

LA PROBABILIDAD EN EL DERECHO

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

Homenaje al Profesor Werner GOLDSCHMIDT
con motivo del 50^o aniversario de
la teoría del uso jurídico (**)

I. NOTAS BASICAS

1. En 1935 el profesor Werner Goldschmidt ideó la *teoría del uso jurídico* para exponer el objeto de referencia de la obligación que en justicia corresponde a un juez de un caso jusprivatista internacional llamado a "aplicar" Derecho extranjero (1). Señaló que el juez debe imitar la sentencia que con el máximo grado de *probabilidad* dictaría el juez extranjero y —desarrollando esa idea— se puede afirmar también que corresponde al juez realizar el *equivalente* de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero, por ejemplo imponiendo el pago de intereses complementarios para compensar el "espacio" existente entre el lugar en que el juez extranjero pronunciaría su sentencia y el sitio donde se produce el pronunciamiento real.

Al hacer referencia de ese modo al Derecho extranjero, Goldschmidt se abría, a impulso de una clara exigencia de justicia, a la dimensión sociológica del Derecho en cuanto a *probabilidad*. Aunque el unidimensionalismo dikelógico tiende a veces a marginarla, la probabilidad es un despliegue insoslayable en toda comprensión del Derecho que no mutile los despliegues sociológicos e incluso normológicos de lo jurídico, y cabe señalar así que en 1935 ya estaban presentes en las ideas de Goldschmidt las tendencias a la "apertura" que luego plasmarían en el trialismo.

La probabilidad es una base de constante importancia para comprender los fenómenos jurídicos, y a fin de apreciar acabadamente su significado es útil tener presente que desde el punto de vista dinámico el Derecho puede ser identificado como la actividad descriptible e integrable mediante normas vinculadas al aprovechamiento de las *oportunidades* para realizar la justicia. La noción de probabilidad se vincula estrechamente a la de oportunidad (2).

(*) Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas.

(**) Ideas básicas de la exposición del autor en las "Jornadas sobre la teoría del uso jurídico y la teoría trialista del Derecho" organizadas por el Departamento de Filosofía y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario en homenaje al profesor doctor Werner Goldschmidt, que se llevaron a cabo el 19 y el 19 de octubre de 1985.

(1) GOLDSCHMIDT, Werner. "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", Barcelona, Bosch, 1935.

(2) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y Política", Bs. As., Depalma, 1976, págs. 12/13. Acerca del trialismo en general. v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 5^a ed., Bs. As., Depalma, 1976.

II. LA PROBABILIDAD EN LAS DIMENSIONES JURIDICAS

a) DIMENSION SOCIOLOGICA

2. La probabilidad es más concreta que la *posibilidad* sobre la que se constituye. Puede decirse que es más "real" y cargada de posibilidades de prueba y que se nutre de cierto modo de la apariencia (3). A su vez la probabilidad y la posibilidad son diferentes, en cambio, de la realidad, la otra categoría extrema de la "estática" jurídico-sociológica y también son diversas de la finalidad objetiva de los acontecimientos que —por su parte distinta de la finalidad subjetiva— es la categoría básica de la "dinámica" respectiva. Puede decirse además que a medida que la probabilidad "crece" tiende a ser reemplazada por la realidad. La posibilidad y la probabilidad son categorías "pantónomas" (pan = todo; nomos = ley que gobierna) que deben ser fraccionadas, produciéndose en sentido positivo *certeza* referida a la realidad y en sentido negativo —de "corte" en la realidad— *contingencia* (4). Al hilo de la diferencia entre probabilidad y realidad se forma el marco de lo "putativo".

3. Entre las adjudicaciones jurídicas, la probabilidad permite reconocer una mayor intensidad en las distribuciones de la naturaleza ("leyes naturales"), que va disminuyendo en las distribuciones de las influencias humanas difusas y tiene su grado mínimo en el *azar*, donde el juego de la probabilidad alcanza, en cambio, las mayores posibilidades. A su vez el reparto, proveniente de la conducción humana y núcleo de la jurística sociológica, tiene los alcances de la "previsibilidad" en el sentido de posibilidad de reconocer los efectos de la conducta, que es afín a la probabilidad. La probabilidad es fundamental para la toma de decisiones que anida en los repartos, y al hilo de ella se comprende la vacilación (5).

