que nos permita entendernos con el enemigo. Entendernos, comprendernos: no necesariamente ponernos de acuerdo, sino dejar en claro cuáles son los desacuerdos genuinos. El uso de la teoría a favor de una posición política es, al parecer, la fuente de los problemas comunes del iusnaturalismo tradicional, del contemporáneo, del economicismo y de las teorías críticas.

MACC: ¿Qué opinión le merece la egología?

RAG: Con el respeto debido a Carlos Cossio como maestro de una generación e introductor de los estudios serios de filosofía del derecho en la Argentina, debo decir que mi opinión sobre la egología es negativa. Se presenta como una forma de realismo: el derecho, dice, es conducta en interferencia intersubjetiva. Pero, cuando se la mira más de cerca, se advierte que trata al derecho como la regulación normativa de las interferencias intersubjetivas de las conductas; en otras palabras, una especie de positivismo complicado con un lenguaje difícil y matizado con referencias valorativas.

MACC: ¿Qué opinión le merecen los tridimensionalismos y en especial la teoría trialista del mundo jurídico?

RAG: Tengo gran respeto por mis amigos trialistas y reconozco que parten de algo innegable: el derecho es normalmente objeto de reflexiones normológicas (el texto de las leyes y su interpretación), dikelógicas (el juicio moral que tan a menudo ejercemos sobre las normas) y sociológicas (el examen del grado y del modo como las leyes se cumplen, así como su inserción en la cultura y su mayor o menor utilidad para alcanzar los objetivos que el legislador se propone al promulgarlas). Lo que no logro aceptar es cómo esos tres puntos de vista pueden combinarse para formar una misma ciencia: de

hecho, la dimensión sociológica corresponde a una ciencia empírica, sujeta al método de la observación; la dimensión normológica depende del enfoque teórico que se adopte para examinarla y la dimensión dikelógica carece, a mi juicio, de todo método confiable que pueda constituir un conocimiento válido de ella.

Alcanzo a vislumbrar la coherencia de un autor como Goldschmidt, que, como tomista declarado, podía sostener una ciencia moral, subordinar el análisis jurídico al marco del derecho natural y examinar la realidad social en su relación de ida y vuelta con el derecho así concebido. Pero por mi parte estoy muy lejos de esas premisas, que además tampoco son compartidas –entendiendo– por todos los trialistas actuales.

MACC: ¿Admitiría Usted una afirmación de que para aplicar el derecho hay que ser positivista y para hacerlo hay que ser realista?

RAG: Tal vez se trate de una afirmación simplificada y exagerada, pero sensata. Para crear el derecho, lo primero que hay que tener es información acerca de la realidad: no sólo los problemas que en ella veamos sino qué medios tenemos disponibles para resolverlos, cuál es su costo (en términos no sólo económicos, sino de todo tipo), qué nuevos desequilibrios puede generar la elección de una vía de solución y cuál es el estado de la opinión pública respecto de cada problema y de sus eventuales remedios.

A su vez, en una visión ingenuamente tradicional, para aplicar el derecho no hace falta más que estudiar el caso y conocer la ley.

Pero las cosas no son tan claras. La aplicación requiere interpretación, y la interpretación es una forma de creación, sujeta –en pequeña escala– a condicionamientos semejantes a los que pesan sobre el legislador, incluso de corte ideológico individual. Por otra parte, no está de más que el legislador consulte a menudo esa ley positiva llamada Constitución.

MACC: ¿Qué opinión le merece el sistema judicial argentino? ¿En qué medida sus conocimientos de teoría general del derecho le fueron útiles para su desempeño como magistrado?

RAG: He formado parte del sistema judicial argentino durante 48 años, desde el puesto más bajo de empleado hasta el de juez de cámara. He visto muchas épocas distintas, mejores, no tan buenas, malas y desastrosas. Y llego a la conclusión de que los males de la administración de justicia pueden sintetizarse en tres causas: politización, rutina y mezquindad. La primera opera sobre la selección de los jueces; la segunda, sobre la inercia que obtura las innovaciones; la tercera, sobre la selección de funcionarios y empleados subalternos y sobre la elección de las innovaciones que hayan de adoptarse.

El estado actual del sistema judicial, hasta donde lo veo, es sencillamente malo, aunque no el peor que he conocido. Remontar la cuesta será difícil, pero es factible si se siguen algunos parámetros: a) implantar concursos serios y leales de antecedentes y (sobre todo) de oposición para todos, absolutamente todos, los cargos en la administración judicial; b) recopilar y publicar datos estadísticos, cuantitativos y cualitativos, acerca de los resultados obtenidos; c) reunir a jueces y funcionarios para que expresen, discutan y acuerden criterios de eficiencia, no sólo en la gestión de las causas, sino también respecto de los criterios con los que ellas hayan de resolverse; d) adoptar medios tecnológicos apropiados, sin preferencias sesgadas ni expectativas perimidas. Creo interesante destacar que los caminos que propongo no requieren gastar dinero, sino aprovechar recursos humanos e intelectuales que hoy se dejan perder.

