

# DERECHO, TEORÍA DEL DERECHO Y DOGMÁTICA JURÍDICA: CONTRIBUCIÓN DESDE EL CASO ESPECIAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES Y SOCIOS EN LOS IMPUESTOS A LAS RENTAS URUGUAYOS<sup>1</sup>

por

Andrés Blanco

## 1. ORIGEN Y OBJETIVOS DEL TRABAJO

En la ejecución del proyecto de investigación acerca de los “principios” en el discurso (jurídico y no jurídico) vinculado a los tributos (en el marco del programa “Investigación y Desarrollo” de la Comisión Sectorial de Investigación Científica –CSIC– de la Universidad de la República) se me volvió imperioso delimitar algunos elementos de una *teoría del Derecho*, y más concretamente qué es exactamente *Derecho*, siquiera a los efectos –por cierto modestos– de seguir adelante con el proyecto de una forma medianamente clara tanto para mí como para eventuales interlocutores. Esa necesidad coincidió con una discusión interna del Derecho Tributario (y empleo deliberadamente esta expresión vaga para referirme de un modo cómodo tanto al Derecho Positivo, como a la doctrina y la jurisprudencia) que viene muy a cuento de esas interrogantes.

En efecto, esta parte del Derecho ha asistido a una ardua discusión acerca de la “vigencia” y “derogación” de una norma que estableció la responsabilidad objetiva (esto es, carente del –denominado por los juristas– “elemento subjetivo” o “culpabilidad” en sentido amplio) de los Directores y socios de sociedades contribuyentes del Impuesto a las Rentas de la Industria y Comercio (IRIC), que se traslada –por vía de remisión normativa– al Impuesto a las Rentas Agropecuarias (IRA). Para evitar confusiones, adelanto desde ya que no tengo intención de discutir el problema como tal (esto es, tal como lo abordan la doctrina, la jurisprudencia, la Administración o la ley), en ninguna de sus instancias: si la norma del IRIC fue o no derogada por el Código Tributario, el efecto de la ley interpretativa, etc. De manera que aquella persona interesada –me apresuro a decir que de forma totalmente legítima– sólo en la discusión o resolución del problema tal como se ha planteado en el Derecho Posi-

---

<sup>1</sup> Para este trabajo en particular debo agradecer los fructíferos intercambios críticos con el Dr. Carlos Loaiza y con el Dr. Oscar Sarlo.

tivo, la doctrina o la jurisprudencia, podrá no encontrar en este trabajo nada de su interés.

En su lugar, y sin pretender, ni por asomo, dar una respuesta definitiva a problemas tan medulares, el propósito de este trabajo es, en pocas palabras, reflexionar acerca: a) algunos componentes o características de una verdadera teoría externa del Derecho (y este término lo aclararé en el capítulo siguiente); b) en esos términos, intentar una delimitación de qué es exactamente lo que se denomina con la palabra “Derecho” en el mundo contemporáneo; y c) qué papel cabe, en atención a las respuestas a las preguntas anteriores, a la *dogmática jurídica* (concepto este último que también trataré de aclarar en el punto siguiente).

En este contexto, la discusión acerca de la responsabilidad de los Directores y socios en los impuestos a las rentas será utilizada como material empírico, como campo de pruebas, de algunas respuestas a las tres interrogantes que señalé en el párrafo anterior. En ese sentido creo que los elementos que manejaré no son en absoluto novedosos, sino que se vinculan más o menos mediatamente con propuestas teóricas que tienen ya varias décadas, por lo menos.

## 2. ELEMENTOS PARA UNA TEORÍA DEL DERECHO

2.1 Como adelanté, mi interés radica en discutir las características que debería tener una teoría del Derecho que fuera verdaderamente externa. La división entre “punto de vista externo” y “punto de vista interno” del Derecho ha sido empleada ya hace tiempo en la determinación de las diferentes disciplinas que, de alguna manera, abordan este fenómeno<sup>2</sup>. Concretamente, entiendo por “teoría externa del Derecho” aquella que no estuviera involucrada en absoluto en la producción y reproducción del Derecho, y por lo tanto –para decirlo de una manera gráfica y directa– que no se coloque jamás en la perspectiva ni de un legislador, ni de un administrador llamado a dictar un acto administrativo, ni de un Juez que se proponga fallar, ni de un jurista en defensa de un caso; es decir, para que una teoría del Derecho tenga verdadero carácter externo en ella debería estar ausente –en mi opinión– toda dirección, propuesta o auxilio para la creación de normas jurídicas generales o individuales, de cualquier rango, tomando para ello al Derecho como algo dado.

En el fondo, el objetivo anterior es de imposible cumplimiento pleno. En efecto, y partiendo del supuesto de que todo discurso, inclusive el científico, es una acción social, es seguro que cuando un discurso tenga por objeto otra acción social (por ejemplo, la praxis “Derecho”), discurso y objeto formarán parte de un mismo tejido social, por lo que las interacciones en la materia son seguras. De cualquier forma, en

---

<sup>2</sup> En lo personal creo que la mejor delimitación de esos “puntos de vista” es la de Aarnio, Aulis: “Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho”, Fontamara, México, 2000, págs. 82 y 83.

principio el mantener la exterioridad de la teoría como objetivo (aún en la certeza de que nunca se logrará del todo) es la única forma de siquiera aminorar ese influjo.

Particularmente me interesa contribuir con algunos elementos para la elaboración de una teoría del Derecho que, además de externa, sea de carácter rigurosamente descriptivo y –en todo cuanto sea posible– que trabaje con referentes empíricos. Con ello intento que esa teoría esté totalmente desligada del *deber ser* en sus dos niveles: ni el metaético, esto es sin discutir la posibilidad de una razón práctica, como tal, ni tampoco el ético, esto es, asumiendo que la razón práctica es posible sin optar por ninguna teoría de la razón práctica en particular desde la cual evaluar de ninguna forma el Derecho existente, o proponer modelos o “políticas” del Derecho. Personalmente creo que hay una relación entre la razón práctica y el Derecho, entre el discurso ético y el discurso jurídico (comprendiendo no sólo el d. positivo sino también la dogmática); de hecho, al final del trabajo haré una reflexión adicional en tal sentido, si bien creo que la conexión no está en el punto en que tradicionalmente se la ha visto. Pero no es lo que me propongo discutir primeramente. Naturalmente que para que lo recién expresado tenga sentido hay que aclarar qué cabe entender por “teoría descriptiva”, “razón práctica”, “deber ser” y otros conceptos similares que he deslizado en el texto, lo cual requiere adelantar algunas bases que luego serán también parte integrante de dicha teoría.

2.2 Una premisa elementalísima de trabajo es que toda teoría del Derecho (o en el Derecho) que se elabore (y ello vale para las teorías externas o internas, descriptivas o no) es un *lenguaje o discurso*<sup>3</sup>, esto es un conjunto de signos que se emplean con la expectativa de causar una cierta *comprensión* en quien los reciba<sup>4</sup>.

Una segunda premisa muy elemental que se ha deslizado en mi discurso es la división, al menos lingüística, entre *ser* y *deber ser*. La división entre ambas esferas está presente probablemente, en acto o en potencia, en toda la filosofía occidental desde el fondo de la historia, pero probablemente corresponde a Kant<sup>5</sup> su explicitación y fundamentación como categorías bien separadas de la razón. No es del caso delimitar exhaustivamente el *status* exacto del ser y el deber ser, y particularmente no me interesa determinar por ahora si esas expresiones encierran significaciones en sí, ajenas a lo discursivo; esto es, si hay algo reflejado en el lenguaje pero distinto a éste que pueda englobarse como “ser” o “deber ser” más allá del acto del habla. Lo que sí me interesa es destacar que *los lenguajes* que se identifican con esos dos –digámoslo así– “ámbitos de la razón” son estructuralmente diferentes y requieren abordajes diversos.

<sup>3</sup> En este trabajo utilizaré estos términos intercambiadamente, aún a sabiendas de que se han establecido diferencias entre ambos.

<sup>4</sup> Por ejemplo, Ross, Alf: “Lógica de las normas”, Comares, Granada, 2000, págs. 1 a 5; Saussure, Ferdinand de: “Curso de Lingüística General”, Losada, Buenos Aires, 1971, especialmente págs. 56 a 59.

<sup>5</sup> Kant, Immanuel: “Crítica de la razón práctica”, Mestas, Madrid, 2001, págs. 37 y ss.

En ese sentido, partiré de la propuesta de Wittgenstein en cuanto a hacer coincidir la significación de un lenguaje con su *uso*, determinando este último no por una definición absoluta, sino por aproximación, y concretamente a través de la semejanza con los juegos. Considerando<sup>6</sup> que los “juegos de lenguaje” son formas de enlazar signos lingüísticos con acciones, es evidente que son posibles, si no *son* juegos, al menos una gran multitud de ellos. De cualquier forma, se pueden distinguir ciertos rasgos de familia entre algunos de ellos que pueden traducirse en la determinación de ciertos *usos* típicos de lenguajes, que *a fortiori* son a su vez determinantes del significado. Entonces, el “parecido de familia” que uniría el *discurso prescriptivo* podría ser –para llamarlo de algún modo lato– la determinación específica o genérica, directa u oblicua, de los actos de otra persona, ora como efecto advertido por el receptor del lenguaje, ora como dirección que se imprime en su planteo por quien lo usa, explícita o implícitamente, mientras que el rasgo común del *discurso descriptivo* podría ser la señalación de referentes externos (cosas, personas, conductas, etc.) por la señalación en sí<sup>7</sup>. Y ambos usos podrían delimitarse en concreto, desde el punto de vista de un observador externo, en función de todos los indicios que se quisiera: clase de palabras empleadas, evidencias de propósitos, contextos, etc.<sup>8</sup>.

Por tanto, cuando indico que me propongo hacer un aporte en dirección a una teoría puramente descriptiva del Derecho, quiero decir que imagino esa teoría –y eso ya es una contribución a su elaboración– como un lenguaje que señale, sin otro uso que la señalación en sí, referentes ajenos al mismo que sean a su vez evidencias, trazas o signos de algo que esa misma teoría se encargará de nombrar como “Derecho”, “normas jurídicas”, “discurso jurídico”, etc.

2.3 También merece aclaración mi mención a que se trate de una teoría *con referente empírico*. En un sentido muy elemental ese adjetivo sería reiterativo de “descriptivo”, salvo que –en discusión que no emprenderé– se entendiera que existe algo más allá de los lenguajes en sentido puro. Sin embargo, la expresión *con referente empírico* la empleo en sustitución, dictado por la modestia semántica, de *científico*. En efecto, y como los adjetivos en sí no hacen a la cosa, para evitar el arduo

<sup>6</sup> Para lo que sigue puede verse Wittgenstein, Ludwig: “Investigaciones filosóficas”, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM – Ed. Crítica, Barcelona, 2002, pág. 25, 61, 85, 87 y 199, entre muchas otras. Vale agregar que quienes hayan abordado, o aborden, la obra mencionada advertirán que cualquier cita es un tanto arbitraria, ya que quizás todos los pasajes de la misma sirvan como referencia directa o indirecta para entender todos los elementos básicos de la teoría. Un criterio de distinción no opuesto, pero sí – a mi entender– más atacable, proporciona Ross, Alf: “Lógica ...”, cit., págs. 17 a 21 y 45 a 47.

<sup>7</sup> Probablemente el caso más claro de enunciado descriptivo sería la “definición ostensiva”, en la cual se manifiesta expresamente el uso y referencia del enunciado, según Wittgenstein, Ludwig: “Investigaciones ...”, cit., págs. 43 a 47. De cualquier modo, no creo que sea pertinente analizar en esta ocasión si la definición ostensiva es la *única* modalidad plausible de discurso descriptivo en sentido estricto.

<sup>8</sup> Una buena síntesis de las diferentes perspectivas de categorización del discurso prescriptivo se observa en Correas, Óscar: “Crítica de la ideología jurídica”, Coyoacán, México, 2005, págs. 58 y ss.

problema acerca de si las disciplinas que estudian lo humano merecen, siquiera en parte, el calificativo de *ciencias*<sup>9</sup>, prefiero utilizar un adjetivo que, siendo semánticamente inobjetable, no despierta los flancos de crítica que derivan de la discusión acerca del *status* epistemológico de las ciencias sociales.

Con esa prevención podemos plantear pues la interrogante: ¿qué entender por *teoría del Derecho de base empírica* o *con referentes empíricos*? Si bien acabo de evitar deliberadamente el adjetivo “científico” para referirme a esta teoría a cuya construcción me propongo efectuar algún aporte, me parece claro que ella debería aspirar a reunir, en todo cuanto fuera posible, las características de una teoría científica. En efecto, y si bien en las últimas décadas se asiste a la aparición de ciertas concepciones fuertemente cuestionadoras del saber científico y la epistemología tradicional, básicamente por entenderlos puramente como herramientas de dominación y no de verdadero conocimiento<sup>10</sup>, personalmente creo –siguiendo a Atienza<sup>11</sup>– que la condición “científica” tal como la define la epistemología contemporánea sigue siendo el modelo racional de conocimiento a seguir, dado –entre otras cosas– que precisamente se ha despegado de las notas de dogmatismo y cierre discursivo que le achacan –por ejemplo– Foucault y Feyerabend, y dado además el éxito que ha tenido en la explicación de los fenómenos que ha abordado.

¿Cuáles serían, entonces, las notas que caracterizarían a un “saber científico” y que *mutatis mutandi* requeriríamos a una teoría del Derecho descriptiva y empírica? En primer lugar, y siguiendo a Popper<sup>12</sup>, entiendo que una nota esencial debería consistir en que sus enunciados, además de pertenecer lingüísticamente a un discurso descriptivo, fueran *refutables* en atención a la experiencia empírica. En pocas palabras esto equivale a decir que los enunciados que se formularan para describir total o parcialmente la praxis social a la que se atribuyera el nombre *Derecho*, o de alguna manera se vinculara a la praxis así denominada, nunca tendrían que postularse en forma definitiva y apodíctica, sino que tendrían siempre que admitir que la observación potencialmente los eche por tierra. En otras palabras, y sin que esto implique aceptar en su totalidad la propuesta de Popper, sí rescata la idea de que una teoría descriptiva del Derecho, como cualquier teoría que pretenda ser científica, debe pro-

---

<sup>9</sup> Entre muchos otros, puede verse a este respecto: Lévi-Strauss, Claude: “Criterios científicos en las ciencias sociales y humanas”, Cuadernos Teorema, Valencia, 1978; Popper, Karl R.: “La miseria del historicismo”, Alianza, Madrid, 2002, especialmente págs. 121 y ss; Klimovsky, Gregorio e Hidalgo, Cecilia: “La inexplicable sociedad. Cuestiones de epistemología de las ciencias sociales”, A-Z, Buenos Aires, 1998, especialmente págs. 209 y ss. al abordar dificultades específicas del conocimiento social derivadas del objeto que maneja.

<sup>10</sup> Para citar sólo los nombres más destacados, véase Foucault, Michel: “La verdad y las formas jurídicas”, Gedisa, Barcelona, 1995, págs. 154, 155, 157 y 158, cuando hace a lo que hoy conocemos como “ciencia” un heredero sofisticado del Derecho Procesal Penal; o Feyerabend, Paul: “La ética como medida de la verdad científica”, en AA. VV.: “Feyerabend y algunas metodologías de la investigación (coordinación: Ana María Tomez)””, Nordan, Montevideo, 1991, págs. 229 y ss., así como el resto de los trabajos contenidos en dicho volumen.

<sup>11</sup> Atienza, Manuel: “Introducción al Derecho”, Fontamara, México, 2003, pág. 199.

<sup>12</sup> Popper, Karl R.: “La lógica de la investigación científica”, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 75 a 88, y “Conjeturas y refutaciones”, Paidós, Barcelona, 2003, págs 309 a 354.

poner explicaciones que no sean lo suficientemente maleables para ser ciertas frente a observaciones contrapuestas de un mismo fenómeno. Todo ello requiere, por lo demás, apertura a la intersubjetividad y sobre todo a la crítica recíproca<sup>13</sup>, en la medida en que el encierro discursivo siempre favorece la *autopoiesis*, esto es la autolegitimación impermeable que, de producirse, corre el riesgo de transformar una teoría en algo totalmente alejado del conocimiento de lo externo (en cuyo caso sí tendrían razón Foucault y Feyerabend, puesto que la teoría dejaría de describir racionalmente para ejercer otras funciones, como por ejemplo la dominación).

En segundo lugar, y en lo que puede ser un corolario muy generalizado de lo expresado en el párrafo anterior, creo que –para decirlo en términos sencillos– una teoría descriptiva y empírica del Derecho debería aceptar el *control epistemológico* de todas las concepciones contemporáneas en la materia que han conformado una *metaciencia* consistente. Para citar sólo algunos ejemplos, creo que deben ser referencia obligada en la materia, además de Popper (ya mencionado), Carnap, Bachelard y Kuhn<sup>14</sup>, entre otros. Así, y en lo que refiere a la propuesta de Kuhn, precisamente abordaré la discusión acerca de la responsabilidad de los Directores en el IRIC utilizando un enfoque paradigmático (esto es, analizando el caso *desde* una teoría previa del Derecho explicitada como tal).

Vamos a aclarar que la concepción de “ciencia” que personalmente comparto nada tiene que ver con un saber autosuficiente, soberbio ni excluyente, sino todo lo contrario: aceptando en general la falibilidad del conocimiento humano, y en particular las dificultades para caracterizar de una manera exhaustiva la ciencia, creo sin embargo que es posible una aproximación a un conocimiento de lo que acontece fuera de nosotros, especialmente en la sociedad, y que el discurso comúnmente conocido como “científico” ha sido el que ha logrado mayores aciertos en esa labor<sup>15</sup>.

2.4 Pero yendo *in crescendo* con las exigencias de esta teoría externa del Derecho, las características que vengo de señalar (esto es, la naturaleza descriptiva y empírica de los enunciados que formule), al conectar directamente con la noción de “ciencia” (aún cuando, como hice constar, prefiero no calificar como tal a esta teoría que propongo), determinan otros requisitos a tener en cuenta para su formulación.

Por una parte creo que dicha teoría es posible puesto que, al margen de cualquier otra consideración, podemos convenir que con el término “Derecho” se deno-

---

<sup>13</sup> Sarlo, Oscar: “Criterios de ruptura epistemológica en la investigación jurídica”, repartido del Curso de Metodología de la Investigación Científica en la carrera de Profesor Adscripto de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, 2001, pág. 6.

<sup>14</sup> Para una recepción general de las ideas de estos autores en la configuración de una teoría del Derecho descriptiva y empírica me remito, en síntesis, a Atienza, Manuel: “Introducción ...”, cit., págs. 193, sin perjuicio de las referencias específicas que haré más adelante.