Todos los elementos del reparto —repartidores, beneficiarios, objeto, forma y razones— se constituyen al hilo no sólo de la posibilidad sino también de la probabilidad. En especial cabe destacar que las ideas de los objetos "potencia" e "impotencia" —o sea de lo que favorece o perjudica al ser, y en los seres animados la vida— son constituídas sobre la probabilidad. Las probabilidades de potencias son "*chances*" y las de impotencias son "*riesgos*". Es alta-

(3) V. LADARIA CALDENTY, J., "Legitimación y apariencia jurídica", Barcelona, Bosch, 1952, también por ej. ANDORNO, Luis O., "La teoría de la apariencia", en "El Derecho", 17-10-1985 y STRATTA, Alicia Josefina, "Efectos jurídicos de la apariencia", en "El Derecho", 17-10-1985.

(4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Bases categoriales de la dinámica y la estática jurídico-sociales", Rosario, Instituto Jurídico-Filosófico UNL, 1967; v. COSSIO, Carlos, "La teoría sociológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad", 2a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964, esp. págs. 215 y ss. y 96 y ss.; HEIDEGGER, Martin, "El ser y el tiempo", trad. José Gaos, 5a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1974, esp. págs. 161 y ss.; AYER, A.J., "Lenguaje, verdad y lógica", trad. Ricardo Resta, Bs. As., Eudeba, 1965, págs. 122 y ss.; "Probabilidad" en FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía". Bs. As., Sudamericana, 1965, t. II, págs. 481 y ss. POPPER, Karl R., "La lógica de la investigación científica", trad. Víctor Sánchez de Zavaia; Madrid, Tecnos 1962, págs. 137 y ss.

(5) V. HUSSERL., Edmundo, "Investigaciones lógicas", trad. Manuel G. Morente y José Gaos, 2a. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1967, t. I, págs. 371 y ss.

mente significativo saber, respecto de una adjudicación, quiénes son beneficiarios de las "chances" y los "riesgos".

La probabilidad es un grado calificado de la posibilidad de sujeción y coacción, que constituye la *coercibilidad* a veces indicada —con exageración— como identificación de lo jurídico. En el desarrollo de las distintas clases y subclases de repartos (autónomo y autoritario, sea éste ordenancista o directo), la probabilidad está especialmente presente en el reparto autoritario ordenancista.

A su vez la probabilidad se establece siempre al hilo de *órdenes*, sean éstos de los repartos o de las distribuciones, con su valor natural relativo homónimo. Además en base a ella se determinan la marcha del plan de gobierno, que realiza el valor natural relativo previsibilidad, y la razonabilidad, sobre la que se forma la ejemplaridad satisfactoria del valor natural relativo solidaridad. También cabe señalar que la probabilidad interviene en la vida jurídica no sólo como despliegue de *referencia* de los repartidores sino como punto de *remisión*, en este caso según lo muestra la teoría del uso jurídico, donde —como señalamos— el juez ha de imitar la probable sentencia extranjera.

La probabilidad se ilumina con el reconocimiento de los *límites necesarios* de los repartos, que surgen de la naturaleza de las cosas, permitiendo a su vez una mejor orientación en los límites voluntarios de los repartidores.

b) DIMENSION-NORMOLOGICA

4. En la dimensión normológica la probabilidad se convierte con frecuencia en base de la *conjetura* (6) y se desarrolla con especial facilidad en las funciones *integradoras* de las normas, aunque también está presente en las funciones descriptivas, sobre todo en relación con la exactitud. La probabilidad como referencia aparece en el tipo legal y en la consecuencia jurídica de las normas, en tanto que como remisión —según ocurre en la teoría del uso jurídico— aparece en esta segunda parte de la captación lógica del reparto.

El mayor empleo de la probabilidad está en las normas con antecedentes *generales*, referidas a sectores sociales supuestos, pero también se presenta —con más realidad— en las normas individuales, que apuntan a sectores sociales descritos. Al hilo de su desarrollo en las normas generales la probabilidad está especialmente presente en la realización del valor natural relativo "predecibilidad" (o "predictibilidad") propio de estas normas, en tanto que en el valor natural relativo inmediatez, de las normas individuales, su pureza es menor.

Para apreciar la probabilidad es necesario superar el marco de las fuentes reales formales para tener en cuenta también a las fuentes reales materiales y a las fuentes de conoci-

(6) Con un alcance más amplio se refiere a la conjetura un reciente libro de Miguel Reale ("Verdad e conjetura", Río de Janeiro, Nova Fronteira, 1983). Puede v. además As. Vs., "Sobre "Verdad e conjetura" de Miguel Reale, en "Revista Brasileira de Filosofia", 131, págs. 322 y ss. (Comentarios diversos de João de Scantimburgo, Austrágisilo de Athayde, Nelson Saldanha y Gilberto de Hello Kujawski).

miento, que pueden influir en éstas. La probabilidad sólo puede establecerse debidamente sobre el complejo de todas las fuentes.