Mi cercanía con la teoría general del derecho ha sido útil en mi desempeño; en primer lugar, porque me ha enseñado la claridad del pensamiento técnico y la desconfianza de la mera retórica; en segundo lugar, porque me ha rescatado de la resistencia a las matemáticas, que parece endémica en el ámbito judicial. Un ejemplo de todo esto ha sido, a mi modo de ver, la elaboración de las fórmulas “Vuoto” y “Méndez” para el cálculo de las indemnizaciones por accidente del trabajo.

MACC: ¿En qué consiste para Usted la diversidad del Derecho del Trabajo respecto del resto del derecho?

RAG: Como bien me advirtió una vez mi recordado colega Antonio Vázquez Vialard, el derecho es uno solo: no puede tener compartimientos

estancos. Podría decir que lo que distingue al derecho del trabajo es el principio protector, y tendría razón en decirlo; pero el derecho siempre protege a alguien. En el ámbito laboral, esta protección no se dirige a individuos que se hallen en cierta condición individual, sino a toda una comunidad que comparte un grado de vulnerabilidad, porque no tiene para vender más que su trabajo y no puede esperar que el mercado mejore para hacer mejor negocio: debe mantenerse en el día a día. Algo semejante, aunque no igual, sucede con el derecho del consumo: cada consumidor es una hormiga frente al mercado de bienes y servicios, así como el trabajador lo es ante los dadores de empleo. En estos casos, como dije antes, el derecho opera sobre el mercado para limitar los excesos de la mano invisible. Y, de paso, para castigar a la mano visible que abusa de su poder.

MACC: ¿Considera Usted importante el desarrollo de la estrategia jurídica? ¿En su caso en qué marco la ubicaría en relación con la teoría del derecho?

RAG: La estrategia jurídica es sin duda importante, pero yo no la situaría dentro de la teoría del derecho, sino dentro de la teoría política.

MACC: ¿Cuáles son para Usted los fundamentos que deberían tener los programas de Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho y cuáles serían los contenidos mínimos respectivos?

RAG: Observo que los estudiantes se enfrentan con los temas de teoría del derecho en cuando llegan a la Facultad, sin hallarse familiarizados con las dificultades de la interpretación y aplicación de las normas concretas. También veo que esos temas se remiten directamente al fenómeno jurídico, dando por sentadas premisas filosóficas que deberían, por lo menos, reexaminarse a la luz de opiniones diversas.

No me atrevo a hacer una lista de contenidos mínimos, pero creo que –como señalé antes– sería preciso empezar por ciertos temas básicos de la filosofía general (no la ética, por favor, no todavía, sino la ontología, la verdad y el conocimiento), para seguir con la ética (ahora sí, a partir de la metaética)

y sólo entonces pasar a examinar las bases y los contenidos de las distintas teorías del derecho, para que el alumno construyera su propio sistema de pensamiento autónomamente, pero frente al espejo de la controversia y ante el banco de prueba de la aplicación.

MACC: ¿Considera relevantes los estudios de Historia del Derecho y de Derecho Comparado? ¿Desea fundamentar sus respuestas?

RAG: Sí, los considero relevantes. Lo que temo es que alguno de esos contenidos sea confundido con la filosofía del derecho o con la teoría jurídica.

MACC: ¿Cuáles son sus actividades de docencia e investigación presentes y sus planes para el porvenir?

RAG: Sigo con mis clases en la Maestría en Filosofía del Derecho, que dirijo, y también en la Maestría en Magistratura (a veces en el interior del país) y en la de Elaboración de Normas. Mantengo mis cursos de doctorado, que distribuyo en cuatro asignaturas en ciclos de dos años. E insisto en las investigaciones de nuestro Grupo de Análisis de Criterios, que se propone metas difíciles. En esta etapa, estamos examinando los criterios de apreciación de la prueba testimonial, para averiguar en qué medida ellos pueden resumirse o apoyarse en alguna forma de algoritmo. Pienso seguir con estos planes mientras la vida me dé fuerzas; pero me gustaría poder colaborar, alguna vez, en el trazado de planes serios para el mejoramiento de la administración de justicia, que ha sido mi hogar durante casi medio siglo.

MACC: Muchas gracias.