<sup>15</sup> Me parece recomendable a este respecto la conclusión final de Chalmers, Alan F.: “¿Qué es esa cosa llamada ciencia”, Siglo Veintiuno de Argentina, Buenos Aires, 2005, págs. 231 a 236.

mina uno o más fenómenos humanos, esto es *conductas humanas*. De cualquier manera, deberíamos convenir que “Derecho” (así como “norma jurídica”, “relación jurídica”, etc.) no es sino un *término teórico* (para Klimovsky e Hidalgo) o *idea fundamental* para Popper<sup>16</sup>; esto es, denominaciones un tanto cómodas para una cierta regularidad de comportamiento, pero que no son susceptibles de comprobación directa, y en rigor no corresponden a ninguna unidad observable como tal. Está de más decir que en absolutamente todas las llamadas “ciencias sociales” abundan términos de esta índole: “clase social”, “estructura social”, “mercado”, etc. Este es un punto que será especialmente abordado con el ejemplo de la responsabilidad de Directores y socios en el IRIC, pero que puedo adelantar así: ninguna norma jurídica (ni los actos administrativos, ni las sentencias, ni las leyes, etc.), y mucho menos el “Derecho” en general, existen más allá de los actos lingüísticos particulares o los pensamientos de las personas, por lo que las expresiones “ley”, “ley vigente”, “ley derogada”, “Derecho”, “sentencia”, etc., son sólo formas de *nombrar conductas o creencias individuales, o regularidades de conducta o creencias de personas a lo largo de un período*.

Es menester, entonces, determinar aquellas características estrictamente factuales de ese fenómeno, para a partir de ellas delimitar nuestro objeto y definir las herramientas teóricas generales desde las cuales será posible construir una teoría más específica a su respecto. Naturalmente que estas características factuales básicas de las acciones humanas llamadas “Derecho” ya no son datos puros, puesto que ya vienen precedidas de un cierto grado de teoría sin la cual no pueden formularse ni siquiera de una manera elemental (y ello es un aspecto de la *teoría de los paradigmas* de Kuhn a la que ya referí y a la que volveré). Pero bien, con tal advertencia, y quizás pecando de desorden, creo que dos características básicas del Derecho (a cuenta de las que se seguirán desarrollando en este trabajo), lo más despojadas posible de teorización previa, serían:

- Su carácter simbólico, y preponderantemente el ser un lenguaje<sup>17</sup>.
- El consistir en un conjunto de comportamientos sociales, y más específicamente en acciones entre personas en un contexto social<sup>18</sup>.

Como consecuencia de ello, entiendo que –además del control epistemológico derivado de la aceptación de los desarrollos de la metaciencia, según lo expresé al

<sup>16</sup> Para lo que sigue sobre este asunto, véase Popper, Karl R.: “La lógica ...”, cit., págs. 68 y ss., y 96 y ss.; Klimovsky, Gregorio e Hidalgo, Cecilia: “La inexplicable sociedad ...”, cit., págs. 121 y ss.; Chalmers, Alan: “¿Qué es esa cosa ...”, cit., págs. 82 a 97 al comentar las limitaciones al *falsacionismo*.

<sup>17</sup> En esta característica la “teorización” previa a la que me referí deriva de servirse de las propias nociones de “símbolo” y “lenguaje”, imposibles sin la semiología y/o la semántica.

<sup>18</sup> En esta segunda característica básica la “teorización previa” está dada por la propia noción de “acción”, que –adelantando lo que se verá más adelante– extraigo de Weber, Max: “Economía y sociedad”, FCE, México, 1998, págs. 18 a 27.

final de 2.3- las herramientas teóricas necesarias para una teoría descriptiva y empírica del Derecho deberían ser:

- La semiología (teoría de los símbolos), pero sobre todo las teorías de los lenguajes. Sin desmedro de otros teóricos, creo que son especialmente los aportes de Wittgenstein (de los que ya hice mención, y a los que volveré), así como de Austin (que utilizaré en el intento de aproximar una definición de “Derecho”) y otros teóricos del lenguaje prescriptivo.
- Los aportes de las teorías sociales que tengan contenido descriptivo, y por tanto se revelen como desprovistas de deformaciones y prejuicios.
- Los aportes de los teóricos del Derecho y de las normas de diversa índole y filiación que introdujeron conceptos empíricos, descriptivos y refutables.

2.5 Las herramientas teóricas que acabo de proponer requieren, todavía, de alguna aclaración para determinar el alcance del marco conceptual que personalmente pretendo.

Por una parte, es menester aclarar el papel que corresponde en esta teoría a *la lógica deóntica*, para lo cual me parece imprescindible volver al viejo problema de la división entre *ser* y *deber ser*, sin el cual –creo– no puede comprenderse en absoluto el significado real de la lógica de las normas y el papel que puede cumplir en una teoría empírica del Derecho.

Como indiqué más arriba, la distinción de Kant entre las esferas del *ser* y el *deber ser* deja abierto el problema de cuál es el *sentido* de la distinción. En efecto, y refiriéndome a la pertenencia de esta teoría descriptiva del Derecho, anteriormente sostuve una diferencia *discursiva* entre enunciados prescriptivos y enunciados descriptivos. Ahora bien, el lector advertirá que esa distinción refiere a los *lenguajes*, no a sus *objetos*; esto es, el hecho de que existan enunciados que nos hablen del ser y del deber ser no dice absolutamente nada en cuanto a que el mundo fáctico y los “deberes, prohibiciones y permisos” tengan algún tipo de significación como cosas en sí, fuera de los discursos que hablan de ellos. De manera que la pregunta que cabe hacerse es cuáles son las características de estos discursos más allá de sus diferentes usos y categorizaciones en un plano estrictamente lingüístico.

Una primera diferencia indudable entre uno y otro fue a mi entender señalada, y también condicionada, con todo acierto, por Kelsen<sup>19</sup>, quien indicó que esa diferencia era fundamentalmente lógica, puesto que las reglas de inferencia que rigen los juicios prescriptivos no son las mismas que rigen los juicios descriptivos. Pero también indica Kelsen que desde el punto de vista empírico la diferencia no existe y es

---

<sup>19</sup> Kelsen, Hans: “Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico”, en AA. VV.: “El otro Kelsen (Óscar Correas compilador)”, CEIICH-UNAM-Ed. Coyoacán, México, 2003, págs. 311 a 316.

posible expresar las conductas sobre las que actúan las normas sin atender a estas últimas *como normas*, sino *como creencias o conductas*. Este aspecto me parece metodológicamente decisivo y vital para cualquier teoría que involucre o roce normas de cualquier índole, o mejor, cualquier teoría social, en la medida en que el ser social se maneja permanentemente con enunciados de *deber ser*. En efecto, lo que indica Kelsen es que lo que en términos lingüísticos y lógicos puede identificarse como un lenguaje prescriptivo tiene invariablemente una dimensión fáctica: primero, fórmulas de lenguaje (sonidos emitidos por las personas, señales de valor simbólico como letras); segundo, comportamientos efectivos de las personas; tercero, formaciones psicológicas como creencias, impulsos, miedos, etc. Lo importante es que la suma de una serie de hechos puede ser una explicación suficiente de una norma, o lo que es lo mismo: puede haber una descripción empírica de qué es una “norma” (jurídica o moral, da igual) que no tenga para nada en cuenta que los enunciados prescriptivos obedecen a una lógica distinta de los descriptivos, en cuyo caso diríamos –por ejemplo– “norma es una representación psicológica compartida por los miembros de un grupo, reductible a un enunciado de una determinada característica, que se cree ajena a la propia psique, y que los impulsa a ejecutar determinados actos en presencia de determinada circunstancia”.

Desde este punto de vista, el papel que puede cumplir la lógica normativa para una teoría descriptiva y empírica del Derecho es, creo, accesoria y auxiliar. En efecto, y siguiendo a Ross<sup>20</sup> (quien a su vez sigue a Weinberger), entiendo –muy simplificada– que la lógica normativa no puede reducirse *solamente* a estados psicológicos, y que por tanto hay relaciones internas de consistencia entre los enunciados normativos. Pero el hecho es que si se aborda un fenómeno normativo cualquiera (por ejemplo, el Derecho) desde una óptica descriptiva y empírica, la valoración de la consistencia interna de las normas nos sirve sólo para arrojar mayor luz acerca de la naturaleza de esas conductas, pero no puede ser atendida como un fin en sí mismo. Y ello precisamente porque en esta perspectiva las “normas” son términos que aluden a fenómenos fácticos, por lo que una inconsistencia lógica en el discurso tiene una significación que rebasa la mera inconsistencia lógica (valga el juego de palabras). Por ejemplo, nada impide que quienes participan de la construcción de lenguajes prescriptivos (digamos, por ejemplo, los jueces o la doctrina) sostengan regularmente tesis inaceptables desde el punto de vista de la lógica normativa; ahora bien, la pregunta importante que debe hacerse un teórico del Derecho viene *luego* de esa constatación: ¿por qué se emiten regularmente juicios prescriptivos inconsistentes?, o bien ¿cuál es la significación de la emisión constante –o frecuente– de normas lógicamente defectuosas?

---

<sup>20</sup> Ross, Alf: “Lógica ...”, cit., págs. 179 y ss., y especialmente 226 y ss. al revisar su previa posición de la consistencia lógica de las proposiciones normativas

Esta concepción que he patrocinado en los párrafos anteriores difiere ostensiblemente de la propuesta por Alchourrón y Bulygin<sup>21</sup>, para citar un ejemplo muy notorio de teóricos del Derecho interesados en la lógica normativa. En primer lugar, estos autores parten de una definición de “ciencia” que personalmente me parece inaceptable, y que es absolutamente medular en su concepción porque sin esa definición básica es imposible hablar de “ciencia jurídica” ni de “ciencia normativa” en el sentido que ellos lo hacen. En efecto, Alchourrón y Bulygin sostienen que lo esencial de la ciencia en general es la “racionalidad de la explicación”, expresión ella (u otras similares) que, releyendo atentamente su obra, puede a mi juicio reconducirse sin dificultad a lo siguiente: para los autores lo común a toda la ciencia es la posibilidad de formular juicios lógicamente válidos. Obviamente con esa definición de ciencia no es difícil incluir dentro de la misma a las “ciencias normativas”, que se vertebrarían siempre en torno a la lógica normativa.

Naturalmente que si adoptamos una definición de “ciencia” en la que la refutación y/o verificación empírica tienen un papel central (como por ejemplo la de Popper), la conclusión de los autores argentinos ya no puede mantenerse, y será imposible asignar a una teoría ocupada simplemente de la implicancia lógica de los juicios normativos el carácter de “ciencia”. Alchourrón y Bulygin aducen en su favor el ejemplo de la matemática y la lógica como “ciencias racionales” sin base empírica. Pero en este caso puede aducirse, a mi juicio con toda claridad, que ni la lógica ni la matemática consideradas aisladamente son “ciencias” en sí mismas, sino que son siempre *instrumentos* de la ciencia. En efecto, es consabido que la validez del razonamiento (esto es, la implicancia lógica de los juicios) no nos dice absolutamente nada acerca de la verdad de los enunciados; en otras palabras, es posible efectuar un razonamiento lógicamente consistente compuesto de cabo a rabo de proposiciones plenamente falsas<sup>22</sup>. Esta característica se potencia si se conviene, con todos los teóricos de las normas contemporáneos, que los enunciados prescriptivos no son, al menos en su parte propiamente normativa, susceptibles de verdad ni falsedad<sup>23</sup>, con lo cual una “ciencia” que se autocalifique como “normativa” (como proponen Alchourrón y Bulygin) tiene que renunciar de antemano a que sus propios enunciados sean verdaderos.

Ante la natural extrañeza que puede causar la propuesta de una “ciencia” dedicada sólo a determinar enunciados válidos o no válidos, pero no a producir enunciados verdaderos (o mejor dicho, con pretensión de ser verdaderos), Alchourrón y Bulygin nos dicen que la “justificación normativa” equivale a la contrastación empí-

---

<sup>21</sup> Para este párrafo y los siguientes he tomado fundamentalmente Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”, Astrea, Buenos Aires, 1998, págs. 89 y ss. y 228 y ss.

<sup>22</sup> Entre tantos, cabe citar: Copi, Irving: “Introducción a la lógica”, EUDEBA, Buenos Aires, 1999, págs. 34 a 37; Cohen, Morris y Nagel, Ernest: “Introducción a la lógica y al método científico”, Amorrortu, Buenos Aires, 1993, págs. 22 y ss.

rica de las “ciencias descriptivas”. Ahora bien, si –como parece plausible por la lectura de su obra– para estos autores “justificación normativa” equivale a la determinación de juicios lógicamente consistentes (esto es, a implicancia lógica), deberíamos concluir que lo que los autores nos proponen es una suerte de “equivalencia epistemológica” entre validez lógica y verificación empírica, lo cual –al menos a mi entender– es francamente insostenible.

Por otra parte, y como lo ha señalado Atienza<sup>24</sup>, la fundamentación de la producción y reproducción efectiva del Derecho (esto es, los enunciados y relaciones de enunciados que explícita o implícitamente formulan los Tribunales, los Parlamentos, los funcionarios de la Administración y la dogmática, cuando ejecutan acciones que se identifican como “Derecho”) frecuentemente, o quizás incluso en la mayoría de los casos, no siguen la estructura de una inferencia válida desde el punto de vista de la lógica normativa. Ello significa, por una parte, que el tipo de análisis emprendido por Alchourrón y Bulygin evidentemente no da cuenta de cómo funciona efectivamente esa praxis social que hemos dado en llamar “Derecho”. No obstante, ese contraste puede ser el punto de partida para asignar a la lógica normativa el papel que –a mi entender– le corresponde en una teoría descriptiva del Derecho: por una parte, la contrastación con ella de un material empírico (esas acciones llamadas “Derecho”) que pretende expresarse en enunciados prescriptivos nos arrojará un resultado positivo o negativo (esto es, de apego o desapego del discurso jurídico a la lógica deóntica) que merece ser problematizado<sup>25</sup> y explicado por esta teoría descriptiva del Derecho; y, en segundo lugar, el simple procesamiento estadístico de ese material empírico puede requerir la utilización de esa herramienta.

2.6 Sin pretender agotar, ni por asomo, todos los aspectos importantes para la construcción de una teoría descriptiva del Derecho, me parece interesante detenerme en la *pertenencia* de dicha teoría: ¿sería, en rigor, una parte especial de la sociología, la psicología, etc., o podría erigirse como una disciplina autónoma? Cabe aclarar que, en mi opinión, esta pertenencia teórica no significa otra cosa que la delimitación del marco teórico de trabajo. Los abordajes de este problema concreto son múltiples; personalmente escojo la contrastación y evolución de las posiciones de Kelsen y Pašukanis.

En una primera época, Kelsen<sup>26</sup> sostuvo una separación tajante entre la sociología y la teoría del Derecho, y postuló además a esta última como –diríamos hoy– un

<sup>23</sup> Austin, John L.: “Cómo hacer cosas con palabras”, Paidós, Buenos Aires, 2003, págs. 45 y 52; Kelsen, Hans: “Teoría Pura del Derecho”, Porrúa, México, 1997, págs. 18 a 20; ROSS, Alf: “Lógica ...”, cit., págs. 79 y ss.

<sup>24</sup> Atienza, Manuel: “Introducción ...”, cit., págs. 296 y ss.

<sup>25</sup> La problematización como punto de partida de una cuestión científica es analizada por Cohen, Morris y Nagel, Ernest: “Introducción a la lógica ...”, págs. 14 a 17.

<sup>26</sup> Kelsen, Hans: “Acerca de las fronteras ...”, cit., págs. 318 a 320.

puro discurso acerca del deber ser, despegado de toda consideración fáctica. Hasta aquí esta primera visión de Kelsen acerca de una “teoría del Derecho” es diferente de la propuesta en este trabajo, pero no incompatible con ella, puesto que –como ya se anunció más arriba– Kelsen entendía posible una teoría descriptiva del Derecho, creyéndola parte de la sociología. Lo que sí es muy diferente de lo afirmado aquí son dos ideas de este primer Kelsen: primero, que lo específico de la teoría del Derecho como discurso del deber ser es la *validez*, la cual no puede reducirse a lo empírico (a pesar de que, como mencioné más arriba, en el mismo trabajo Kelsen también dice que la “norma jurídica” puede reducirse a regularidades de conducta); y segundo, que era posible elaborar una teoría del Derecho explicativa de dicho fenómeno centrada puramente en la validez así entendida.

Una crítica temprana e incisiva a estas ideas fue planteada por Pašukanis<sup>27</sup>, quien con el propósito de elaborar una teoría marxista del Derecho puso de manifiesto problemas que rebasan crecidamente el marxismo, puesto que atañen al conocimiento social en general, y de esa sección de la sociedad que es la acción jurídica en particular. En efecto, este autor indica que una “teoría del Derecho” puramente ocupada del discurso prescriptivo (tal como la propuso el primer Kelsen) carece, obviamente, de toda virtud explicativa de la realidad, por lo que, si entendemos por “ciencia” un discurso descriptivo y explicativo de los hechos (más allá de todas sus limitaciones, que ya señalé más arriba), tal teoría normativa pura no tendría obviamente un *status* científico y sería, por añadidura, de casi nulo interés. Si no me equivoco Pašukanis, aún desconociendo por completo la lógica normativa (aún incipiente en aquellos tiempos), intuitivamente identificó un problema que, a trazos gruesos, es similar al señalado respecto de la teoría del Derecho propuesta por Alchourrón y Bulygin: si el análisis queda limitado a cómo producir normas lógicamente consistentes en un plano puramente abstracto, sin dudas que no estaremos dando cuenta en absoluto de lo que ocurre en la realidad.

Y bien, tomando como premisa que una teoría descriptiva del Derecho es posible, Pašukanis indica no obstante que ella no puede reducirse a mera sociología o psicología, fundamentalmente porque de esa forma no se puede dar cuenta de los conceptos generales y abstractos que maneja el Derecho (incluyendo no sólo el Derecho Positivo, sino la dogmática y la jurisprudencia). En su lugar señala que, de la misma manera que la Economía como ciencia fue posible en la medida en que logró aislar (con Smith, Ricardo y Marx) conceptos específicos como “valor”, “mercancía”, “producción”, etc., la teoría del Derecho debería aislar y trabajar con conceptos básicos como “sujeto de Derecho” o “relación jurídica”, etc.<sup>28</sup>. Ahora bien, como

---

<sup>27</sup> Para lo que sigue véase Pašukanis, Evgeni B.: “Teoría general del Derecho y marxismo”, Labor, Barcelona, 1976, págs. 37 y ss.

<sup>28</sup> Dejo de lado en la exposición un aspecto sin dudas importante en el desarrollo de Pašukanis, y que sí es marcadamente marxista: la afirmación de que esa identificación de ciertos conceptos sólo es posible en la conciencia de los científicos cuando las relaciones económicas alcanzan un estadio apropiado para ello. Concretamente,

Pašukanis tiene como objetivo una teoría del Derecho “científica” que se ocupe de los “hechos”, no puede proponer que ella tenga por objeto meramente categorías abstractas y formales del Derecho, sino que por fuerza deberá remitir la explicación de las mismas al desarrollo de la sociedad. De manera que, en forma un tanto contradictoria con la primera parte de su propuesta –que llevaría, por así decirlo, a una teoría del Derecho casi reducida a una pura semiología–, el autor propone conducir la “ciencia del Derecho” a un descubrimiento de las relaciones que guardan esas categorías jurídicas abstractas con las formaciones económicas<sup>29</sup>. Más concretamente, esa premisa le llevará a concluir –en tesis que creo alejada del marxismo ortodoxo<sup>30</sup>– que el Derecho no es más que una forma *mistificada* (esto es, una presentación bajo forma falsa) de una relación de intercambio de mercancías en la esfera de circulación del capitalismo<sup>31</sup>, lo cual –en términos epistemológicos– implica en definitiva imbricar esa “teoría del Derecho” con la teoría económica.