En el funcionamiento de las normas la probabilidad aparece con especial significación en el elemento histórico de la interpretación; en la determinación, para "seguir" la normatividad a determinar; en la detección de carencias históricas y en la elaboración "sistemática" (por autointegración). Sin embargo creemos que además, en el funcionamiento del ordenamiento en su conjunto, se plantea una *tarea conjetural* acerca de las probables decisiones que se adoptarían respecto a todos los otros casos vinculados con el que se resuelve.

Puede decirse que la carga de probabilidades está más presente en los conceptos *constitutivos*. Además es también mayor en los derechos "*absolutos*", cargados de posibilidades contra todos, aunque tiene un despliegue más particular en los derechos "relativos". Mediante la conjetura basada en la probabilidad puede reemplazarse el mundo que "es" por el mundo que "puede ser".

5. Así como en la dimensión sociológica la probabilidad se constituye al hilo de todo orden, en la dimensión normológica "moviliza" a todo el ordenamiento normativo. Para acrecentar la probabilidad se desenvuelven especialmente las relaciones horizontales de producción de normas, realizadoras del valor natural relativo infalibilidad. A su vez la coherencia, valor natural relativo del conjunto del ordenamiento, puede orientar la probabilidad pero también presentar la "probabilidad" lógica en lugar de la probabilidad social, que es más real. El mayor uso de la probabilidad se realiza en los ordenamientos que son *sistemas materiales*, en tanto que la menor soltura en su desenvolvimiento ocurre en los meros órdenes normativos.

La probabilidad se construye al hilo de la verdad fraccionada que, en sus cortes, va produciendo certeza en las captaciones.

e) DIMENSION DIKELOGICA

6. El desarrollo de la probabilidad aumenta el material estimativo de la justicia, generando para quienes se atienen a ella, aunque obren lo injusto, la vía de la *justificación*, y engendrando además, en la medida que no sea alcanzable la realidad, la senda de la *utopía*. La diferencia entre probabilidad y realidad corresponde de cierto modo a una distancia entre la virtud de justicia y la adjudicación justa.

La marcha de la probabilidad se desenvuelve desde los criterios generales orientadores hasta las valoraciones. Los criterios generales de orientación la emplean en mayor medida, pero las valoraciones contienen "más" probabilidad (más cercana a la realidad). La probabilidad está en todas nuestras referencias a las influencias de justicia del pasado, el presente y el *porvenir*, pero es en éstas donde alcanza su mayor despliegue al hilo de la posibilidad. El fraccionamiento de la justicia en tales posibilidades produce seguridad jurídica.

7. El manejo de la probabilidad aumenta la *libertad* que exige la justicia para que

el individuo se convierta en persona. Su conocimiento es un título de *aristocracia* (o sea de superioridad, en este caso científico-técnica). No es sin razón que Holmes pudo afirmar que el Derecho consiste en establecer profecías de lo que harán los tribunales (7). Además la probabilidad es un objeto altamente humanizante y *repartidero*. El hombre merece conocer las probabilidades para ubicarse en el cosmos y debe contar con las mayores "chances" posibles, en tanto que los riesgos han de descargarse sobre las cosas. La probabilidad se relaciona estrechamente con la *esperanza* y sobre ella se constituye frecuentemente la *culpa*. Por otra parte, la probabilidad es necesaria para el conocimiento —por ejemplo por presunciones— de la realidad, que exigen las formas más justas del reparto (proceso y negociación). El dominio de la probabilidad se alcanza con el auxilio de la ciencia, que se convierte así, en una perspectiva más, en exigencia de justicia.

El respeto a la probabilidad alimenta a la *igualdad* de oportunidades constantemente renovadas— al hilo del misterio de cada personalidad— y a la *tolerancia*. A su vez su manejo es imprescindible para proteger al individuo contra "lo demás", en este caso frente a la ignorancia del mundo y en especial del devenir.

