Pescador de tierra adentro

Como siempre, en los primeros días de enero, intentamos aportar alguna lectura agradable, vinculada al Derecho Constitucional, pero no tan densa.
El que sigue es un interesantísimo trabajo del colega Víctor Abramovich que reflexiona sobre algunas de las intrigas más paradojales que presenta el derecho.
El eje del trabajo es que nuestra mirada jurídica está dañada porque nos formamos leyendo a muchos teóricos de la justicia, el derecho y la abogacía, que jamás atendieron a un cliente, ni tramitaron un expediente.
En Derecho Constitucional ello parece ser la regla, ya que casi no hay constitucionalistas que ejerzan la profesión, quizás porque económicamente no resulta una especialidad redituable.
Publicada originariamente en la vieja, querida y extinta “No Hay Derecho” (edición 4ª, 1991) llega aquí transcripta gracias a su director, mi entrañable amigo, Alberto Bovino.
Los dejo con el autor.

El complejo de Rock Hudson

Sobre el menosprecio de la

práctica judicial y de su propio discurso en el estudio y la enseñanza del

derecho

Por Víctor E. Abramovich

I. En una vieja comedia de

Hollywood -en la que nuevamente seduce a Doris Day- ROCK HUDSON personifica a un profesor de pesca, cuyos libros son famosos en el país, quien invitado a participar en un torneo de su especialidad, confiesa ante la evidencia de los hechos que todos sus conocimientos provienen de la lectura de los manuales del arte, y que en toda su vida jamás se había acercado a la memoria de un río.
A este especial dominio de

un saber teorético logrado en base a la lectura de libros sobre libros, con

total prescindencia de la realidad referida, lo llamaremos en su honor: “complejo

de Rock Hudson”. No será difícil advertir su existencia en el ámbito jurídico manifestándose como una ruptura entre el discurso producido en una instancia teórica y las prácticas concretas de producción del derecho, en particular la práctica judicial.

Concebido el derecho como una práctica social específica en la que están expresados históricamente los conflictos, los acuerdos y las tensiones que actúan en una formación social determinada; corresponde distinguir por un lado la instancia de conocimiento del derecho que produce su propio discurso teórico (doctrina, teoría general), y un nivel de producción del derecho por y ante los distintos órganos habilitados para ello en la institución social (ministerio, parlamento, tribunal); que produce asimismo un discurso jurídico práctico (ley, contrato, ordenanza, reglamento, sentencia).

El complejo de Rock Hudson se presenta en estos términos como la ignorancia o el menosprecio, a nivel de la instancia de producción teórica, y las características particulares de las prácticas de producción del derecho, en especial de la desarrollada por y ante los órganos jurisdiccionales, así como el discurso que allí se genera.

Procuraremos mencionar brevemente algunas causas de esta exclusión teórica y ciertos efectos que estimamos disvaliosos en el estudio y la enseñanza del derecho.

II. Sin duda el prestigio cultural del derecho romano recibido en la Edad Media a través de la compilación justiniana, y su utilización política como instrumento de integración y dominación imperial, favoreció una actitud reverencial y acrítica

de los juristas, quienes antes de la prohibición interpretativa tan solo se animaron a glosar el texto, a la manera de los exégetas de los libros sagrados. Su aplicación provocó además un conflicto entre la realidad social y la programación normativa, que se resolvió en favor de esta última.

Ya en el Renacimiento los juristas creyeron en la existencia de principios universales e invariables emanados de una razón intemporal y ubicua, idéntica e inmutable, condición a priori de toda experiencia posible, y fue la corriente del Derecho Natural Racionalista la que mejor expresó este proceso de "logificación de la realidad". Los valores de seguridad y respeto de los valores individuales, objetivo de los procesos revolucionarios, tuvieron en la codificación napoleónica su consagración y garantía, lo cual influyó en la legislación posterior, en las concepciones iusfilosóficas y principalmente en la actitud de los juristas frente a los textos normativos.