Luego, y si bien Kelsen siguió aparentemente manteniendo su concepción inicial, la lectura de su obra posterior evidencia modificaciones en su punto de vista. En efecto, un segundo Kelsen sostuvo<sup>32</sup> que la “ciencia del Derecho” era, en definitiva, una ciencia social, en tanto se ocupa de comportamientos humanos y no de un “objeto irreal”, lo cual asimila la objeción (muy marcada en Pašukanis) de que no puede llamarse “ciencia” a una teoría que se ocupara de la pura delimitación de enunciados prescriptivos. Lo particular de la “ciencia del Derecho” así concebida sería para Kelsen que, a diferencia de la sociología o la etnología –por ejemplo–, tendría como premisa el condicionamiento de la conducta provocado por las normas, y especialmente las normas jurídicas, mientras que las otras disciplinas sociales tendrían en cuenta otro tipo de motivaciones, impulsos, etc. Naturalmente que este camino lleva a Kelsen a un callejón sin salida, puesto que, salvo que se admita que la “validez” de las normas consiste en una cualidad inmanente y no sensible (tesis metafísica y iusnaturalista que coherentemente Kelsen debería descartar), hay que admitir que la

---

indica el autor que de la misma manera que la Economía como ciencia es posible sólo al llegarse al capitalismo (porque recién allí se produce la separación de esa esfera específica de las relaciones sociales), la teoría del Derecho sólo puede elaborarse una vez que se alcanza el estadio capitalista, por el mismo motivo: sólo con el capitalismo existen formaciones jurídicas aislables como tales.

<sup>29</sup> Pašukanis, Evgeni B.: “Teoría general ...”, cit., pág. 48.

<sup>30</sup> En efecto, esta idea de que el Derecho en su plenitud existe sólo en la esfera de circulación significa que en la esfera de producción no hay propiamente Derecho, y quizás que en la economía la esfera de circulación no está totalmente subordinada a la de producción, a diferencia de lo afirmado por Marx, Karl: “El Capital”, tomo I, FCE, México, 1995, págs. 128 y 129; además, esa tesis implica que sólo hay “Derecho” en el capitalismo, con lo cual –por ejemplo– no puede ser socialista una sociedad que todavía tiene Derecho. Esta y otras originalidades fueron las que llevaron a la ejecución de Pašukanis por orden de Stalin, de acuerdo a lo que relata Virgilio Zapatero en el prólogo a la edición española de su obra que vengo citando, págs. 20 y 21.

<sup>31</sup> Pašukanis, Evgeni B.: “Teoría general ...”, cit., págs. 63, 65, 67 y 73.

<sup>32</sup> Kelsen, Hans: “Teoría Pura ...”, cit., págs. 89, 90 y 100 a 103; un capítulo importante en esa polémica lo constituyó para Kelsen Un comentario excelente de la discusión entre Kelsen y Pašukanis, además de con otros teóricos marxistas y el propio Marx, lo constituye el trabajo de Ruiz Manaro, Juan: “Sobre la crítica de Kelsen al marxismo”, en AA. VV.: “El otro Kelsen ...”, cit., págs. 123 y ss.

validez o existencia de una norma es algo referible a comportamientos humanos, en cuyo caso la “ciencia del Derecho” entraría al dominio de las ciencias sociales comunes, entre otras la sociología y la psicología social, si es que son disciplinas separables (tesis que quitaría la calidad de ciencia independiente a la teoría pura que propone Kelsen). Por eso es que se advierten en la misma obra de Kelsen pasajes contradictorios: si en las citas hechas más arriba rechaza que el objeto de la ciencia del Derecho sea algo irreal, sino comportamientos humanos, en otro lugar<sup>33</sup> se sigue sosteniendo que la “validez” no es “algo real”, pero aclarando de inmediato que no puede admitirse como “válida” una norma cuando la conducta efectiva de las personas denota que aquella es absolutamente ignorada en todo lugar y circunstancia<sup>34</sup>.

En fin, personalmente este debate –del cual he reflejado nada más que un pequeño pasaje– me reafirma en la idea de que no es necesario un encuadre rígido de esta teoría descriptiva del Derecho, ya que de esa forma de operar nunca puede aportar nada bueno a un desarrollo teórico, y que en su lugar dicha teoría debe nutrirse de aportes de todas las teorías ocupadas de lo social, y dentro de ellas no descartar de antemano ninguna vertiente, conservando siempre la cautela epistemológica que señalé más arriba.

2.7 Por último, las características indicadas llevan inevitablemente a la conclusión de que esa teoría descriptiva y científica del Derecho no puede jamás estar constituida por la *dogmática jurídica*, que no es otra cosa que lo que comúnmente denominamos *doctrina*.

Efecto, y siguiendo a Atienza y Luhmann<sup>35</sup>, el análisis del discurso dogmático revela que en la aplastante mayoría de los casos el mismo no está compuesto por enunciados descriptivos sino por enunciados prescriptivos expresos o implícitos (o incluso por otro tipo de enunciados, como los emotivos o los persuasivos<sup>36</sup>), lo cual quiere decir que, salvo contadas excepciones la dogmática no describe ningún hecho sino que formula directrices para la producción y reproducción del discurso del Derecho. Por lo demás, las “contadas excepciones” a las que acabo de aludir no refieren a la “descripción de normas”, que muchos autores (como Alexy en la cita que reali-

<sup>33</sup> Véase *infra*, el punto 3.1 en cuanto al concepto de *validez*.

<sup>34</sup> Kelsen, Hans: “Teoría Pura ...”, cit., pág. 24. Respecto de este problema, quiero señalar mi sorpresa por el hecho de que los comentaristas de Kelsen hasta el día de hoy no hayan, en su mayoría, advertido estas significativas modificaciones en el pensamiento del autor y las oscilaciones y contradicciones a las que ellas le llevaron, lo que significa “petrificar” a Kelsen en sus trabajos tempranos omitiendo –nada menos– lo que él creyó la cristalización de todos sus trabajos, como lo fue la “Teoría Pura del Derecho”, para no hablar de otras obras en las que se ocupó. Véase, por ejemplo, Treves, Renato: “Kelsen y la sociología”, en AA. VV.: “El otro Kelsen ...”, cit., págs. 217 a 222.

<sup>35</sup> Atienza, Manuel: “Introducción ...”, cit., págs. 246 y 249, y Luhmann, Niklas: “Sistema jurídico y dogmática jurídica”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pág. 21, si bien debo dejar constancia de mi discrepancia con la mayoría de las restantes posiciones de Luhmann acerca del papel del Derecho y la dogmática jurídica, tal como lo expondré al final de este trabajo.

zaré de inmediato) identifican como una de las funciones de la dogmática sino a las escasas ocasiones en las que la dogmática se ocupa de acciones materiales; la “descripción de normas”, en su lugar, no constituye a mi juicio descripción de nada puesto que –como lo desarrollaré un poco más abajo– ello presupone una entidad con vida inmanente llamada “norma jurídica”, pero en la realidad tal entidad no existe más allá de las personas que la dicen, la piensan o actúan como si ella existiera.

En segundo lugar, si se fuera a describir el accionar de este discurso, diríamos que lo que hace la dogmática es elaborar enunciados y cadenas de enunciados para que luego sean utilizados en las diversas acciones materiales que son reconocidas como “Derecho”, pero por ese mismo motivo no busca en forma alguna describir tales acciones. Por lo tanto, la dogmática opera desde *dentro del Derecho*, entendiendo por “Derecho” la praxis social tendiente a la producción de un discurso prescriptivo de las características a las que someramente me aproximaré en el punto 3.1 de este trabajo.

En atención a todo lo anterior, y en contra de lo sostenido –por ejemplo– por Alexy<sup>37</sup>, Ferrajoli<sup>38</sup> y Barros Carvalho<sup>39</sup>, creo que la dogmática jurídica no es en absoluto una disciplina científica sino un saber especializado que, en todo caso, debería formar también parte del *objeto* de una teoría descriptiva y científica del Derecho<sup>40</sup>. Pero esta y otras cuestiones acerca de la dogmática serán discutidas en el capítulo final.

### 3. ANÁLISIS DE PROBLEMAS DESDE UNA TEORÍA DESCRIPTIVA DEL DERECHO: EL CASO DE LA RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES Y SOCIOS EN EL IRIC

#### 3.1 Base epistemológica del análisis

Como lo adelanté brevemente al inicio, la propuesta concreta de este trabajo es abordar un *problema jurídico* (esto es, una situación de explicación dudosa ocurrida dentro de esa praxis social) desde esa teoría descriptiva y científica del Derecho esbozada en el capítulo 2, en primer lugar como prueba epistemológica de las premisas

---

<sup>36</sup> En cuanto a los múltiples usos del lenguaje, que determinan por tanto contextos de comprensión y acción totalmente diferentes, véase la enumeración –incompleta– que tienta Wittgenstein, Ludwig: “Investigaciones...”, cit., págs. 39 a 41.

<sup>37</sup> Alexy, Robert: “Teoría de la argumentación jurídica”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 240 y ss.

<sup>38</sup> Ferrajoli, Luigi: “Epistemología jurídica y garantismo”, Fontamara, México, 2004, págs. 24 y ss.

<sup>39</sup> Barros Carvalho, Paulo de: “Derecho Tributario. Análisis jurídico de la incidencia”, Ábaco, Buenos Aires, 2002, págs. 81 y 82

<sup>40</sup> Idea que coincidiría con la de Pierre Bourdieu, según Sarlo, Oscar: “Bourdieu y la ciencia jurídica. Algunas reflexiones críticas”, en Anuario del Área Socio Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, 2002, págs. 22 y 23, y con la de Edelman, según comentario de Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: “Marxismo y filosofía del Derecho”, Fontamara, México, 2003, pág. 116.

que allí se manejaron. Pero además, también creo interesante tomar ese caso particular para poner a prueba un concepto de “Derecho” preconstruido desde esa teoría, a modo de falsación/verificación empírica.

Con esto adopto expresamente la concepción de Kuhn acerca del desarrollo del conocimiento científico. En efecto, este autor señala que, contrariamente a la creencia tradicional según la cual la ciencia va construyendo las teorías por un método inductivo, esto es a partir de la observación de los hechos<sup>41</sup>, la experiencia histórica demuestra que la teoría ha precedido a la observación de los hechos, y que todo el conocimiento que se ha dado en llamar “científico” siempre trabaja con *paradigmas*: grandes concepciones del mundo, o de un sector de la realidad *desde* las que se observa el mundo o la realidad, y no a la inversa<sup>42</sup>. Por lo tanto no intentaré construir un concepto de “Derecho” desde esta experiencia empírica (y todas las restantes que se quieran proponer), sino que tomaré un cierto concepto teórico de “Derecho” para luego confrontarlo con el caso.

### 3.2 Concepto de “Derecho” desde el punto de vista de una teoría descriptiva

a. En el marco de la teoría esbozada, siquiera en parte, en el capítulo 2, propongo un concepto de “Derecho” dotado de los elementos que siguen a continuación, los cuales se exponen –me adelanto a decir– sin un orden que implique prelación, y con una fundamentación o explicación relativamente breve. Por otro lado, desde ya anuncio que esta enumeración no pretende ser exhaustiva, y que además puede contener reiteraciones. Y, finalmente, la definición que sigue no puede tomarse en absoluto como una definición válida para todo tiempo y lugar, sino estrictamente limitada a la experiencia teórica y social –digamos– de los últimos siglos en los países en los que esta praxis “Derecho” tiene contornos semejantes a los usuales para nosotros.

En primer lugar, el término “Derecho” denominaría un *discurso o lenguaje*, esto es la reiteración de un conjunto de signos (generalmente verbales o escritos) en la práctica de las personas, cuyo empleo permite en quienes lo emiten *calcular* una cierta *comprensión* en quienes lo reciben, entendiendo por comprensión una cierta representación, al margen de que la comprensión que se quiera lograr coincida con las representaciones de sentido análogo que tiene el emisor (esto es, se sea o no sincero en la representación que se quiere causar)<sup>43</sup>. Ahora bien, este discurso (es decir, el Derecho propiamente dicho) empíricamente *no existe en sí, fuera de las*

<sup>41</sup> Para una descripción muy sencilla de esta “visión ingenua” de la ciencia, así como también para la demostración de su inexactitud, véase Chalmers, Alan F.: “¿Qué es esa cosa ...”, cit., págs. 1 a 17.

<sup>42</sup> Aunque la teoría de los paradigmas es en realidad más vasta, sobre este último aspecto en particular véase Kuhn, Thomas: “La estructura de las revoluciones científicas”, FCE, México, 2000, págs. 80 a 91.

<sup>43</sup> Wittgenstein, Ludwig: “Investigaciones ...”, cit., págs. 103 a 105, y –con alguna diferencia– Ross, Alf: “Lógica ...”, cit., págs. 5 y 6.

*acciones de los partícipes*, sino que lo observable es –como señala Habermas– una serie de *acciones comunicativas*<sup>44</sup>. Esto es, los enunciados del discurso del Derecho, típicamente los enunciados *normas jurídicas*, no tienen propiamente una existencia independiente *en cuanto enunciados*; lo que existe fácticamente son acciones materiales de personas, que emplean un lenguaje especial que –como veremos más abajo– se emite y se reconoce como algo llamado “Derecho”, y que asume físicamente formas variadas (sonidos y signos escritos la mayoría de las veces). Por lo tanto, cuando hablemos del “Derecho” como un discurso se deberá tener presente que ese discurso, esto es, el Derecho mismo, es una forma de llamar genéricamente a un grupo de acciones sociales concretas dotadas de ciertas características especiales.

En segundo lugar, ese discurso sería *prescriptivo en sentido amplio*, esto es tendría un *uso* consistente en determinar las acciones de las personas de manera directa o indirecta, en buena medida, pero no sólo, a través de la formulación de enunciados calificables como órdenes, prohibiciones y permisos, siendo dicho uso absolutamente determinante de la significación del lenguaje<sup>45</sup>.

En tercer lugar, ese lenguaje extendería su significación, dada por su uso prescriptivo, a las acciones sociales, esto recubre acciones materiales de las personas orientadas hacia otras personas dotándolas de un *sentido* (en términos de Weber)<sup>46</sup>, esto es de un valor simbólico específico que no emerge de la misma materialidad de la acción. Siguiendo igual idea de Kelsen<sup>47</sup>, es un discurso que opera como un *esquema de interpretación de la realidad*: por ejemplo, un grupo de personas juntas en un recinto, que hablan consecutivamente y alzan las manos (actos materiales) significa “sancionar una ley” porque sus partícipes y quienes ven desde fuera esas acciones las recubren de una serie de representaciones simbólicas (el discurso social llamado “Derecho”), como ser “diputado” o “senador” en vez de “persona”; “voto” en vez de “alzar la mano”; etc.

En cuarto lugar, ese lenguaje de uso prescriptivo y que opera como una dotación de sentido o esquema de representación, funciona como una *técnica de control social*<sup>48</sup> o un sistema de *dominación específico*<sup>49</sup>; esto es, se trata de un discurso que tiene como objetivo lograr determinadas conductas en grupos de personas, o a veces

---

<sup>44</sup> Para esta visión de las acciones sociales que implican “Derecho” como “acciones comunicativas”, así como para la propia noción de “acción comunicativa”, véase Habermas, Jürgen: “Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso”, Trotta, Madrid, 1998, págs. 78 y ss.

<sup>45</sup> Wittgenstein, Ludwig: “Investigaciones ...”, cit., págs. 83 y 85; Austin, John L.: “Cómo hacer cosas con palabras”, Paidós, Buenos Aires, 2003, págs. 138 y ss., al definir los conceptos de *ilocucionario* y *perlocucionario*, como aquello *que se hace o para lo que se hace* el acto de habla como unidad de lenguaje.

<sup>46</sup> Weber, Max: “Economía y sociedad”, cit., pág. 23.

<sup>47</sup> Kelsen, Hans: “Teoría Pura ...”, cit., págs. 15 a 18.

<sup>48</sup> Kelsen, Hans: “Teoría Pura ...”, cit., págs. 38 a 41.

<sup>49</sup> Weber, Max: “Economía y sociedad”, cit., págs. 170, 173 y 174.

en toda una sociedad, aun cuando esas conductas contraríen los intereses o el agrado de las personas involucradas.

En quinto lugar, se trata de un discurso *organizador de la violencia* en la sociedad; esto es, se trata de un lenguaje que opera determinando cómo, cuándo, contra quién y por quién puede usarse la violencia<sup>50</sup>. Esto no coincide con la apreciación de los juristas tradicionales, según la cual el Derecho está “respaldado por la fuerza” u opera “bajo su amenaza”, puesto que en dicho concepto la violencia es algo externo y eventual en esta praxis social. Por el contrario, en este concepto de Kelsen, Ross y Correas una función esencial, no circunstancial, del Derecho en términos descriptivos (esto es, de ese discurso simbólico sobre acciones sociales llamado “Derecho”) consiste en estructurar, de ciertas formas predeterminadas, el ejercicio de la violencia en la sociedad; precisamente, en ello consiste tanto la exclusión como regla del uso de la fuerza por cualquiera y en cualquier circunstancia, la admisión de la misma sólo en las ocasiones que ese discurso autoriza (sea por el aparato estatal o por los particulares), el ejercicio directo de acciones de violencia representadas como “Derecho”, etc. Obviamente ello no obsta a que esa presencia de la violencia en el Derecho opera como una amenaza y refuerza su papel de técnica de dominación y control social.

b. Me interesa profundizar un poco en la primera característica del Derecho señalada más arriba, porque en ella se contienen los puntos a confrontar empíricamente con el caso de los Directores y socios del IRIC.

Según señalé, creo que “Derecho” denomina a una serie de acciones comunicativas entendidas como acciones sociales revestidas de un cierto lenguaje que, además, tienen las restantes características también indicadas en los párrafos que anteceden. Ahora bien, siguiendo la noción general de “lenguaje” que se desprende de Wittgenstein, que sin dudas se traslada a las acciones materiales que lo manifiestan, un fenómeno discursivo se compone de una emisión, y también de una comprensión, esto es, de una representación causada por el lenguaje en quienes lo reciben. Por lo tanto, puede seguirse perfectamente que la conformación del discurso “Derecho” implica dos clases de acciones: unas mediante las cuales se emite ese lenguaje, y otras mediante las que se recibe, siendo trascendente para estas últimas el tipo de comprensión causada. Por tanto, “Derecho” sería un discurso desdoblado en: un *discurso de emisión*, integrado por las acciones comunicativas de muchas personas (jueces, funcionarios administrativos, parlamentarios, personas particulares, etc.) que se autoatribuyen la pertenencia a ese discurso y pretenden causar en otras personas la representación de pertenencia; y un discurso de los receptores (particulares, otros jueces, otros funcionarios administrativos, etc.) consistente en acciones comunicativas

---

<sup>50</sup> Kelsen, Hans: “Teoría Pura ...”, cit., pág. 48; ROSS, Alf: “Sobre el Derecho y la Justicia”, EUDEBA, Buenos Aires, 1997, pág. 80; Correas, Óscar: “Crítica de la ideología jurídica”, CEIICH/UNAM-Coyoacán, México, 2005, págs. 65 y ss.

que comprenden, *reconocen*, como pertenecientes a ese discurso “Derecho” las acciones comunicativas de los emisores. A este último grupo de acciones la llamaremos *discurso o acciones de reconocimiento*<sup>51</sup>.