III. LA PROBABILIDAD EN LAS RAMAS DEL MUNDO JURIDICO

8. Dada la mayor amplitud de la justicia legal (general), que inspira al Derecho Público, en él la necesidad de juego de la probabilidad es mayor que en el Derecho Privado, inspirado en la justicia particular. Si bien en el Derecho Público la probabilidad está más "dentro" de la decisión, en el Derecho Privado hay un amplio marco de probabilidad de "referencia". La posibilidad está presente, por ejemplo, en las nociones de litis pendencia y de cosa juzgada del Derecho Procesal; en las normas subsidiarias de la voluntad de las partes en el Derecho de los Contratos; en la idea de gestión de negocios sin mandato del Derecho de las Obligaciones; en la presunción de la voluntad del causante en que suele apoyarse el Derecho de las Sucesiones intestadas y en la presunción de los pronunciamientos del régimen de familia de este mismo Derecho. Por otra parte el juego de la probabilidad caracteriza al Derecho Comercial, y la neutralización de los riesgos está sobre todo presente en la finalidad del Derecho de la Seguridad Social.

La probabilidad se desenvuelve al hilo del conjunto de todas las ramas jurídicas y exige en consecuencia una *Teoría General del Derecho* que, entendida como "sistema jurídico", integre la "complejidad pura" del Derecho.

(7) V. RECASENS SICHES, Luis, "Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX", México, Porrúa, 1963, t. II, pág. 597 (en general v. págs. 593 y ss.).

IV. HORIZONTES DE HISTORIA DEL DERECHO, DERECHO COMPARADO Y FILOSOFÍA JURÍDICA "MAYOR"

9. La probabilidad es un componente de gran importancia en las nociones de *temporalidad e historicidad* sobre las que se desenvuelve en verdad la Historia del Derecho. A su vez el juego de las probabilidades es significativo para comparar los distintos momentos históricos y los diversos espacios jurídicos, pues sobre ese desarrollo puede reconocerse el sentido profundo de cada "momento" y "espacio", reconociendo no sólo su realidad sino las soluciones probables que existirían en él. La atención a la probabilidad se refleja en el "problematicismo" y el "probabilismo" con que suele caracterizarse al pensamiento jurídico norteamericano (8).

10. La diferencia entre posibilidad y probabilidad es una vía idónea para contribuir a la distinción entre los aspectos más "realistas" de la literatura y el Derecho. A su vez, el "cálculo de las probabilidades" es una de las ramas más importantes de las matemáticas y no es por azar que su nacimiento está asociado a nombres como los de Pascal y Fermat, que llevan a la época "probabilística" iniciada en la Edad Moderna.

El despliegue de la probabilidad adquiere especial interés en filosofías como la del *existencialismo*, y su radicalización conduce al probabilismo filosófico, según el cual —en afinidad con el escepticismo— toda opinión tiene un cierto grado de probabilidad sin ser jamás ni totalmente falsa ni totalmente cierta (9). Además ha motivado importantes estudios del positivismo lógico.

En el terreno moral cabe recordar las enseñanzas del probabilismo jesuítico, cuya primera proposición afirma que toda opinión probable, aunque falsa y contraria a la ley divina, excusa de pecado ante Dios. Asimismo se puede traer a colación el probabilismo teológico, según el cual en la calificación de la bondad o malicia de las acciones humanas se puede lícita y seguramente seguir la opinión probable en contraposición a la más probable.

Tanto la radicalización del juego de las probabilidades como su negación se alimentan del idealismo genético, donde el sujeto es considerado creador del objeto. En cambio el realismo genético, conforme al cual el sujeto sólo descubre al objeto, debe reconocer los diferentes grados de *probabilidad* en juego con la *realidad*. Cabe señalar que —a semejanza del Derecho— la noción de probabilidad es un elemento para superar la tensión entre el "caos" y el orden del "cosmos" (10).

(8) Id., págs. 589 y ss.

(9) V. ABBAGNANO, Nicola, "Filosofía de lo posible", trad. J. Hernández Campos, A. Rossi y P. Duno, México, Fondo de Cultura Económica, 1959.

Acerca de la posibilidad en el existencialismo católico de Agustín Basave Fernández del Valle v. RECASENS SICHES, op. cit., t. I, págs. 459 y ss. También v., respecto del pensamiento de Arnold Brecht, RECASENS SICHES, op. cit., t. II, págs. 741 y ss.

(10) V. acerca del significado psicológico de confluencia de la razón y la imaginación en la conjetura, por ej. REALE, op. cit., esp. págs. 22, 43 y 48.

V. CONCLUSION

11. En suma puede decirse que la probabilidad, a la que se refería Goldschmidt en 1935, es no sólo un despliegue indispensable para la comprensión del Derecho extranjero y de todo el mundo jurídico, sino también para la comprensión del universo en general en la que aquélla se integra.