Desde entonces la producción del discurso teórico resulta afectada por los principios del formalismo jurídico, que pueden resumirse en tres tesis: 1) todo el derecho consiste en normas generales (leyes) que integran el orden jurídico, que es a su vez la concreción de los principios supremos de la razón universal; 2) las normas generales contienen en potencia la solución de todos los casos particulares posibles; 3) el juez frente al caso concreto debe limitarse a aplicar el derecho establecido, reduciéndose su labor a encontrar la solución contenida en germen en la norma abstracta [F. Laurent, Principios del derecho civil francés, 1983].

Silogismo judicial y

concepción del acto jurisdiccional como una operación lógico-deductiva.

La obra de Savigny e

Ihering concibe a la dogmática como exposición científica del derecho positivo, pero su objeto procura describir y sistematizar conceptos y categorías (ejemplo: propiedad, responsabilidad) articuladas a partir de tradiciones científicas continuas, como “puntos de concentración” de procesos evolutivos (Ihering), y no normas propias de un derecho determinado [Enriqueta Zuleta Puceiro, Teoría del derecho. Una introducción crítica, Ed. Depalma, y La dogmática como paradigma científico, en Anuario de Fil. Jur. y Soc. 3 (1983)].

Si bien propone al derecho

positivo como objeto, éste se desplaza hacia las nociones y categorías científicas, ocultando aquél en su concretividad histórica. El paradigma dogmático se caracteriza entre otras cosas, por su reduccionismo normativista, su ideal de neutralidad y su falta de contenido histórico.

Respecto del acto

jurisdiccional, si bien la posición kelseniana ha planteado su carácter creativo a partir de la opción axiológica que conlleva todo acto de interpretación de las normas, y las diversas corrientes realistas lo han vinculado a las circunstancias personales del juzgador y de su entorno social, aún se lo concibe como mera decisión individual, que baja a tierra las previsiones normativas.

El referido proceso

histórico y ciertas posiciones teóricas encuadrables en el paradigma positivista, contribuyen a la consagración del complejo de Rock Hudson a partir de estas y otras tantas ideas presupuestas en el pensar de los juristas:

a) la sobrevaloración de
los textos legales y de los conceptos dogmáticos en tanto se los considera expresión de principios racionales elevados y garantías de los calores fundamentales del sistema político;
b)la admisión del mito de
la autosuficiencia del discurso teórico, el cual contendría en potencia la solución correcta;
c) la idea de que el
discurso jurídico producido por la practica judicial es la continuidad del discurso teórico en su aplicación a los hechos del caso; que existe entre ambos uniformidad semántica lo que permite a la teoría jurídica hablar de un solo objeto jurídico, o campo semántico uniforme; y el consiguiente menosprecio de la practica judicial en tanto se imputa todo desajuste entre discursos, a la inoperancia del aparato burocrático de administración de justicia.
La idea de que el discurso
jurídico judicial (como modalidad del discurso práctico) es una mera continuidad o aplicación a la situación concreta de las normas generales y de los conceptos dogmáticos, define al complejo de Rock Hudson por lo que excluye como objeto teórico: las características del funcionamiento de la práctica judicial y el proceso de producción y transformación de su propio discurso.
Si en cambio concebimos a la sentencia, no como el resultado de una operación lógico-deductiva (formalismo jurídico), ni como un mero acto individual (realismo), sino como el resultado final de un proceso de lucha de argumentos y posturas jurídicas y extrajurídicas, en juego dentro y fuera del tribunal, movilizados por la defensa estratégica de intereses particulares en

el ámbito de un conflicto; la atención teórica se desplazara de arriba (las normas y los conceptos dogmáticos), hacia atrás ((la práctica judicial).

“El discurso jurídico
tiene un proceso de formación, descomposición y precomposición en el cual intervienen otros discursos que, diferentes por su origen y función, se entrecruzan con él.” “este resultado no es una operación deductiva que descubre significados ya presentes en la norma como esencia. Tampoco es una creación judicial que puede ser interpretada como decisión individual. En todos los casos la decisión refleja la relación de fuerza de los discursos en pugna.”

Se trata de un discurso que surge, se modifica y transforma
por batallas y a través de batallas. La producción del discurso judicial tiene un elemento caracterizador que es el conflicto.

El proceso, como lo señala
Carnelutti, es un subrogado de la guerra: su domesticación. A tal punto es un combate que, en ciertos tiempos, se lo hace con las armas: el éxito del duelo indica el juicio de Dios.