En primer lugar, el discurso de emisión del Derecho está signado, a mi entender, por la *autoatribución* de pertenencia al discurso llamado “Derecho” por quien lo formula; esto es, para que la praxis social “Derecho” se produzca es necesario que quienes emiten el lenguaje respectivo pretendan estar haciendo “Derecho”. Por otro lado, una labor importante de la teoría descriptiva del Derecho consistiría en determinar el o los *criterios de reconocimiento* (que creo coinciden con la “regla de reconocimiento” de la que habla Hart), entendidos como aquellas representaciones socialmente utilizadas para incluir o excluir del discurso “Derecho” acciones comunicativas ejecutadas por otras personas.

En esta perspectiva, mi propuesta es que el criterio de reconocimiento del Derecho que opera en las sociedades con las que estamos familiarizados<sup>52</sup> se identifica con lo que Kelsen<sup>53</sup> llamó el *principio dinámico* de validez, aunque replanteándolo —a diferencia de lo que Kelsen hizo— en términos descriptivos. En efecto, Kelsen propone que en los sistemas de normas los principios de validez pueden ser dos: el estático, según el cual las normas valen, o existen, o pertenecen al sistema, en atención a que su *contenido* sea conforme a otra norma condicionante; o el dinámico, según el cual las normas adquieren tales características en razón de haber sido dictadas por un sujeto *competente* para ello. Y, seguidamente, expresa que el “Derecho” invariablemente responde a este último principio: las normas jurídicas son jurídicas por el hecho de quien las dicta es competente para hacerlo y no por tener ningún contenido en particular, lo cual explica por qué los problemas de contenido de las normas jurídicas (por ejemplo, de ley contraria a la Constitución) no implican la inexistencia *ab initio* de la norma de “contenido disconforme”, sino —al contrario— su existencia de principio y sólo la posibilidad de que ella sea eliminada por una tercera norma dictada por un tercer sujeto competente (por ejemplo la sentencia de inconstitucionalidad). Ahora bien, en este punto se advierte una de las inconsistencias de Kelsen que anoté en el capítulo 2: si antes el autor nos dijo que su teoría era puramente descriptiva y que el Derecho era, esencialmente, un fenómeno social empíricamente apreciable, aquí nos señala que la validez así entendida es una cualidad no material, y por lo tanto que no resulta empíricamente observable, sino que pertenece pura y enteramente a la esfera del *deber ser*.

<sup>51</sup> Hart, H.L.A.: “El concepto de Derecho”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, págs. 126 y ss., para este párrafo y también para el siguiente; Correas, Óscar: “Crítica de la ideología ...”, cit., págs. 95 y ss.

<sup>52</sup> Básicamente, aquellas sociedades en las que es aplicable la definición de “Derecho” propuesta más arriba, y en la que además se desarrolla una praxis jurídica que supone, entre otras cosas: existencia de un aparato estatal diferenciado de la sociedad civil; institucionalización y regularización de la violencia a través del Estado; diferenciación lingüística de la praxis jurídica al seno de la praxis social en general; etc.

<sup>53</sup> Para lo que sigue véase básicamente Kelsen, Hans: “Teoría Pura ...”, cit., págs. 201 y ss.

Ahora bien, yo creo –y para esto me parece decisivo el aporte de Hart<sup>54</sup>– que ese principio dinámico puede ser perfectamente trasladable a una teoría descriptiva como criterio de reconocimiento. O mejor dicho, si sostenemos<sup>55</sup> que lo que llamamos *deber ser* es irreductible al *ser en el plano lógico*, podríamos decir que las “cualidades normativas de las normas” son lógicamente proponibles como tales desde *dentro* del sistema normativo; esto es, si alguien tiene que producir o reproducir acciones sin pensar qué está haciendo desde el punto de vista de un observador externo. Pero si se adopta este último punto de vista, la cosa cambia, ya que en términos empíricos el *deber ser* es sólo una forma especial de organizar el lenguaje; esto es, descriptivamente lo que llamamos “Derecho” es una serie de acciones sociales que emplean un lenguaje sumamente particular, pero sin que por ello dejen de ser hechos. Desde ese punto de vista el *principio dinámico* del que habla Kelsen es muy adecuado para describir una *creencia* social, o mejor dicho *actitudes que reflejan una creencia*: las personas creen que es Derecho aquel discurso que es emitido por personas autorizadas por otras piezas del mismo discurso del Derecho, y que pretenden ser admitido como tal.

Esta idea de “validez” como reconocimiento no debe confundirse con la *eficacia* de una norma. Según creo, la eficacia de la norma ha sido entendida en dos sentidos: uno fuerte, como sinónimo de observancia efectiva del comportamiento mandado por la norma<sup>56</sup>; y otro débil (en mi opinión bastante más interesante), que es el que propone Weber<sup>57</sup>: la norma es eficaz en sentido amplio cuando la gente actúa *como si la norma existiera*, inclusive para incumplirla (por ejemplo, a través de la ocultación de la conducta que difiere del mandato normativo). Sin embargo, la “validez como reconocimiento” no coincide con ninguna de las dos cosas, y puede presentarse materialmente disociada de todo tipo de eficacia: esto es, es concebible que un discurso autoidentificado como Derecho (por ejemplo, una ley) sea, socialmente y a la vez, reconocido como perteneciente al “Derecho” y abiertamente incumplido, si bien ello parece factible sobre todo en casos de conmoción social (anomia, revueltas, guerras, etc.).

### 3.3 El problema de la responsabilidad de los Directores y socios en los impuestos a las rentas

a. Pasando ahora a la descripción del problema concreto, preliminarmente sólo cabe advertir que emplearé provisoriamente de una manera acrítica, tal como vienen

<sup>54</sup> Hart, H.L.A.: “El concepto ...”, cit., págs. 128 y 129.

<sup>55</sup> Y creo que Kelsen no debería haber tenido dificultades para admitirlo, si se tiene en cuenta el tenor de su trabajo en el que disputa con los “sociólogos del Derecho”, en donde de todas formas admite que lo que se llama “deber ser” es –precisamente– una cualidad lógica; Kelsen, Hans: “Acerca de las fronteras ...”, cit., pág. 311.

<sup>56</sup> Por ejemplo, Alexy, Robert: “El concepto y la validez del Derecho”, Gedisa, Barcelona, 1997, págs. 87 y 88.

<sup>57</sup> Weber, Max: “Economía y sociedad”, cit., pág. 252.

dados, términos tales como “vigencia”, “promulgar”, etc., cuya significación empírica luego será objeto de comentario.

El artículo 357 del decreto-ley No. 14.252 (norma esta última que creó el IRIC) rezaba: “Los socios de sociedades personales o directores de sociedades contribuyentes, serán solidariamente responsables del pago del impuesto, así como de su sobretasa.” Esta norma fue promulgada el 22 de agosto de 1974. El 29 de noviembre de 1974 se promulgó (diferiendo su vigencia hasta el 1° de enero de 1975) el Código Tributario, texto que incluye un artículo 21 que expresaba: “Los representantes legales y voluntarios que no procedan con la debida diligencia en sus funciones, serán solidariamente responsables de las obligaciones tributarias que correspondan a sus representados. Esta responsabilidad se limita al valor de los bienes que administren o dispongan, salvo que hubieren actuado con dolo.” En un tercer momento, el 28 de agosto de 1975 el decreto-ley No. 14.416 incluyó un texto (artículo 346, numeral 13) que expresaba: “Suprímese en el artículo 27 del Título II, la expresión: ‘así como de su sobretasa’” (la alusión es al mismo texto del decreto-ley No. 14.252, incorporado al Texto Ordenado).

A partir de esta sucesión de textos, se produjo un debate acerca de si el perteneciente al decreto-ley No. 14.252 permaneció “vigente” luego de la sanción del Código Tributario. A mi entender, la mejor síntesis de argumentos favorables a la “derogación” del texto anterior en el tiempo es la que proporciona Berro<sup>58</sup>. Estos argumentos parten de dos premisas: una –sugerida sólo al pasar– de que los textos referidos refieren a la “misma materia”, lo que equivaldría –en lenguaje más directo– que ambos textos incluyen o lo que los juristas llaman “casos iguales”; y otra de que existe “contradicción de mandatos”, señalada en el carácter “ilimitado y objetivo” de la primera, y el carácter “limitado (al menos en muchos casos) y “subjetivo” de la segunda. Vale aclarar que la “objetividad” y “subjetividad” refieren a la suposición de que el texto de los impuestos a la renta no implican una calificación (naturalmente interna al sistema) como “culpable” de la conducta de la persona, que sí estaría implicada en el texto del Código Tributario. Sobre esas bases se dice que, si bien en la materia es aplicable el “principio” de que “ley general posterior no deroga ley especial anterior”, cuando la “ley general posterior” es un “Código” la supresión de la norma especial anterior igualmente se produce, puesto que esa clase de texto de Derecho Positivo implica suprimir todos los textos de Derecho Positivo que versen sobre la misma materia, sin excepción. En lo que respecta al texto del decreto-ley No. 14.416 (cuya semántica toma como premisa que el texto del decreto-ley No. 14.252 no fue suprimido), se expresa otro “principio”: que cuando una ley se “extingue” a través de su “derogación”, ya nunca puede recobrar vida por un texto posterior. Vale la pena recordar que estos “principios” sobre la “derogación” y “vigencia”

<sup>58</sup> Berro, Federico: “Los responsables tributarios”, Amalio Fernández, Montevideo, 1990, págs. 45 a 47.

de normas son extraídos de Supervielle<sup>59</sup>, quien a su vez invoca otras opiniones previas.

Por otro lado la Administración Tributaria produjo argumentos favorables a la no derogación del texto del decreto-ley No. 14.252, que por haberse esgrimido en casos especiales (sea en procedimientos administrativos o en procesos jurisdiccionales) no he podido compulsar directamente, citándolos de segunda mano a través de las menciones de la dogmática que se opone a ellos<sup>60</sup>. De acuerdo con tales fuentes, ellos serían: i) siguiendo el “principio” que reza “ley general posterior no deroga ley especial anterior”, la sanción del texto del Código Tributario no debe entenderse como una supresión del texto del decreto-ley No. 14.252, criterio que –vale aclarar– es enunciado como uno de las “reglas” fundamentales en materia de derogación por el mismo Supervielle<sup>61</sup>; y ii) el texto del decreto-ley No. 14.416, al asumir que el texto del decreto-ley No. 14.252 no fue suprimido, implica –valga literalmente la aparente redundancia– su no supresión.

Cabe agregar, para completar el panorama de esta discusión, que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA), si bien en la mayoría de sus pronunciamientos tendió a considerar que el texto del decreto-ley No. 14.252 no fue suprimido por el Código Tributario (lo cual, empero, generalmente no fue acompañado de mayor argumentación), dictó sentencias en las cuales recogió la “tesis de la derogación tácita” que recién mencioné<sup>62</sup>.

b. En diciembre de 2005, la ley No. 17.930 (ley de Presupuesto de 2005-2009) contuvo un artículo 464 que expresó: “Declárase por vía interpretativa que el artículo 21 del Código Tributario no ha derogado lo dispuesto por el artículo 357 del Decreto Ley No. 14.252, de 22 de agosto de 1974, con la modificación establecida por el artículo 346 del Decreto Ley No. 14.416, de 28 de agosto de 1975 (actual artículo 59 del Título 4 del Texto Ordenado 1996).” Y también incluyó un artículo 465 que expresó: “Declárase por vía interpretativa que la responsabilidad solidaria y objetiva consagrada por el artículo anterior alcanza a la infracción de mora establecida por el artículo 94 del Código Tributario.”

---

<sup>59</sup> Supervielle, Bernardo: “De la derogación de las leyes y demás normas jurídicas”, en AA.VV.: “Estudios en homenaje a Juan José Amézaga”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de la República), Montevideo, 1958; la referencia a que los Códigos derogan todas las normas anteriores se basa en una fórmula genérica de Supervielle en pág. 418, pero es mucho más directa la cita a pie de página 419 de Supervielle respecto de Saredo. La referencia a la “muerte” de las normas anteriores a la derogación está en págs. 495 y ss.

<sup>60</sup> Por un lado Berro, Federico: “Los responsables ...”, cit., págs. 45 a 47, si se toman las posibles objeciones a su tesis como probables opiniones de la Administración; Valdés Costa, Ramón: “Curso de Derecho Tributario”, Depalma-Temis-Marcial Pons, Bogotá, 1996, en cita al pie de la pág. 339.

<sup>61</sup> Supervielle, Bernardo: “De la derogación ...”, cit., pág. 487.

<sup>62</sup> Así en la sentencia No. 1029 de 1999, publicada en Revista Tributaria No. 153, Montevideo, noviembre-diciembre de 1999, págs. 920 y ss.; un ejemplo de la “tesis de la vigencia” es la sentencia No. 325 de 2001, publicada en Revista Tributaria No. 164, Montevideo, septiembre-octubre de 2001, págs. 673 y ss.

Inmediatamente después de este momento, Berro vuelve a abordar desde la dogmática el problema. Por un lado<sup>63</sup>, invoca el razonamiento de Supervielle<sup>64</sup> según el cual existen dos “requisitos” para que sea viable una “ley interpretativa”: uno la existencia, de hecho, de una incertidumbre acerca del alcance de una norma; y otro (que según Supervielle sería “de Derecho”), cual es que “el legislador”, advirtiendo la incertidumbre, fija de forma “precisa y definitiva” su sentido. En función de ello, Berro sostiene que el artículo 464 de la ley No. 17.930 no es realmente interpretativo, porque la posición de la dogmática previa implica una “conclusión firme” de que la derogación por el Código Tributario realmente operó, lo que implicaría que la semántica “interpretativa” de la ley de Presupuesto sería falsa<sup>65</sup>.

En lo que respecta al texto de la Ley de Presupuesto que refirió a las sanciones por la infracción de mora, Berro nos informa<sup>66</sup> que es la consecuencia de una tesis sostenida por la Administración Tributaria (aparentemente en el ámbito forense) que –si no me equivoco– puede sintetizarse así: i) si un sujeto es considerado “responsable solidario”, ello significa –entre otras cosas– que la deuda del contribuyente le sea exigible en la misma fecha que a este último; ii) por tanto, si las sanciones de la mora tributaria deben aplicarse por la sola circunstancia de no pagarse el tributo en la fecha de exigibilidad, ellas deben también aplicarse al responsable solidario. O para decirlo más llanamente: erigirse en “deudor solidario” implica responder tanto de la deuda principal como de sus incrementos por otros conceptos (aunque no de todos). Según Berro la Administración esgrime como apoyo para su tesis el artículo 1398 del Código Civil, cuando establece –como efecto de la solidaridad en la deuda– que “la demanda” contra uno de los deudores solidarios hace correr los intereses respecto de todos.

Contra ello, afirma Berro –en síntesis, y a mi juicio– lo siguiente: i) los textos del Código Civil que se traen a la discusión son inadecuados para resolver normativamente el problema de las sanciones de la mora de los responsables solidarios tributarios, puesto que existen varias incompatibilidades de “naturaleza”: “demanda” no tiene igual “naturaleza” que “mora”, “obligación tributaria” no tiene igual “naturaleza” que “sanción tributaria”, “impuesto” no tiene igual “naturaleza” que “sanción”, etc.; y ii) el reclamo de una suma de dinero a título de “sanción por la infracción de mora” requiere invariablemente que el individuo contra quien se dirija el

---

<sup>63</sup> Berro, Federico: “Responsabilidad y mora en la Ley de Presupuesto No. 17.930”, en Revista Tributaria No. 190, enero-febrero de 2006, págs. 33 y 34.

<sup>64</sup> Berro cita a este autor a través de Peirano Facio, Juan Carlos: “El principio de la irretroactividad de las leyes y los reglamentos en materia tributaria”, Relato Nacional uruguayo a las X Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios, en AA. VV.: “Memoria. X Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios”, volumen I, Rosgal, Montevideo, 1984, pág. 275. La cita directa sería a Supervielle, Bernardo: “El alcance de la ley interpretativa”, en Revista de Derecho Público y Privado, tomo 42-43, págs. 359 y ss.

<sup>65</sup> Berro, Federico: “Responsabilidad y mora ...”, cit., págs. 37 y 38.

<sup>66</sup> Berro, Federico: “Responsabilidad y mora ...”, cit., págs. 38 y ss., tanto para este párrafo como para el siguiente.

reclamo haya actuado de una forma que se denomina “culpable” (en sentido amplio, abarcando tanto lo que los juristas llaman “culpa” como lo que denominan “dolo”). Tomando como premisa lo expresado recién en el apartado ii), sostiene Berro que el problema se resume en determinar si en general es o no aceptable reclamar sumas de dinero por concepto de multa y recargos de la infracción de mora en caso de no existir tal “culpabilidad”. Como, finalmente, Berro cree que efectivamente no pueden reclamarse esas sanciones si falta esa culpabilidad y que ello no puede ser materia de discusión, infiere que el texto del artículo 465 de la ley No. 17.930 es falsamente “interpretativo”, y que en realidad encubre una retroactividad lisa y llana.

### 3.4 Abordaje del problema anterior desde una teoría descriptiva del Derecho, con especial relación al concepto de “Derecho” propuesto en 3.2

Como adelanté más arriba, este problema acerca de la “vigencia” de estas leyes será abordado desde la teoría externa y descriptiva del Derecho de la cual propuse algunos elementos en el capítulo 2, y más concretamente para poner a prueba el concepto de “Derecho” que tentativamente manejé en 3.2. Si bien ya lo mencioné más arriba, cabe señalar que el discurso dogmático –lo mismo que el jurisprudencial– será tratado como objeto del análisis junto con el discurso del “Derecho Positivo”, en el entendido de que uno y otro forman parte de un mismo *discurso jurídico* en sentido lato.

#### 3.4.1 ¿Qué significa, en términos descriptivos, que una norma “existe” o “está en vigor”, o mejor qué es una “norma” jurídica?”

a. A mi entender la discusión acerca de la responsabilidad de Directores y socios en los impuestos a la renta confirma una de las características del “Derecho” propuestas en 3.2: se trata de una serie de acciones comunicativas, de piezas lingüísticas, emitidas por sujetos que pretenden que se las reconozca como parte de esa praxis (lo que denominé discurso de emisión), y que son aceptadas como tales por el discurso de reconocimiento.

En efecto, el primer hecho fue una acción del Consejo de Estado dictatorial (recuérdese que el problema principia en 1974): se emite un discurso (el texto del decreto-ley No. 14.252) recubriéndoselo de un *sentido* (en palabras de Weber) que es la pretensión de integrar ese discurso (o praxis discursiva) prescriptiva social llamada “Derecho”. Y, en principio, todo indica que ese discurso fue aceptado por el discurso de reconocimiento: al menos en un primer momento parece haber sido tomado como un condicionamiento o razón para actuar de una cierta forma por todas las personas a quienes se presentó como tal (funcionarios, dogmática, jueces, un amplio espectro de particulares, etc.). Sin ingresar todavía a la discusión dogmática, puede observarse un dato interesante: identificando como factor decisivo para que

haya “Derecho” al discurso de reconocimiento, y afirmando que este último emplea como criterio el *principio dinámico* de Kelsen pero reconvertido a criterio empírico, en este caso se revela que efectivamente este último funciona como una creencia en la autoridad de quien emite la norma, y no como una atribución de una cualidad lógica, ni mucho menos moral, al discurso que se emite y pretende ser “Derecho”.

Ello por cuanto el “órgano” (esto es, el grupo material de personas que emitió ese discurso) era el Consejo de Estado, producto de una ruptura de contenido, abierta e incluso violenta, con toda la praxis social que de antemano se reconocía como “Derecho”: aquella que se admitía por emanar de órganos autorizados por una serie de actos previstos en el discurso constitucional, reconociéndose además a este último por la investidura plebiscitaria popular y la autorización de Constituciones anteriores. Si el discurso producido por ese órgano es *hasta el día de hoy* reconocido como “Derecho” a pesar de esa imposibilidad de encadenar, en el plano del puro deber ser, la autoridad de ese grupo de personas con el discurso prescriptivo que le precedió, se sigue que el criterio dinámico de Kelsen (“una norma es válida en atención a la competencia de quien la dicta y no a su contenido”) es correcto pero no como cuestión normativa, sino como enunciado descriptivo, en el que “norma”, “validez” y “competencia” aluden a creencias más o menos regulares en una sociedad en un momento dado. En cuanto a la faz moral, y asumiendo (cosa que yo personalmente hago, de acuerdo –por ejemplo– con Nino<sup>67</sup>) que para toda praxis política y jurídica el *principio democrático* en la investidura de la autoridad es condición no suficiente, pero sí necesaria, de aceptabilidad ética, el origen del Consejo de Estado impediría sin excepción (al menos en lo personal es así) valorar positivamente cualquier acción emanada del mismo, pero ello no obsta que empíricamente sea innegable que lo que ese órgano produjo era y es “Derecho”, en los términos que aquí he propuesto.

b. En lo que respecta a qué entender por “vigencia” o “existencia” de una norma, creo que el caso confirma que se trata puramente de un fenómeno discursivo social, y más concretamente –una vez más– un problema de “emisión con pretensión de reconocimiento” y “reconocimiento” por diferentes sujetos de la sociedad.

En efecto, y sin perjuicio de algunas consideraciones adicionales que se harán en los puntos subsiguientes acerca de cómo funcionó el discurso de reconocimiento en este caso especial, se advierte que la pieza discursiva inmediatamente posterior al decreto-ley No. 14.252, cual fue el Código Tributario, no contiene ningún texto que pretenda dejar de reconocer como “Derecho” el texto anterior; esto es, no incluye lo que los juristas tradicionalmente llaman “derogación expresa”. Si así hubiera ocurri-

---

<sup>67</sup> Nino, Carlos S.: “El constructivismo ético”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, en su capítulo VI: “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, págs. 111 y ss.

do, la *pérdida de vigencia* o *inexistencia* igualmente habría sido un fenómeno estrictamente discursivo: es probable que socialmente se hubiera creído que el texto anterior ya no era Derecho porque este texto posterior, emanado de unos sujetos que actuando de esa forma se creían autorizados para producir Derecho (el mismo Consejo de Estado), habría proclamado su eliminación. Nótese que digo que *es probable* que así habría ocurrido, porque –y creo que también esto se ve corroborado por esta misma experiencia– no siempre las acciones discursivas emanadas de órganos *normalmente* identificados como autorizados efectivamente lo son: si, por alguna circunstancia, otros discursos internos al Derecho, como la dogmática o la jurisprudencia, producen un discurso tendiente al no reconocimiento de suficiente fuerza como para contrarrestar la tendencia normal del discurso de reconocimiento, perfectamente éste puede mudar y dejar de admitir como “Derecho” a discursos que en condiciones normales lo son.

Luego de la emisión del Código Tributario existe un momento preciso posterior en el que a mi juicio con toda claridad se emite un discurso de reconocimiento del decreto-ley No. 14.252: el texto –también emanado del Consejo de Estado– del decreto-ley No. 14.416, que indica que las personas que lo redactaron creían que lo anterior seguía siendo “Derecho”. Esto implica otra conclusión interesante: el discurso de emisión puede también coincidir con el discurso de reconocimiento, a través del sencillo y frontal expediente de *nombrar* un discurso anterior. Este es un rasgo que se verá, muy acentuado y dotado de una estrategia deliberada, cuando un poco más abajo aluda a la “ley interpretativa”.

Pero en un momento posterior que personalmente no he podido determinar<sup>68</sup> se quiebra el consenso en el discurso de reconocimiento *comenzando con la dogmática*. Así, cuando primero Berro, y luego otros autores dogmáticos –como Valdés Costa–, producen la tesis de la “derogación tácita”, ¿qué están exactamente haciendo en términos empíricos? A mi juicio están *produciendo razones* para que luego se produzca un discurso de emisión que sea, a la vez, un discurso de no reconocimiento: esto es, que los jueces (por ejemplo, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo) emitan sentencias que no empleen el decreto-ley No. 14.252 como una razón para decidir, lo cual es una forma de un discurso de reconocimiento negativo<sup>69</sup>. Y luego de un tiempo ese discurso dogmático empieza a ser exitoso, ya que logra que en

<sup>68</sup> Si bien Valdés Costa, Ramón (“Curso ...”, cit., pág. 337 en cita al pie de página) atribuye a Cassinelli una primera opinión favorable a la “derogación” tácita de la responsabilidad de socios y Directores en el IRIC por el Código Tributario, la compulsa del texto citado revela que dicho profesor efectuó una afirmación genérica acerca de la vocación del Código Tributario de eliminar todas las soluciones preexistentes, pero no aludió específicamente a este problema. Véase Cassinelli Muñoz, Horacio: “Aplicabilidad del Código Tributario a las personas públicas no estatales”, intervención en Mesa Redonda sobre el Código Tributario del 1º de julio de 1975, en Revista Tributaria No. 8, Montevideo, septiembre-octubre de 1975, pág. 281.

<sup>69</sup> En cuanto a los enunciados normativos semánticamente generales como “razones para actuar” véase Hart, H.L.A.: “El concepto ...”, cit., pág. 14, y págs. 155 y ss., con ocasión de analizar en qué medida las “normas generales” puede servir para predecir el contenido de las sentencias.

algunos casos ese efecto se logre: empiezan a producirse discursos autorizados (sentencias) que no reconocen como “Derecho” el decreto-ley No. 14.252 y con ello resquebrajan efectivamente el discurso de reconocimiento a su respecto.

Lo dicho revela, por otra parte, que el logro de la regularidad o consenso en el discurso de reconocimiento, esto es la vigencia o existencia de una “norma”, es un fenómeno que no es fácil reconducir a una tendencia homogénea. En efecto, y si bien –como volveremos a observar en los dos puntos siguientes– contemporáneamente parece tener preeminencia el discurso de reconocimiento producido por los mismos *sujetos que se reconocen como autorizados* para producir el discurso de emisión, tampoco es raro que se produzcan quiebres de reconocimiento originados en otros sujetos: por ejemplo, la dogmática, como en este caso.

Como material empírico, la discusión de este caso demuestra a todas luces –creo– la *no inmanencia* de la norma; esto es, que los enunciados jurídicos no existen sino como creencias y conductas de las personas que los dicen y los actúan. Si un tribunal una vez toma una ley como razón para decidir y en otro la descarta; si la Administración la toma y la dogmática la descarta, se demuestra que una norma jurídica es una *regularidad discursiva*, y una discusión sobre la vigencia o derogación es una irregularidad discursiva, siempre tomando “discurso” como un conjunto de acciones sociales reales. Por tanto, “vigencia” o “existencia” de una norma jurídica, o directamente *norma jurídica*, es una forma de nombrar a una regularidad en las acciones de reconocimiento en cuanto a admitir como una pieza del discurso llamado “Derecho” (esto es, como un discurso de uso prescriptivo, autorizado, organizador de violencia, etc.) una o más acciones de emisión de dicho discurso.

Así planteada, creo que la *teoría del reconocimiento*, tan criticada en su momento por Kelsen, resiste mejor una prueba de falsación (empleando términos de Popper) que bajo la forma en que la propuso el llamado *realismo*<sup>70</sup>. En efecto, si en la identificación de “norma” y “regularidad de conducta” esta última se hace coincidir con “comportamiento efectivamente acorde”, sin dudas que se producirán resultados insatisfactorios. Pero en cambio si la “regularidad” se predica de una creencia no necesariamente ligada con un comportamiento acorde, o como lo he propuesto aquí como una regularidad *discursiva*, tengo la impresión de que las objeciones que se han señalado quedan superadas.

c. Me parece interesante este caso, y las conclusiones anteriores, para debatir –siquiera brevemente– la noción de “existencia” de las normas que han propuesto Alchourrón y Bulygin, noción que –según creo– es absolutamente incompatible con la propuesta aquí y que, en definitiva, no es más que una versión, lógica y semánticamente depurada, del concepto dogmático interno de “norma”.

---

<sup>70</sup> Véase sobre este particular Hart, H.L.A.: “El concepto ...”, cit., pág. 14, y 102 y ss.

Por ejemplo<sup>71</sup>, y comentando la tesis de Von Wright (que creo coincide, básicamente, con lo expresado aquí) en cuanto a que la existencia de una norma supone la recepción por algún destinatario, estos autores dan por obvio que muchas normas jurídicas (por lo pronto, todas las normas generales) entran en vigor sin recepción alguna por nadie, en atención a la “presunción de conocimiento de las leyes”. Si no me equivoco, lo que es palmariamente obvio es que la tesis de Alchourron y Bulygin es falsa en el plano empírico: si nunca jamás ninguna persona llamada a actuar bajo ese enunciado (juez, particular, funcionario administrativo, etc.) se entera de que ese enunciado fue formulado con toda seguridad que nunca jamás nadie se comportará de conformidad con lo que él expresa, ni lo reconocerá como parte de ningún sistema normativo. O todavía más: si, como nos dicen estos autores, la disociación entre “existencia” y “recepción” deriva de la “presunción de conocimiento de las leyes” presente en el Derecho occidental contemporáneo, deberíamos admitir no sólo que las normas jurídicas existen solas, fuera de quienes la reciben (a la manera de las ideas o *eidos* platónicos), sino que además esa “presunción” (que la propia dogmática y el Derecho Positivo admiten como un enunciado contrafáctico, esto es que nada tiene que ver con los hechos) tiene la aptitud de generar un hecho.

Pero en definitiva, cuando proponen un concepto de “existencia” que, en pocas palabras, depende de la “promulgación”<sup>72</sup>, se pone enteramente de manifiesto que se trata de un concepto de *norma* sólo viable desde un punto de vista interno, esto es, aceptando el “Derecho” como un sistema de enunciados ya dado que se reproduce de una manera predeterminada y absolutamente cerrada; esto es, si admitimos, como lo hace la dogmática clásica y los textos positivos contemporáneos, que el Derecho es un conjunto de enunciados inmanente. Pero esa idea de Alchourrón y Bulygin es, a mi entender, absolutamente insostenible en una teoría externa del Derecho, o mejor dicho es una idea ajena a tal teoría, por la sencilla razón de que los hechos sociales que importan “Derecho”, de la misma manera que no se comportan de acuerdo a lo previsto por la lógica normativa, tampoco admiten o eliminan reglas de la forma que suponen los dos autores argentinos. Y en este caso hay una refutación clara de ese entendido: se produce una puja en cuanto a actuar de una u otra manera, por los órganos competentes, ante algunas situaciones vistas como probables (“debe o no debe reclamarse dinero bajo el nombre de IRIC a los Directores y socios ...” etc.), y esa irregularidad o falta de consenso *es (literalmente hablando)* lo que se traduce y se interpreta internamente como una *duda o discusión acerca de la existencia de la norma*. De ello se sigue que, por más descabellado e incoherente que pueda ser el consenso en cuanto a su motivación, si el consenso se alcanzara y la discusión no se produjera, la norma –literalmente– *estaría indudablemente en vigor o indudablemente derogada* (según la dirección en que el consenso se produjera).

<sup>71</sup> Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: “Sobre la existencia de las normas jurídicas”, Fontamara, México, 2002, pág. 22.

<sup>72</sup> Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: “Sobre la existencia ...”, cit., págs. 61 y ss.

d. Por lo tanto, cuando la dogmática, la jurisprudencia, la Administración, o cualquier sujeto dice “la norma fue derogada” o, al contrario, “no fue derogada”, están por un lado produciendo un discurso que nada tiene que ver con la realidad, en la cual se asiste simplemente a confusión o no unanimidad discursiva; y por otro lado, están suministrando razones para que otras personas emitan actos de voluntad revestidos como Derecho que sostengan que la norma está derogada (jueces o ley) o que no lo está (los mismos). En cuanto a esta segunda característica de las tesis acerca de la “vigencia”, despunta el carácter *político* de la argumentación jurídica en general, cuestión sobre la que retornaré al final al referirme a las funciones y sentido de la dogmática: no se está describiendo nada sino tratando de influir en el ánimo de ciertas personas para crear una regularidad discursiva que hoy no existe.

El inmanentismo contrafáctico del lenguaje dogmático y jurídico en general queda muy al desnudo cuando se habla de que la “ley extinta” no “revive”: esto tiene sentido en la medida en que con la palabra “ley”, o “norma”, se crea aludir a una suerte de “ente viviente” o “cosa física”, pues sólo éstas realmente viven, mueren, o se destruyen sin remedio<sup>73</sup>. Pero esas cualidades evidentemente no son predicables empíricamente de una “norma”: si esta no puede ser, en tanto hecho, más que una regularidad de acciones lingüísticas, o –aunque ello no sea descriptivamente del todo satisfactorio– una *pieza de lenguaje*, no tiene sentido decir que “muere” o “desaparece” sino que, antes bien, ella “vivirá” o “existirá” (empleo los términos entre comillas porque en realidad son sólo remedos de las cualidades auténticas de esas acciones o discursos) cada vez que, según su voluntad (condicionada o no) cualquier sujeto la admita como una razón para actuar, y por lo mismo estará “muerta” o “extinta” cada vez que no se la admita a esos efectos. Y naturalmente que esa admisión fácticamente no está condicionada por las admisiones coincidentes u opuestas de personas que se plantaron previamente ante una situación semejante, por lo cual un texto llamado de Derecho Positivo podrá “morir” y “revivir”, en los términos expresados, tantas veces como las personas no coincidan en su admisión o no admisión como una representación que condiciona –o puede condicionar– su actuar.

### 3.4.2. Contradicción de mandatos y “ley interpretativa”

a. Ya señalé en varias ocasiones que, contrariamente a algunas afirmaciones de ciertos teóricos generales del Derecho, la producción y reproducción del Derecho no implica en absoluto la consistencia lógica y que, al revés, fácticamente dicha praxis se produce y reproduce en atención a uno o más parámetros que normalmente no incluyen la coherencia lógica. Ahora me parece que es posible postular esa caracte-

---

<sup>73</sup> No puedo evitar la tentación de recordar el caso –recreado por BORGES en “El libro de los Seres Imaginarios”, bajo el título de “Animales esféricos”– de los físicos que, ante la comprobación de que la Tierra y demás planetas tienen movimientos espontáneos, dedujeron que se trataba de animales “pacíficos y de hábitos regulares”, asumiendo que el movimiento espontáneo es una cualidad exclusiva de los animales.

rística un poco más afinadamente, así: la coherencia de las calificaciones deónticas de una conducta no es una cualidad fáctica de la praxis llamada “Derecho”, por lo que es perfectamente posible que una misma conducta, en un mismo momento y de acuerdo con lo que los juristas tradicionales llamarían un “mismo Derecho”, pueda calificarse, de hecho y de formas no rupturistas con el sistema, como prohibida, obligatoria o permitida. O para decirlo de otra forma: es perfectamente posible que simultáneamente, y de acuerdo al discurso de reconocimiento imperante en esa sociedad, se admitan como *normas existentes* actos que, traducidos a un discurso prescriptivo genérico, impliquen que una misma conducta sea a la vez prohibida, obligatoria o permitida.

Digamos en primer término que, inclusive desde el punto de vista estrictamente lógico, esto es considerando que *normas* son enunciados autónomos de quienes los dicen, Schmill Ordóñez<sup>74</sup> demostró impecablemente que (en contra de lo supuesto por Alchourrón y Bulygin) adoptar un criterio de validez dinámico –como el de Kelsen– equivale a admitir que dos enunciados deónticamente incompatibles integren a la vez el sistema normativo. Pero si además, y como se ha propuesto aquí, ese “principio dinámico” es reformulado como un criterio de reconocimiento en términos empíricos, la posible generación de “normas” contradictorias es no sólo posible sino –salvo una casualidad difícilmente pensable– inevitable. Una comprobación muy simple de este juicio se desprende de esta polémica dogmática, jurisprudencial y de Derecho Positivo: si en algunos casos se resuelve invocando un enunciado y en otros casos invocando otro, creyendo todas las personas que los mandatos de los mismos son contradictorios, esa divergencia de conducta (por lo pronto en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo) es, lisa y llanamente y en términos descriptivos, lo que los juristas llaman “coexistencia de normas opuestas”. Lo cual quiere decir que fácticamente (e inclusive lógicamente, aunque ello no sea muy trascendente para una teoría externa) no hay el menor obstáculo para que –volviendo por un instante a una terminología interna del Derecho, de arranque impropia por suponer la inmanencia de las normas– el decreto-ley No. 14.252 y el artículo 21 del Código Tributario sean a la vez “normas en vigor” inclusive mandando cosas opuestas.

Pero lo que es indudable es que el discurso interno (tanto el Derecho Positivo como la doctrina) se autoconsidera estático, y hace cuestión de la oposición de contenidos. Como indica Bobbio<sup>75</sup>, el hecho de que normativamente sea claro que la “coherencia” no es necesaria, y que además ni siquiera es completa tal como la plantean los juristas, puesto que los criterios de solución de las antinomias no son ellos mismos consistentes ni exhaustivos, no impide comprobar que el discurso jurídico está fuertemente encaminado a que esas contradicciones no se produzcan. La pregunta es, entonces: ¿por qué el discurso jurídico se autocomprende de esa manera?

<sup>74</sup> Schmill Ordóñez, Ulises: “Lógica y Derecho”, Fontamara, México, 1993, págs. 19 y 20.

<sup>75</sup> Bobbio, Norberto: “Teoría General del Derecho”, Debate, Madrid, 1991, págs. 216 a 219.

b. Muchos teóricos generales del Derecho (como Bobbio<sup>76</sup>), e incluso juristas dogmáticos de una época en que –además– eran casi desconocidas las herramientas teóricas para discursos de esa clase (como el propio Supervielle<sup>77</sup>) han advertido que la supresión de esas “contradicciones normativas” no es una necesidad interna del Derecho, sino de la “seguridad” o “igualdad”, entendidas como imperativos éticos. Sin entrar a la discusión del discurso ético –cosa que rebasaría irracionalmente el contenido de este trabajo–, creo que esas opiniones no andan muy desencaminadas, pero prefiero formularlas como parte de un problema más general: la tendencia a eliminar las contradicciones es una consecuencia de la “primacía del Derecho Positivo”, la que es a su vez una consecuencia de la tendencia a la generalización y la abstracción, y a la predecibilidad, como requisitos de la organización social del capitalismo más o menos maduro, tal como propone Weber<sup>78</sup>. Esto es, cuando la economía capitalista, y con ella el funcionamiento social, se multiplican en acciones de la más diversa índole (particularmente el intercambio de mercado), pero generan a la vez una mayor necesidad de continuidad, ya no es posible el sistema que Weber llama “justicia del Cadi”<sup>79</sup> en el que la praxis jurídica va ordenando la vida social caso a caso. En su lugar, con la consolidación del capitalismo la praxis jurídica adopta las características que nos son familiares hoy, pero que obviamente son un producto histórico y no son notas necesarias del Derecho: la suposición de “normas generales”, y más específicamente la creación de un discurso llamado “Derecho Positivo” que condiciona, para hacerlo calculable, el resto del discurso jurídico, y con ello hacer también calculable el riesgo y resultado económico que asume el capitalista.