En el foro, tanto como en la arena del combate, en desmedro
del mito de la solución correcta, la calificación de las posiciones de los litigantes se realiza retroactivamente luego y en virtud del resultado del conflicto. Quien vence, tiene razón y no al revés. El juicio de Dios se llamará en este marco “cosa juzgada”.

El discurso jurídico de los litigantes opera manipulando con
irreverencia el discurso teórico, como una fuente de argumentos, y como marco referencial de la réplica del adversario y la postura del juzgador.

En este discurso los conceptos dogmáticos aparecen

trastocados y segmentados, combinándose incluso conceptos teóricamente contradictorios dentro de la coherencia estratégica de defensa del interés en conflicto.

Este discurso se entrecruza dentro y fuera del expediente con múltiples discursos científicos (pericias médicas, contables, psiquiátricas), políticos, morales, periodísticos y con otros discursos que expresan una visión no profesional de los hechos y de las normas (informes, declaraciones testimoniales) en un constante avance y retroceso.

La realidad resulta acotada y permanentemente redefinida por su adecuación a las categorías legales y dogmáticas, y por las marchas y contramarchas de la actividad probatoria, en lo que constituye una lucha por los hechos, o la construcción de la verdad del caso a partir de las formas jurídicas previstas para ello.

La sentencia como resultado final de la práctica judicial y las características particulares de esta práctica se constituyen así en objetos que requieren su propio y diferente abordaje teórico. El planteo exige además una forma alternativa de encarar el estudio de los casos judiciales, abandonando la mera consideración del fallo mutilado del proceso, y a veces descuartizado en sumarios jurisprudenciales. Este enfoque no hace más que convertir a la sentencia en pieza del discurso teórico y a partir de la consideración de una falsa uniformidad semántica la analiza con el mismo criterio que a los conceptos dogmáticos.

Una mirada diferente procurará constituir a todo el caso en objeto de estudio, escrutará las

demandas, los testimonios, las pericias, el marco político, moral, religioso, económico, periodístico, seguirá la forma en que el discurso se construye y transforma hasta su contenido final.

Limitar el estudio de un caso judicial a su sentencia es como analizar una batalla a partir del número de muertos.

Por lo demás, en tanto el discurso teórico posee su propio modelo ideal de funcionamiento de la instancia práctica y su discurso, otra faceta del complejo de Rock Hudson es por un lado la producción de conceptos teóricos presuponiendo un marco errado de aplicación práctica de ellos, y por otro, la falta de un modelo teórico que dé cuenta del real funcionamiento del sistema de administración de justicia.

En síntesis, se elaboran conceptos dogmáticos para una justicia que no existe; y nadie elabora un discurso alternativo para la justicia que realmente existe.

Como lo ha puesto en evidencia la epistemología (Althusser, Bachelard, Moulines) las teorías incluyen sus condiciones de aplicación en su aparato conceptual, por lo que la ignorancia o las falsas ideas acerca del funcionamiento de la práctica jurídica, afectan en su validez a toda la producción teórica.

Los juristas sufren así una faceta avanzada del complejo original, que podríamos llamar “complejo de Rain Man” o “autismo erudito”, que ya detectara Feyerabend al manifestar que ellos nos brindan brillantes ejemplos de expertos que no saben de lo que hablan.

Por ultimo, resulta claro que el abogado, como técnico de

este proceso de producción del discurso judicial, requiere ciertos conocimientos, adiestramiento y en particular una actitud frente a los textos teóricos que el complejo de Rock Hudson ha excluido de los lugares en los que se imparte la enseñanza del derecho.
Desechar los viejos mitos, como el de la solución correcta de los casos judiciales, aprender a manejar con irreverencia las normas y la doctrina, argumentar en defensa de intereses, ocupando un determinado lugar en un conflicto, pensar en función de una replica y de un contradictor, revalorizar los hechos, las técnicas procesales de producción de la verdad, estudiar procesos además de fallos, serán sin dudas pasos a seguir.
Empecemos por cuestionar a estos especialistas teóricos del arte de la pesca, que por preservar su modelo, no se arriman jamás a la orilla del río.

Publicado en Revista “No Hay Derecho”, s. ed., Buenos Aires, Nº 4, 1991, ps. 10 y siguiente