Es en este contexto en el que tiene, entonces, sentido la generación interna por el Derecho de un sector discursivo específicamente orientado a eliminar las contradicciones, lo cual no sería necesario si el “Derecho” se compusiera sólo de acciones comunicativas individuales, como de hecho ocurría antes del capitalismo contemporáneo, y probablemente haya ocurrido hasta hoy (o una época cercana) en comunidades de “economía natural” que no se hayan integrado a esa estructura social y económica. Entonces, lo que hay es una convicción generalizada, fundada en razones de organización económica, social y política, de que los actos de voluntad encaminados a producir normas no pueden, para hechos y/o personas iguales o semejantes, producir en algún caso enunciados identificados como prohibiciones y en otro caso enunciados identificados como permisos (esto es, lógicamente contradictorios, lo cual –por añadidura– ratifica el papel puramente auxiliar de la lógica normativa).

<sup>76</sup> Bobbio, Norberto: “Teoría General ...”, cit., págs. 218 y 219.

<sup>77</sup> Supervielle, Bernardo: “Sobre la derogación ...”, cit., pág. 415.

<sup>78</sup> Weber, Max: “Economía y sociedad”, cit., págs. 731 y ss.

<sup>79</sup> El *cadi* era un magistrado ambulante del Imperio Otomano, que iba de pueblo en pueblo fallando en atención solamente a su propia prudencia y sentido de lo correcto, sin el apoyo de un texto normativo general preexistente.

Eso se traduce en una serie de discursos que tratan de condicionar, de dar razones, para que tanto los discursos de emisión como de reconocimiento de Derecho eviten la formulación de esos enunciados contradictorios. Uno de esos discursos totalmente internos al sistema es la propia “regla” de que las “normas” son “derogables” y “derogadas”, establecido en los artículos 9, 10 y 11 del Código Civil uruguayo. Sumamente evidente es, por lo demás, lo que el discurso del Derecho Positivo y la dogmática llaman “derogación tácita”, que es en realidad una llamada o admonición a los jueces, dogmáticos, funcionarios y, en general, todos los involucrados en la producción del discurso del Derecho, aproximadamente del siguiente tenor: “hay que ignorar el enunciado de alcance general emitido anteriormente cuando uno de iguales pretensiones es posterior, y ambos apuntan a condicionar iguales conductas”. Otra herramienta encaminada a ese mismo propósito es la “cosa juzgada”, que trata de hacer lo mismo que efectúa la “derogación tácita” para los textos de vocación general, pero para los discursos de emisión de los jueces. Finalmente, otra herramienta es la “ley interpretativa”. A este último respecto, la función social de este tipo de enunciados es idéntica a aquella a la que obedece lo que los juristas llaman “derogación”, porque lo que internamente el Derecho (tanto Derecho Positivo como dogmática y jurisprudencia) identifica como “vigencia” o “contenido” de una acción comunicativa considerada “Derecho” implican un problema discursivo único: la calificación deóntica contrapuesta, esto es, si un enunciado prescriptivo real o hipotético que *pretenda* (aunque ya sabemos que esta pretensión nunca es fácticamente controlable sin hesitación) fundarse en otro previo (normalmente, uno general perteneciente al conjunto “Derecho Positivo”) tendrá que ser, como consecuencia de esta fundamentación, obligatorio, permisivo o prohibitivo.

c. En otro orden de cosas, la tesis favorable a la derogación tácita por el Código Tributario parece atribuir cualidades especiales a los “Códigos”, o “cuerpos legales generales”, porque dice que esa denominación o calidad semántica elimina todo el discurso jurídico anterior sobre esa materia. Considerando los actos de emisión del Derecho (en este caso, una ley y un Código) como lenguajes, esta afirmación es lógicamente insostenible: la sola rotulación de un texto no tiene ningún efecto de por sí respecto de ningún otro texto, salvo que exista incompatibilidad en lo que dicen u ordenan, pero en tal caso la oposición deriva de la incompatibilidad, y no del título que se coloque al texto<sup>80</sup>.

Por otro lado, esa afirmación es, también en el plano lingüístico, incompatible con la importancia que en principio el mismo sistema atribuye a las diferentes acciones. En efecto, si al seno de la praxis jurídica se constata que sus partícipes consideran que una “ley” y un “Código” pertenecen al mismo “rango normativo” (como

---

<sup>80</sup> Dos descripciones muy sencillas de los “cuadros de contradicciones” pueden verse: para el lenguaje descriptivo en Copi, Irving: “Introducción ...”, cit., págs. 172 a 180; para el lenguaje prescriptivo en Bobbio, Norberto: “Teoría General ...”, cit., págs. 196 a 200.

ocurre en Uruguay), ello se traduce –en términos de una teoría del lenguaje normativo– en la comprobación de que los partícipes en esa praxis atribuyen a ambos actos la misma *fuera ilocucionaria*<sup>81</sup>: esto es, una igual pretensión (y aceptación) acerca de cuántas cosas se pueden hacer o deshacer revistiéndose de esa simbología especial.

Pero esa preeminencia “mágica” de los Códigos ni siquiera es necesaria desde el punto de vista intrasistémico en perspectiva inmanentista y estática: ésta lo que necesita es eliminar las contradicciones, pero ciertamente el discurso “Derecho Positivo” no estipula una recomendación dirigida a eliminar los discursos anteriores a los “Códigos” que, genéricamente, apunten a ordenar casos iguales. Ciertamente que la dogmática lo ha hecho, y en este caso hay un claro ejemplo de ello. Personalmente creo advertir en esa creencia una herencia discursiva de la exégesis francesa de hace dos siglos: la afirmación de que con los Códigos se está fundando de nuevo todo el discurso jurídico, recreando de alguna suerte el hipotético momento de salida de la comunidad primitiva para entrar en el régimen de apropiación privada de las cosas, que es –y esto me parece claro– cuando aparece la praxis “Derecho”<sup>82</sup>.

En cuanto a la identificación de cuándo existe “contradicción de mandatos”, la afirmación dogmática de que debe tratarse de “normas que refieran a la misma materia” u “objeto”, se traduciría así, en términos de una teoría lingüística depurada: que los referentes extratextuales del texto son iguales. Ahora bien, en este caso esos referentes extratextuales no son fácticos, sino ciertas “clases” también pertenecientes al mismo discurso: “directores”, “socios” y “representantes” son *categorías jurídicas*, esto es denominaciones de conjuntos abstractos de personas dotadas de sentido (esto es, comprensibles y utilizables) sólo dentro de una praxis social (el Derecho en sí) que actúa con un lenguaje ilocucionario<sup>83</sup> de perfiles muy específicos (el lenguaje jurídico). De manera que esa premisa de la “tesis de la derogación tácita” sería expresable, procesada a través de la lógica normativa de Alchourrón y Bulygin (y señalo al pasar un ejemplo de uso auxiliar de esta herramienta)<sup>84</sup>, en una coincidencia en el “universo de casos” abarcados por la “norma”.

Ahora bien, sin necesidad de salirse de ese lenguaje muy contextualizado, ni abandonar en forma alguna ciertas ideas paradigmáticas que –por lo que vamos viendo– parecen muy caras a la dogmática, como la inmanencia de las normas y la necesidad de eliminar contradicciones, personalmente se me genera una grave duda acerca de si efectivamente hay coincidencia en los “universos de casos”. En efecto, y

<sup>81</sup> Austin, John L.: “Cómo hacer cosas ...”, cit., pág. 144.

<sup>82</sup> Por ejemplo, Rousseau, Jean-Jacques: “Discurso sobre la desigualdad”, en “Obras escogidas”, El Ateneo, Buenos Aires, 1950, págs. 793 y 794.

<sup>83</sup> Vale la pena recordar que, tal como se adelantó en el capítulo 2, el adjetivo *ilocucionario* es empleado por Austin como sinónimo de “aquello que se *hace* con lenguaje”, por contraposición a “aquello que se *dice* con lenguaje” o *locucionario*.

<sup>84</sup> Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: “Introducción a la metodología ...”, cit., págs. 23 y 54 y ss.

asumiendo definiciones plenamente internas del sistema de “representante” por un lado, y “Director” y “socio” por otra, sin dudas que el resto del discurso jurídico no proporciona buenos motivos (y me animaría a decir que dudo que proporcione alguno) para afirmar que se trata de términos con significados coincidentes. En otras palabras: si se repasa el resto del discurso jurídico ajeno a esta discusión (textos del Código Civil o la Ley de Sociedades Comerciales de Uruguay, dogmática civilista o comercialista, por ejemplo), las categorías “Directores” y “socios” no coincide necesariamente con “representantes”, ya que todos esos textos admiten que existan representantes que no sean Directores ni socios (cualquier apoderado simple), y Directores y socios que no sean representantes. Es más: el texto referido a los impuestos a las rentas vincula esas categorías de personas con otra categoría jurídica interna (“sociedades”), que no es en absoluto necesaria para la categoría de personas que maneja el Código Tributario cuales son los “representantes”, que los puede haber – por ejemplo– de personas físicas o de personas jurídicas que no sean “sociedades”.

d. Dado que en el caso de los Directores y socios en la imposición a la renta en Uruguay se ha echado mano de esta “ley interpretativa”, me parece oportuno indagar un poco más en esta herramienta. Por una parte, la atribución a la “ley interpretativa” del carácter de “interpretación obligatoria” es un caso que permite ver muy palmaria-mente el carácter de “esquema de interpretación” (Kelsen) o “dotación de sentido” (Weber) de la realidad que opera el discurso del Derecho. En efecto, la afirmación de los juristas de que ese carácter “obligatorio” deriva de que emana del “mismo órgano” o “sujeto” que dictó la norma interpretada es muy evidentemente contrafáctico; esto es, no describe ni tiene como referente ningún hecho, sino que manifiesta estados de cosas sustancialmente contrarios a la realidad: en los hechos no tiene por qué existir, y normalmente no existe, ninguna identidad física, de voluntad ni de intención entre las personas que expresan su voluntad hoy y las que lo hicieron hace diez, veinte o treinta años, por lo que fácticamente no sólo no hay unidad alguna de “sujeto”, sino más bien todo lo contrario. Esa “unidad” o “identidad” es una creación lingüística del propio discurso del Derecho, que simboliza como “Asamblea General” o como “legislador” (por ejemplo) grupos de personas heterogéneos en individuos, tiempos y lugares. En el caso que nos ocupa, por lo demás, esa simbolización de la “unidad del órgano” no sólo es contrafáctica sino que además no es sostenible, en rigor, al propio seno del discurso jurídico, puesto que – como vimos más arriba– las “normas en colisión” son en realidad el producto de actos de voluntad de un grupo de personas (el Consejo de Estado) estatuido como “órgano” o “sujeto competente” a partir de un acto de voluntad (el golpe de Estado de junio de 1973) que abierta y violentamente desconoció no sólo el sistema de praxis jurídica preexistente (el basado en la Constitución), sino también la estructura política y ética que dicho sistema representa (el régimen democrático), siendo que estos últimos son hoy los imperantes en Uruguay. Cabe agregar que incluso

Supervielle<sup>85</sup> admite con toda claridad que esa “identidad del órgano” es nada más que una ficción.

En su lugar, y como indica Hart<sup>86</sup>, lo que es constatable es la preeminencia que, normalmente y de hecho, tiene el discurso de reconocimiento revestido del mismo sentido (misma autoridad) que el discurso de emisión inicial, autopresentado como de idéntico “autor”, preeminencia que en mi opinión es explicable —otra vez— por la tesis general de Weber: es necesaria la interdicción de las contradicciones en función de la estructura social y económica del capitalismo contemporáneo. Por tanto, cuando una puja discursiva interna de la praxis jurídica (sobre la vigencia de un texto, como en el caso, o de cualquier otra índole) es zanjada mediante esta herramienta llamada “ley interpretativa”, se está haciendo un verdadero *uso estratégico del discurso jurídico*: al recubrir uno o más de los enunciados en que se traduce uno de los discursos en pugna, con la simbología de una “ley”, se está jugando la carta más fuerte en la disputa por medio del aprovechamiento de la “representación de autoridad indiscutible” que socialmente identifica al grupo de personas simbolizados como “Asamblea General” o “Parlamento”.

El problema es que ese discurso que pretende que la praxis jurídica suprima las contradicciones, es él mismo parte del discurso de emisión; esto es, la “norma sobre interpretación obligatoria” es ella misma una “norma”. Por consiguiente, estos discursos orientados a la supresión de las contradicciones, y los discursos que se produzcan como consecuencia de su observancia y aprehensión, son pasibles de iguales problemas que los que pretenden solucionar. En el caso de los Directores y socios en los impuestos a las rentas tenemos un ejemplo de ello: aunque el intento de supresión se formaliza como un discurso de emisión proveniente de la fuente generalmente admitida como una de las de mayor autoridad (ley sancionada por la Asamblea General), un discurso interno (la última posición dogmática de Berro) intenta quebrar la homogeneidad del discurso de reconocimiento de este tercer (o cuarto) discurso de emisión que viene a zanjar la disputa en cuanto a si debe o no reconocerse el mandato de los dos (o tres) preexistentes.

### 3.4.3 ¿En qué consiste lo que los juristas llaman “interpretación de las normas”?

a. El discurso dogmático, e incluso del Derecho Positivo, tradicionales, solían suponer que la “interpretación” es una labor orientada a “desentrañar sentidos”, o a determinar “significados verdaderos”<sup>87</sup>. Esta creencia sigue persistiendo fuertemente en ciertos sectores de la dogmática, la jurisprudencia y probablemente gran parte

<sup>85</sup> Supervielle, Bernardo: “Sobre la derogación ...”, cit., pág. 414.

<sup>86</sup> Hart, H.L.A.: “El concepto ...”, cit., pág. 184.

<sup>87</sup> Para citar sólo un ejemplo cercano de esta creencia, véase Valdés Costa, Ramón: “Curso ...”, cit., págs. 266 y 267.

de los partícipes activos de esta praxis, pero hay que admitir que de todas las creencias tradicionales generadas internamente en el discurso jurídico es la más resquebrajada por las abundantes y palmarias pruebas empíricas, ostensibles incluso para quienes participan activamente de este juego simbólico, de que los enunciados derivados del mismo se pueden reproducir, y de hecho se reproducen, cualquiera sea su contenido.

Una primera comprobación que destruye esa idea de que hay “significados excluyentemente correctos” de las normas generales viene dado por Kelsen<sup>88</sup>, como una consecuencia directa del *principio dinámico* al que me he referido: si una “norma” (esto es, una acción comunicativa con las características mencionadas en 3.2) es “Derecho” en función de quien la formule sea alguien identificado como “autorizado” o “competente”, más allá de su contenido, es evidente que si se invoca una “norma previa” (esto es, otra acción comunicativa identificada como “Derecho” emanada de otro u otros sujetos) como fundamento para su contenido, no existe ninguna relación necesaria de significados entre una y otra. Ello quiere decir que, aún cuando fuera posible establecer algo así como un “significado” de un enunciado prescriptivo (asumiendo que toda acción comunicativa identificada como “Derecho” puede plantearse semánticamente de tal manera), ello no tiene la menor influencia en la aceptación de un enunciado prescriptivo que lo invoca como fuente, pero que propone para sí una existencia dinámica. O para decirlo en términos de los juristas tradicionales: el sentido o alcance con el que se interprete una Constitución, una ley, etc., no tiene absolutamente ninguna importancia para que una ley, una sentencia, un acto administrativo, etc., sean “Derecho”, por lo cual serán igualmente “Derecho” las leyes que dispongan algo contrario a la Constitución, las sentencias que fallen algo distinto a lo previsto en la ley, etc., siempre que el sujeto que las dicta esté recubierto de la “competencia” necesaria. La demostración palmaria de ello radica –según opinión de Kelsen a mi juicio irrefutable– en que para eliminar una ley, un acto administrativo, una sentencia, etc., en atención a su contenido, se necesita otro “acto autorizado” (otra ley, otra sentencia, etc.). Y, por lo demás, hay que coincidir con Alexy<sup>89</sup> en que es empíricamente incontestable para cualquier persona medianamente familiarizada con la práctica jurisprudencial que es perfectamente posible la decisión judicial abiertamente contraria al tenor de la ley.

La segunda comprobación que destruye la pretensión de “significados verdaderos” y “necesarios” de los enunciados que integran la praxis “Derecho” es una consecuencia directa de las investigaciones de Wittgenstein<sup>90</sup> acerca del comportamien-

---

<sup>88</sup> Kelsen, Hans: “Teoría Pura ...”, cit., págs. 353 a 355.

<sup>89</sup> Alexy, Robert: “Teoría de la argumentación jurídica”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 23 y 24.

<sup>90</sup> Sólo a vía de ejemplo, puede verse la demostración ostensiva (esto es, por señalación de ejemplos) de esta característica en Wittgenstein, Ludwig: “Investigaciones ...”, cit., págs. 99 a 105. A mi juicio una aplicación de esta idea al lenguaje del Derecho se encuentra en Carrió, Genaro: “Notas sobre Derecho y Lenguaje”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, por ejemplo págs. 35 y 52.

to de los lenguajes, según las cuales, en definitiva, toda significación es fruto de una convención y es, por ende, esencialmente contingente, por lo cual en ningún lenguaje de ningún tipo existe nunca ninguna significación necesariamente verdadera. Así, incluso los lenguajes más altamente depurados en su rigor formal (por ejemplo, la matemática) dependen de una serie de reglas que, siendo ellas mismas piezas lingüísticas, son el fruto del arbitrio, y así eventualmente hasta el infinito.

La tercera comprobación que, a mi entender, influye en la imposibilidad de cualquier certeza interpretativa fue el descubrimiento de que, en principio, los enunciados prescriptivos<sup>91</sup> (dentro de los que se ubicarían las formaciones lingüísticas que son “Derecho”, y también la dogmática) no son, de regla, ni verdaderos ni falsos, sino que quizás –y digo especialmente “quizás”, porque ello es materia de intenso debate– sólo puedan aspirar a alguna clase de corrección bien distinta de la verdad como correspondencia empírica. Si bien esta afirmación tan gruesa sin dudas debe matizarse, y las cosas son bastante más complicadas tanto del lado de los enunciados prescriptivos, como del lado de la “verdad” como correspondencia empírica, por lo pronto también hace imposible toda suposición de que ningún enunciado normativo (jurídico o no) tenga pretensiones de tener significados ni siquiera firmes.

b. En el caso de la responsabilidad de Directores y socios en los impuestos a las rentas se ponen de manifiesto, a mi juicio de forma muy marcada, tanto las características fácticas de la “labor interpretativa” que se señalaron más arriba, como también la autocomprensión del discurso interno del Derecho de un modo totalmente contrafáctico. Debo aclarar, en honor a la verdad, que el discurso dogmático contemporáneo tiende a abandonar paulatinamente de su autocomprensión las aristas más gruesamente distorsionantes de la realidad, si bien todavía son frecuentes –al menos en la dogmática tributaria– casos de esencialismo lingüístico, ingenuidad epistemológica y contrafacticidad, así como de uso estratégico encubierto del lenguaje.

Veamos, por ejemplo, el caso de Supervielle, sin dudas un autor dogmático totalmente tradicional. Por una parte, cree que cuando la interpretación es practicada por la “ley”, ello determina en “forma precisa y definitiva” el significado de la “ley interpretada”<sup>92</sup>. Esta creencia es falsada por el caso particular que examinamos: el hecho de que se ejecute una acción comunicativa revestida como “ley interpretativa” no impide que rápidamente se produzca un discurso (el más reciente trabajo dogmático de Berro) que sigue objetando ese “sentido” que trata de imponerse, aún cuando –como indiqué en el punto anterior– estratégicamente se haya apelado al “peso de la autoridad” que da la investidura de “Asamblea General” y la simbolización como

---

<sup>91</sup> Por ejemplo Hare, R.M.: “Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas”, Ariel, Barcelona, 1999, pág. 13; Sarlo, Oscar: “Acerca de la posibilidad de mentir en el discurso jurídico”, en Instituto de Filosofía y Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.; “Filosofía del Derecho. Aportes actuales”, Cuaderno No. 19 de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, FCU, Montevideo, 1993, págs. 52 y ss.

<sup>92</sup> Para este párrafo y los siguientes Supervielle, Bernardo: “El alcance ...”, cit., págs. 359 y ss.

“ley”. Ello es una corroboración fáctica de que: a) la “fuerza de una interpretación” es, como indicaba Kelsen, algo que nada tiene que ver con la solidez argumentativa, sino con la misma identificación discursiva como “Derecho”; y b) ningún enunciado tiene una “propiedad mágica” de zanjar la falta de consenso interpretativo.

Personalmente creo que, desde una perspectiva externa, la lectura de este caso es semejante a la que puede hacerse acerca de qué es una “norma jurídica”: si esta como tal es, literalmente, una regularidad de creencia y/o actitud, una regularidad discursiva, descriptivamente sólo podrá hablarse de consenso o regularidad, o falta de los mismos, en el discurso jurídico, sin que sea ni relevante ni posible desde una teoría externa emitir ningún juicio acerca de ningún problema general vinculado con la “interpretación” con vistas a su utilización interna.

Pero por otro lado Supervielle, en gran esfuerzo para un jurista tradicional, llega a advertir que una duda interpretativa es un problema de hecho, lo que de por sí debería llevarle a la conclusión de que no hay contenidos inmanentes del Derecho. Esta última conclusión es, sin embargo, ignorada por Supervielle, y creo que ello obedece a que si se afirma que no hay contenidos inmanentes, hay apenas un paso para sostener que la norma misma es un fenómeno de hecho (tal como he sostenido en este trabajo desde una perspectiva externa). Y, además, debería sostenerse que ni el contenido ni la existencia de la “norma” se agotan en el acto de su “sanción”, sino que lo que los juristas llaman “alcance de una norma general” son, en realidad, una o más generalizaciones (dependiendo de cuántos alcances se hayan propuesto) de una multiplicidad enorme de hechos posteriores: cada acto de una persona o personas (desde un Juez, hasta un individuo cualquiera que actúa, pasando por funcionarios, legisladores, etc.) que creen y se comportan como si hubiera un enunciado transpersonal que prescribiera tal conducta.

En tercer lugar, la creencia contrafáctica en la inmanencia de la norma es muy visible en el segundo “requisito” de Supervielle para una “ley interpretativa”: un acto material revestido de un cierto lenguaje (dictar una ley que se autoatribuye la nota de “interpretativa”) es, sin embargo, concebido como un “requisito de Derecho”. Ello marca una oscilación evidente en la comprensión de los hechos involucrados en la “interpretación”: la “incertidumbre” consiste en discursos jurídicos internos, especialmente “normas” (como sentencias) que divergen en reconocer o no reconocer otra pieza de lenguaje como parte del mismo discurso, pero Supervielle nos dice que es una circunstancia “de hecho”; pero el segundo requisito, que es tan “hecho” o “Derecho” como el primero, lo llama “de Derecho”.

c. Ya señalé en el punto anterior que la apelación a la “ley interpretativa” es una estrategia para acabar con la irregularidad discursiva en los discursos de emisión y de reconocimiento. Pero creo que también es una estrategia del discurso para ocultar que se está efectivamente consagrando lo que los juristas llaman “retroactividad” cuando por otro lado se la proscriben. Y cuando digo que es una “estrategia del discurso jurídico” no me refiero sólo a la ley No. 17.930 en relación con este problema,

sino que también es estratégico (en el sentido de solapamiento de efectos) el Código Civil (por ejemplo). En efecto, por un lado muchas acciones comunicativas de pretensiones generales (leyes, o incluso Constituciones) tratan de impulsar la praxis social “Derecho” a no invocar otras acciones generales de igual naturaleza (otras leyes o normas generales) respecto de hechos materialmente anteriores a la ejecución de esas acciones generales (esto sería a mi juicio una definición externa de “irretroactividad”).

Por tanto, para evitar el estupor, cuando no la repulsa, de proponer soluciones radicalmente contrapuestas para otros casos, aún cuando ello se crea necesario por algún otro motivo, el texto del Código Civil proclama que el “efecto de la ley interpretativa se retrotrae a la fecha de la ley interpretada”, lo cual es –en términos estrictamente lingüísticos– algo rotundamente insostenible: ningún término, en ningún lenguaje (normativo o no), tiene ninguna significación inmanente ni necesaria desde su formulación, por lo que *todos los “actos de interpretación”* son, en el terreno lingüístico, contingentes y –lo que es más importante– tienen el “valor” que resulta de la voluntad y autoridad de quien lo emite, y especialmente del grado de aceptación que logre entre aquellos a quienes se dirige. Si esto se tradujera al lenguaje de los juristas tradicionales habría pues que afirmar que la “ley interpretativa” tiene un efecto retroactivo igual al de cualquier norma abiertamente retroactiva, entre otras cosas porque ninguna norma tiene ningún contenido o sentido inmanente ni *a priori*. Naturalmente que también la “retroactividad”, expresada como propagación de los “efectos de la ley” hacia el pasado, es también una afirmación contrafáctica: materialmente es –al menos por el momento– imposible volver al pasado para hacer que las cosas ocurrieran de una forma distinta a como lo hicieron, por lo cual lo que el discurso jurídico llama “retroactividad” es en verdad un llamado para que en el futuro algunas personas (funcionarios o jueces, por ejemplo) reproduzcan el discurso jurídico acerca de ciertos hechos en atención a ciertos actos de pretensión prescriptiva general (las “leyes retroactivas”) que ocurrieron después de aquéllos.

d. Por último, me interesa destacar un recurso argumentativo frecuente en todo el discurso jurídico: el que tiene lugar a partir de “naturalezas” de las diferentes “figuras”, “institutos”, etc. En el caso especial que estoy utilizando como material empírico, esta clase de argumento es utilizada en el último trabajo de Berro en relación con el texto contenido en la ley No. 17.930 que refiere a las “sanciones”, ya que buena parte del desarrollo dogmático (que intenté sintetizar en 3.2) tiene como eje la “naturaleza” de las mismas.

Sin perjuicio de otras connotaciones que sin dudas tiene esta “calificación por naturalezas”, y otra vez en el plano estrictamente lingüístico, esta atribución de una “naturaleza” consistiría en conceder alguna propiedad y/o significado necesario e intrínseco al lenguaje especial en que se traduce alguna acción social comunicativa calificada como “Derecho”. En una teoría descriptiva del discurso jurídico no puede, en absoluto, admitirse que ello sea así, por una multitud de razones que ya se han

mencionado aquí: lo convencional de todo lenguaje; especialmente en el discurso jurídico, el manejo de un lenguaje no formalizado, semánticamente mezcla de términos coloquiales con términos muy contextualizados, pero siempre contrafácticos; notoria propensión a la vaguedad y polisemia (esto es, a la pluralidad de significados posibles dentro del mismo sistema lingüístico); etc. En su lugar, la dogmática, la jurisprudencia y, en fin, todo el discurso jurídico, al referirse a las “naturalezas” está apelando a determinadas *tradiciones de uso* de ciertos vocablos, que normalmente no tienen más peso que la autoridad.

Siquiera para rozar un ejemplo de ello, veamos lo que sucede con la “sanción”, sobre cuya “naturaleza” se argumenta para tratar de destruir la llamada que hace la ley No. 17.930 para que también se reclamen, al margen de cualquier otra consideración e invocando hechos temporalmente anteriores, sumas de dinero por concepto “multa y recargos por mora” a los Directores y socios de sociedades contribuyentes. Supondremos que para iniciar una discusión acerca de la “naturaleza” de las mismas, habrá que indagar qué entendemos por “sanción”; aquí ya se puede plantear un problema, porque quizás la delimitación semántica de “sanción” implique, o sea lo mismo que, la delimitación de su “naturaleza”. Pero en cualquier caso, ¿cómo saber, en vista de una pieza discursiva jurídica cualquiera, si es o no una “sanción”? Sencillamente puede observarse la existencia de diversas tradiciones, esto es diversas sinonimias establecidas por personas que participan de esta praxis (dogmáticos, jueces, etc.), para nada coincidentes, ya que “sanción” puede ser, por ejemplo: el acto de coacción en sí, esto es el ejercicio propio de la violencia que organiza el discurso; en general los tipos de violencia que pueden ejercerse (quitar a una persona una cosa, encarcelarla, etc.); sólo algún tipo de violencia (por ejemplo, aquellas violencias que no tengan correlación con cosas que la persona contra la cual se ejerce previamente privó a otras, lo que los juristas llaman “aflicción” por oposición a “reparación”); etc. Y estas determinaciones, que sin dudas pueden ramificarse hasta el infinito, más tarde o más temprano *tienen* que resolverse fuera del discurso jurídico; lo que ahora me interesa destacar es que, con harta frecuencia, esa resolución se hace en forma autoritativa, es decir, apelando a la opinión de alguien que, dotado de un cierto prestigio, lo dijo anteriormente.

#### 4. ALGUNOS PROBLEMAS ACERCA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

En este capítulo final me propongo plantear, de forma muy somera y quizás desordenada, una serie de interrogantes a mi juicio muy graves que se desprenden del análisis anterior respecto de la dogmática jurídica. Y antes de empezar el planteo de dichas preguntas, quiero aclarar que ellas me involucran personalmente, puesto que el trabajo que he desarrollado hasta hoy ha sido, en su gran mayoría, dogmático. Espero que ese antecedente no implique que las posibles respuestas –siquiera esbozadas aquí– sean un mero ejercicio de autocomplacencia.

Y si bien es posible que ya no sostendría esas tesis ni siquiera desde un punto de vista interno, también tengo que admitir que yo mismo he incurrido –sin conciencia de ellos, aunque no valga como disculpa– en varios de los problemas serios que ahora detecto en el discurso dogmático: por ejemplo, una concepción inmanente de “norma” y “derogación”<sup>93</sup>.

#### 4.1 Algunas características discursivas de la dogmática jurídica

a. Todo lo expresado en el capítulo 3 confirma, a mi entender, la tesis –proveniente, entre otros, de Luhmann y Atienza– expresada al final del capítulo 2, en cuanto a que la dogmática jurídica es un discurso enteramente no científico, y ni siquiera descriptivo. Si bien estoy tentado a sostener que la dogmática constituye un discurso prescriptivo, creo que ello es viable aceptando una definición lata de “discurso prescriptivo” como sinónimo –sumamente vago, por cierto– de *lenguaje tendiente a determinar la conducta de otros*<sup>94</sup>. Probablemente una definición así no sea del todo correcta, puesto que dentro de ella sería posible todavía aislar otros usos más específicos de la dogmática; por ejemplo, el uso *retórico*, entendido como el lenguaje tendiente a la persuasión del receptor<sup>95</sup>, que creo es frecuente en la dogmática jurídica. Pero sin llegar al caso de una dogmática abiertamente retórica e irracional, veamos un ejemplo que demuestra esa nota discursiva.

Si bien quizás sería extremo afirmar que es una regla, personalmente observo (al menos en la mayoría de los discursos dogmáticos europeos y latinoamericanos) que la dogmática contemporánea tiene el hábito de razonar tomando “normas generales” como premisas del razonamiento, esto es, suponiendo un mandato general en la Constitución, en la ley, etc., identificándolo como una *condición o límite real* para la producción de todos los restantes discursos jurídicos (por ejemplo, las sentencias, o incluso la propia dogmática). En efecto, y si bien es frecuente que la dogmática se aparte del llamado *tenor literal* del texto normativo, inclusive en estos casos es normal que sienta la necesidad de justificar ese apartamiento remitiéndose bien a otra parte del discurso “Derecho Positivo”, bien a otros enunciados reconocidos como “Derecho”. Pero en todos los casos, inclusive en las puestas de manifiesto más anodinas de los “textos normativos”<sup>96</sup>, esa forma de razonar es contrafáctica: la propia suposición de una “norma” como “texto trascendente”, esto es independizado de las verbalizaciones de las *n* personas que la emitieron y la reconocen (o no reconocen)

<sup>93</sup> Blanco, Andrés: “Impuestos a la propiedad inmueble en Uruguay: vigencia y derogación de las leyes nacionales y los decretos de las Juntas Departamentales”, en Revista Tributaria No. 144, mayo-junio de 1998, págs. 373 y ss.

<sup>94</sup> Una síntesis muy adecuada de las características epistemológicas, y especialmente discursivas, de la dogmática, puede verse en Sarlo, Oscar: “Marcos teóricos de la investigación dogmática”, inédito, págs. 2 a 4.

<sup>95</sup> Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie: “Tratado de la argumentación. La nueva retórica”, Gredos, Madrid, 2000, págs. 65 y ss.

<sup>96</sup> Tal como aparentemente entendía la “ciencia jurídica” Kelsen, Hans: “Teoría Pura ...”, cit., págs. 83 y ss.

como “Derecho”, no es algo fácticamente sostenible, tal como he señalado insistentemente más arriba. Por tanto, la dogmática operaría con una *concepción hipostática* del Derecho (esto es, concibiendo como una cosa separada a lo que es en realidad una cualidad genérica de ciertas acciones sociales miradas en conjunto) que, a mi juicio, la coloca *totalmente fuera del discurso descriptivo*.

En el caso examinado en el capítulo 3 hay un ejemplo no tan dramático, sino mucho más fácil, de la naturaleza constructiva, prescriptiva y política de la dogmática. Por ejemplo, y para llegar a la afirmación de que hay una contradicción total de mandatos se recurre a un argumento de “intención”: si bien la ley del impuesto a las rentas y el Código Tributario no tienen el mismo referente (“Directores y socios” no es lo mismo que “representantes”), y si bien hay un enunciado dogmático (sin base alguna en el “Derecho Positivo”) que expresa “ley especial no es derogada por ley general”, igualmente hay que eliminar el texto anterior porque el Código Tributario “intentó” sustituir totalmente el régimen de responsabilidad anterior. Claramente, esta posición no está describiendo nada: está proponiendo una serie de enunciados, de corte prescriptivo político, y que ni siquiera dependen demasiado del Derecho Positivo, para dar razones a los jueces para que ignoren el mandato emergente del acto anterior (el decreto-ley No. 14.252).

También la posición opuesta apela a un enunciado (“ley general posterior no deroga ley especial anterior”) que sólo tiene base en alguna tradición dogmática, pero que incluso desde el punto de vista de la lógica normativa no es sostenible. En efecto, y otra vez volviendo a Alchourrón y Bulygin<sup>97</sup>: si nombramos el alcance de un enunciado prescriptivo como un “universo de casos” (UC), el de una norma general sería igual a C1, C2, C3, ... Cn, y lo llamaríamos UCgen, y el de una norma especial sería igual –por ejemplo– a C1 y C2, y lo llamaríamos UCesp. Ahora bien, de la enumeración de casos resulta evidente que UCgen es mayor que UCesp (UCgen > UCesp), por lo que todo caso incluido en UCesp está también comprendido en UCgen, por lo cual lógicamente es inconsistente afirmar que algún caso comprendido en la “norma especial” queda excluido de la “norma general”. Ello también nos indica que frecuentemente la dogmática es un discurso desarrollado al margen de la lógica propia de la familia lingüística a la que pertenece (el discurso prescriptivo), lo cual, empero y según ya se vio, es una nota compartida por el resto del discurso jurídico.

b. En cuanto a las relaciones entre la dogmática, por una parte, y el “Derecho Positivo”, los actos de la “Administración” y las sentencias de los jueces, por otro, se advierte una diferencia importante: si bien se trata en todos los casos de discursos prescriptivos e internos a la praxis jurídica, la dogmática se autoconsidera ubicada fuera de los otros, y además la dogmática no es *habitual y directamente* objeto del discurso de reconocimiento del Derecho. No obstante ella tiene importante influen-

<sup>97</sup> Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: “Introducción a la metodología ...”, cit., págs. 23 y 54 y ss.

cia en la producción tanto del discurso de reconocimiento como del discurso de emisión.

Así, en nuestro caso la dogmática propone la eliminación de un texto en principio reconocido como Derecho, influye en cierta medida en el discurso de emisión y de reconocimiento (cuando logra algunas sentencias que no lo reconozcan como Derecho), logrando en parte su objetivo, hasta que finalmente otra pieza de los discursos de emisión y reconocimiento (ley interpretativa) intenta zanjar autoritativamente la discusión. Pero así y todo la dogmática insiste con su tesis y, en definitiva, propone (Berro en su último artículo) suprimir de alguna forma ese discurso de reconocimiento legislativo. Si el día de mañana, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia falla en ese sentido la dogmática habrá demostrado tener más peso argumentativo que la ley en la praxis de reproducción del Derecho.

Ello me lleva a pensar que la separación entre dogmática, por un lado, y el resto de los discursos jurídicos (particularmente el “Derecho Positivo” por el otro) es también un fenómeno contingente, producto de la necesidad de “predecibilidad” de la reproducción del Derecho, propuesta por Weber como una necesidad de la estructura social y económica capitalista, según referí más arriba<sup>98</sup>. En efecto, esa complejidad creciente del tejido social, a la vez que reclama la objetivación e impersonalidad de los enunciados que se utilizan como razones para decidir (sobre el cual recae el discurso de reconocimiento), también conlleva la formación más o menos paulatina de “juristas profesionales”, académicos y prácticos, capaces de asegurar que esa objetivación e impersonalidad se mantenga, al menos semánticamente, en todos los ámbitos de producción del Derecho<sup>99</sup>.

Pero como, naturalmente, no hay entre la dogmática y el “Derecho Positivo” una diferencia de pertenencia discursiva, ya que ambos son lenguajes prescriptivos (en el sentido lato que vengo empleando), las influencias son permanentes y recíprocas, y puede llegarse incluso a una inversión manifiesta de la preeminencia de uno sobre otro.

c. En lo que refiere a los usos lingüísticos de la dogmática, también el caso examinado muestra la frecuencia con que el mismo es marcadamente retórico; esto es, orientado solamente a ganar el concurso de voluntades, pero con prescindencia de la apelación a algún modelo de racionalidad, ni siquiera interno.

Dejando de lado ciertos silencios (que, por su propia naturaleza de tales, no son evidencia palmaria de la existencia de retórica), entiendo que hay un uso retórico o persuasivo muy marcado en Valdés Costa<sup>100</sup>, cuando califica a la posición contraria como “arcaica”, “fiscalista” y “antijurídica”; este último adjetivo me parece en es-

<sup>98</sup> Punto 3.4.3, al referirme a la tendencia a suprimir las contradicciones internas del discurso.

<sup>99</sup> Weber, Max: “Economía y sociedad”, cit., por ejemplo pág. 531.

<sup>100</sup> Valdés Costa, Ramón: “Curso ...”, cit., cita al pie de la pág. 377.

pecial interesante, ya que cabe la duda de qué significa “antijurídico” cuando la responsabilidad objetiva fue incluida en un texto que –salvo mejor opinión– todas las personas reconocieron como “norma jurídica”, más allá de su hipotética “derogación”. En el resto de la discusión, la ausencia de un uso retórico fuerte no impide –como se expresara varias veces– su naturaleza prescriptiva.

Pero en cualquier caso, queda en evidencia que el discurso dogmático tiene un alto grado de autorreferencia, esto es de utilización de términos y enunciados producidos al seno del mismo discurso jurídico, en buena medida al seno de la propia dogmática. En efecto, en esta discusión es decisivo el empleo de ciertos términos como “demanda”, “intereses”, “culpa”, “dolo”, “vigencia”, “derogación”, etc., que no corresponden en forma alguna a un “lenguaje natural” sino que se originan, transmiten y utilizan en un contexto lingüístico enormemente particularizado y cerrado. Naturalmente que cualquier saber relativamente organizado tiende a formar *lenguajes profesionalizados* de difícil o imposible comprensión por los legos. Pero lo peculiar del discurso dogmático es que, pretendiendo en la mayoría de los casos ser una especie de “comentario” o “guía para la aplicación” de otro lenguaje (el Derecho Positivo, principalmente), opera con las mismas categorías del lenguaje que pretende describir. Por una parte, esta forma de razonamiento autorreferente, con permanente apelación a sí misma, es la enésima comprobación del carácter no descriptivo y no científico de la dogmática jurídica<sup>101</sup>, dada, incluso, su efectiva remodelación del discurso jurídico reconocido como Derecho, punto sobre el que ya me he extendido.

#### 4.2 ¿Cuál es el sentido de la dogmática?

a. Después de toda la exposición que antecede, que creo desordenada pero no exhaustiva en cuanto a las características de la dogmática, cabe honestamente preguntarse: ¿está la dogmática irremediablemente condenada?, o al menos: ¿tiene sentido la labor dogmática en el Derecho aceptando las características de ella, y del Derecho mismo, que se han expuesto anteriormente?

En lo que a mí concierne, sólo puedo proponer para las preguntas anteriores respuestas primarias y provisionales, con amplios márgenes de duda. Pero bien, con tales condiciones, actualmente creo que la respuesta sería: “La dogmática no está necesariamente condenada, y tiene sentido pero bajo ciertas condiciones de cumplimiento complejo”. Seguidamente trataré de exponer algunos problemas muy serios que afronta la dogmática y cuya solución es vital para llegar a la respuesta anterior, o a cualquiera otra que se proponga al respecto.

---

<sup>101</sup> Sobre este particular es interesante observar el análisis que hace Alexy de los enunciados dogmáticos, que es sin dudas penetrante, pero que al poner de manifiesto la fuerte autorreferencia del discurso y el papel marginal que ostentan en él las descripciones, hace pensar dónde está el componente descriptivo que el mismo autor nos dice ostenta la dogmática; véase Alexy, Robert: “Teoría de la argumentación ...”, cit., págs. 246 y ss.

b. Una primera objeción grave que puede hacerse a la dogmática, que en el fondo lo es al Derecho todo, es esa suerte de *transposición* o *alteración de representación* que se produce en el discurso jurídico.

Por una parte, acabamos de ver (y ello se desprende de una lectura de toda la polémica dogmática acerca de la responsabilidad de los Directores y socios en los impuestos a las rentas) que los *problemas jurídicos*, que tienen como protagonista fundamental a la dogmática jurídica, a pesar de involucrar, en el fondo, una puja de sujetos o grupos portadores de éticas, creencias y/o intereses sociales contrapuestos (económicos y políticos), se presenta como una *discusión interna*, en la que los enunciados siempre tratan de referirse y justificarse con otros enunciados producidos por el propio sistema, en el marco de un discurso bastante cerrado y autoconsiderado como separado –al menos en esta instancia de reproducción– de esas creencias o intereses. Dentro de esas líneas, este juego simbólico especial a veces soslaya del todo la intelección social de las acciones que él mismo involucra, y otras veces, aunque deje aflorar esas “otras dimensiones” que le subyacen, invariablemente las transpone y opera con su lenguaje diferenciado.

Esa transposición discursiva que opera el Derecho se produce hasta en sus partes aparentemente más inocuas. Tomemos, por ejemplo, este enunciado (que puede ser tanto “normativo” como “dogmático”, empleando la terminología de Alexy): “La Constitución prima sobre la ley”. Dejando de lado cualquier consideración social, económica o política acerca del porqué las cosas ocurran así, incluso como enunciado prescriptivo sería más acorde con su referente fáctico expresarlo así: “Dados ciertos actos (*sentencias*) ejecutados por ciertas personas especialmente investidas (*tribunal competente para juzgar la constitucionalidad de las leyes*), en ciertas circunstancias (*requisitos o presupuestos procesales de la acción*), está permitido (*operador deóntico*) que una o más personas que hicieron ciertas acciones especiales (*parte actora en el proceso*) desobedezcan o ignoren ciertos actos de otras personas que, normalmente, condicionan la conducta de las personas en general (*leyes*)”. Como vemos, pues, las acciones que de alguna manera el discurso del Derecho tiene como referente, o las que directamente *son el Derecho* (ya que éste es, según vimos, un conglomerado de acciones sociales comunicativas), ingresan o constituyen esa praxis adoptando una modalidad lingüística y una significación especial, diferente –por ejemplo– de su significación social o ética en forma directa.

Obviamente que esto no es ninguna novedad: ello es, palabra más o menos, lo que hace tiempo y desde bases teóricas muy diferentes y hasta contrapuestas señalaron Kelsen, Weber o Pašukanis cuando calificaron al “Derecho” como un “esquema de representación”, una “dotación de sentido” o una “mistificación” –respectivamente– de ciertas acciones o relaciones sociales<sup>102</sup>. En este plano elemental se plan-

<sup>102</sup> Respectivamente Kelsen, Hans: “Teoría Pura ...”, cit., págs. 15 a 18; Weber, Max: “Economía y sociedad”, cit., pág. 23; Pašukanis, Evgeni B.: “Teoría general ...”, cit., pág. 65.

tea entonces la pregunta también elemental: ¿es necesaria esa transposición discursiva?; ¿es necesario expresar en esa clase de lenguaje prescriptivo esas acciones sociales? En una teoría del lenguaje deberíamos decir que no: sí, con Wittgenstein<sup>103</sup>, suponemos que no hay ninguna razón lingüística, más allá de una suposición o acuerdo común, para preferir un juego de lenguaje sobre otro en vías de significar algo, no hay ninguna necesidad del Derecho como lenguaje más allá del consenso logrado en su torno. Lo cual quiere decir que, como todo juego, el mismo podría acabar en cualquier momento en que los jugadores aceptaran, más o menos de buena gana, darlo por terminado. Sin embargo, hay buenas razones para pensar que ello no es tan sencillo enfocando el problema desde una teoría social, ya que, salvo quienes crean en la espontaneidad ingenua, todas las perspectivas teóricas parecen coincidir en que esa “articulación bajo forma de Derecho” de las acciones sociales no es el producto del azar sino de un devenir social bastante preciso.

Desde ese punto de vista, las disputas dogmáticas serían (o mejor dicho, yo creo que efectivamente son) casos concretos de pujas por la *posesión* de determinados signos a través de una determinada interpretación, como lo expresaron en su momento Bajtin y Voloshinov<sup>104</sup>. Estos autores, que enfatizaron claramente la función de todos los discursos como praxis sociales, consideraron que toda discusión acerca de la interpretación de un signo (o un sintagma, o cualquier formación discursiva) es un campo de luchas de intereses sociales contrapuestos. De manera que, admitido que lo que conocemos como “Derecho” es un discurso práctico social, no sólo la disputa forense sino también la disputa dogmática es (empleando palabras de Bajtin y Voloshinov) una *refracción* discursiva de una puja de intereses sociales contrapuestos.

b. Pero aquí queda al desnudo el auténtico dilema de la dogmática. En efecto, la necesidad social del discurso jurídico a lo sumo nos revela que el mismo cumple una cierta función social, pero su dimensión ética permanece en la incógnita. Si, por tanto, a la permanente expresión de acciones sociales de un modo especial, específicamente directivo y no asociado a descripciones, agregamos otras características que hemos visto más arriba (frecuentes usos retóricos o estratégicos del lenguaje, argumentos de autoridad, cierre discursivo, etc.) podría seriamente interrogarse: ¿qué sentido, y sobre todo qué papel corresponde, a un discurso (el Derecho en general) que se organiza de esa forma y, en consecuencia, a una labor que forma parte de ese discurso (la dogmática jurídica en particular)?

Esa pregunta forma parte de un antiguo problema (sugerido ya por Hume<sup>105</sup>), y cuya conexión con el *problema dogmático* me ha sido sugerido por Sarlo: si el Dere-

<sup>103</sup> Wittgenstein, Ludwig: “Investigaciones ...”, cit., por ejemplo págs. 493 y 495.

<sup>104</sup> Voloshinov, Valentin: “El marxismo y la filosofía del lenguaje”, Alianza, Madrid, 1992, págs. 49 y 50. Cito la opinión como perteneciendo a los dos autores puesto que existen evidencias bastante serias de que Mijail Bajtin participó activamente en la elaboración de esa obra, no apareciendo su nombre como autor por la censura que a esa fecha ya le había impuesto Stalin. Curiosamente

<sup>105</sup> Hume, David: “Investigación sobre la moral”, Losada, Buenos Aires, 2003, págs. 71 y 72.

cho, o al menos el Derecho que conocemos, fuera sustituible, como juego simbólico que habilita la convivencia, por otro tipo de praxis a los mismos efectos, sin dudas que la dogmática jurídica carecería de sentido, y en todo caso la acción debería dirigirse a la sustitución de una clase de praxis por la otra, tal como proponía –por ejemplo– Pašukanis<sup>106</sup> con su idea de sustituir al Derecho por una directa práctica política. En esa perspectiva sería obvio que la dogmática constituye una especie de embuste, o a lo sumo un despilfarro intelectual en términos éticos<sup>107</sup>, como sostenía el mismo Pašukanis<sup>108</sup>, en cuyo caso naturalmente la única salida honesta posible es su abandono, tal como lo hizo Von Kirchmann en el siglo XIX<sup>109</sup>.

Ahora bien, y si bien no es posible descartar en absoluto tal hipótesis, hay buenas razones para suponer que *por el momento* no hay un buen sustituto pensable para ese juego simbólico del Derecho, ya que todas las formaciones sociales y económicas contemporáneas que conocemos han debido incorporarlo. Por ejemplo, y si vamos a Pašukanis, la propuesta de “sustituir el Derecho por política” lleva implícita, a juzgar por los propios dichos del autor, la idea de una regulación objetiva y discrecional de la vida social vinculada a la suposición de una “sociedad sin conflictos”, nociones ambas que desconocen la vida social real, además de ser notoriamente autoritarias<sup>110</sup>. En mi opinión, esta es la razón última por la cual tiene sentido la labor dogmática; obviamente se trata de una razón débil, pero francamente no encuentro en este momento posibilidad de establecer su cimiento con mayor solidez.

c. Pero incluso bajo ese supuesto, a mi juicio la labor dogmática tiene sentido en la medida en que se dé respuesta favorable a dos problemas, que por su vastedad sólo puedo dejar planteados, adelantando –a cuenta de mayor desarrollo en otra instancia– una postura personal en principio afirmativa<sup>111</sup>.

1. El *problema metaético*, es decir, si tiene sentido el postular que la razón práctica, los juicios prescriptivos en general, pueden ser algo así como “correctos” o “incorrectos”, y en tal caso cuál es el “criterio de corrección”.
2. La posibilidad de que pueda ejecutarse, y llegar a un resultado sostenible, una acción social conscientemente dirigida a la obtención de algún tipo de efecto social.

<sup>106</sup> Pašukanis, Evgeni B.: “Teoría general ...”, cit., págs. 157 y 158.

<sup>107</sup> Cabe señalar que si la dogmática canaliza, aún mistificándola, una disputa de intereses, en términos sociales y económicos es insostenible decir que sus disputas son despilfarros, ni siquiera desde la óptica de Pašukanis

<sup>108</sup> Pašukanis, Evgeni B.: “Teoría general ...”, cit., pág. 66.

<sup>109</sup> Según el relato de Atienza, Manuel: “Introducción ...”, cit., págs. 250 y 251.

<sup>110</sup> Guastini, Riccardo: “Kelsen y Marx”, en AA. VV.: “El otro Kelsen ...”, cit., págs. 97 y 98. El título original del trabajo es: *L'ambigua utopia: Marx criticato da Kelsen*.

<sup>111</sup> Resumidamente, la aseveración de la “razón práctica” no es para mí una cuestión inmanente, sino una necesidad social, según lo sintetiza Nino, Carlos S.: “El constructivismo ...”, cit., págs. 11 y 12, capítulo IV (“El racionalismo crítico y la fundamentación de la ética”, págs. 73 y ss.), y capítulo V (“Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas”, págs. 93 y ss.). En cuanto a la segunda interrogante que se plantea aquí, me remito a Habermas, Jürgen: “Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso”, Trotta, Madrid, 1998, págs. 75 y 76.

Por lo demás, una autocomprensión éticamente sostenible de la dogmática debería, a mi entender, adoptar algunas pautas para la construcción de su discurso, como ser:

- Asumirse como discurso interno del Derecho, no descriptivo ni científico, sino prescriptivo.
- Vincularse con alguna o algunas teorías generales de la razón práctica, como forma de reforzar su racionalidad.
- A la vez, aceptar los aportes de la “mirada desde fuera”, y particularmente trabajar descartando la inmanencia de la norma y el carácter estático de la reproducción. Esta es, específicamente, la única forma de dejar de lado los matices ideológicos más fuertes.

Antes de culminar, dos precisiones adicionales: una referida a la *ideología*, y otra a la *fundamentación* de los enunciados dogmáticos.

En cuanto a lo primero, el vocablo *ideología* es utilizado en las ciencias sociales contemporáneas bien en un sentido débil, como sinónimo de “sistema general de ideas” acerca de una porción dada de la realidad, bien en un sentido fuerte –que es el realmente interesante a estos efectos–, como sinónimo de “sistema de ideas deformante de la realidad”. Este último sentido fue propuesto inicialmente por Destutt de Tracy, pero adquiere especial significación con Marx y los marxistas, que difunden con vigor que se trata de una característica de toda disciplina o teoría derivada de la posición en la estructura social y económica que ostenten los sujetos que crean dichos discursos<sup>112</sup>. Es en esos términos que los teóricos marxistas del Derecho frecuentemente dirigen a la dogmática la acusación de ser irremediabilmente *ideológica*: esto es, de encubrir discursivamente la verdadera naturaleza de las relaciones sociales<sup>113</sup>.

Personalmente creo –con Atienza y Ruiz Manero en las páginas recién citadas– que la dogmática no está definitivamente condenada a ser ideológica, pero también admito –por ejemplo, como lo hizo Kelsen acerca de la división entre “Derecho Público” y “Derecho Privado”<sup>114</sup>– que el discurso jurídico, dogmático y no dogmático, tiene en muchas ocasiones un carácter ideológico. El tema viene a cuento porque, por ejemplo, Supervielle, que siendo un jurista tradicional normalmente se abstiene de afirmaciones de esa clase, nos dice sin embargo que “... toda modificación o alteración del orden jurídico, si bien tiende, en principio, a un mejoramiento y una mayor perfección de las reglas de Derecho, produce una perturbación en la estructu-

<sup>112</sup> Una buena síntesis de la evolución de la ideología en ciencias sociales se puede ver en Klimovsky, Gregorio e Hidalgo, Cecilia: “La inexplicable ...”, cit., págs. 227 y ss.

<sup>113</sup> Véase en especial las referencias a los teóricos del Derecho inspirados en Louis Althusser, en Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: “Marxismo ...”, cit., págs. 111 y ss.; también, aunque de un modo menos tajante, aunque un tanto oscilante, Correas, Óscar: “Crítica de la ideología ...”, cit., págs. 69, 77 y 200 y ss.

<sup>114</sup> Kelsen, Hans: “Teoría Pura ...”, cit., págs. 287 a 289.

ra del sistema en vigencia”<sup>115</sup>. Afirmaciones de esta clase sí pueden considerarse ideológicas, en tanto las modificaciones o alteraciones del Derecho no tienden de por sí a mejorar o perfeccionar nada, por lo que en realidad esa afirmación entraña una apología velada del Derecho tal como existe y se reproduce en el presente. Por lo tanto, creo que cualquier perspectiva dogmática racional debería también tender a evitar este tipo de enunciados.

En cuanto a la *fundamentación* dogmática, la caracterización deseable de la misma es algo acerca de lo cual apenas puedo formular algunos planteos que ni siquiera llegan a ser un grosero esbozo. Por lo pronto, y difiriendo hondamente con Luhmann<sup>116</sup>, no sólo no creo que la autorreferencia agote la pretensión de legitimidad de la dogmática, sino que para el caso en que la dogmática tenga sentido la autorreferencia debería ser precisamente descartada como frontera de fundamentación, y que este discurso debería en todo caso explicitar los propósitos éticos, sociales y políticos que persigue.

Por último, no creo que la dogmática así concebida sea incompatible con una teoría externa del Derecho, pero sí creo que una y otra implican abordajes que no pueden ser simultáneos. Esto es, ni siquiera en sus versiones más amplias la dogmática puede abandonar el *paradigma* de la visión interna del Derecho; en este punto, la alusión a Kuhn<sup>117</sup> no puede ser sino explícita. Para utilizar un ejemplo, creo que la relación entre la dogmática y una teoría externa del Derecho es semejante a la forma en que se observa una casa. Si imaginamos una persona que vive dentro de esa casa, pero nunca ha salido de ella y, por tanto, nunca la ha visto desde fuera, seguramente será capaz de una descripción bastante aproximada de la disposición de sus habitaciones, de la mayor o menor temperatura de cada una, así como del mundo fuera de la casa en cuanto se pueda ver desde sus ventanas; sin embargo, la formulación de juicios más generales acerca de la casa para describirla más cabalmente (por ejemplo, si es alta o baja en relación con el promedio, si forma parte de una ciudad o una aldea, si está en una cima o un valle, etc.) no es posible sin salir de ella y mirar la casa desde el mundo, en vez de mirar el mundo desde la casa.

---

<sup>115</sup> Supervielle, Bernardo: “Sobre la derogación ...”, cit., págs. 411.

<sup>116</sup> Luhmann, Niklas: “Sistema jurídico ...”, cit., pág. 37.

<sup>117</sup> Kuhn, Thomas: “La estructura ...”, cit., págs. 175 y ss.

本報為便利讀者起見，特在各地設立分銷處，凡欲訂閱者，請向當地分銷處接洽。本報地址：重慶市中區...

本報為擴大宣傳，特在各地設立分銷處，凡欲訂閱者，請向當地分銷處接洽。本報地址：重慶市中區...

本報為擴大宣傳，特在各地設立分銷處，凡欲訂閱者，請向當地分銷處接洽。本報地址：重慶市中區...

本報為擴大宣傳，特在各地設立分銷處，凡欲訂閱者，請向當地分銷處接洽。本報地址：重慶市中區...

本報為擴大宣傳，特在各地設立分銷處，凡欲訂閱者，請向當地分銷處接洽。本報地址：重慶市中區...

本報為擴大宣傳，特在各地設立分銷處，凡欲訂閱者，請向當地分銷處接洽。本報地址：重慶市中區...