

## Franz Kafka para explicar la teoría del acceso a la justicia<sup>1</sup>

*Por Julián Axat<sup>2</sup>*



Para poder iniciar un abordaje de la teoría del acceso a la justicia, me gustaría ilustrarlo a través de la literatura. La literatura y el derecho tienen un vínculo fuerte, me gusta pensar esa relación a través de algunos autores inevitables. En este caso, el autor más clásico para pensar el acceso a la justicia es, por supuesto, el escritor checo que murió en 1924 como consecuencia de

una tuberculosis aguda, me refiero a Franz Kafka.

Kafka, quien fuera abogado, trabajó durante mucho tiempo en una aseguradora de riesgo de trabajo (Instituto de Seguros de Accidentes de los Trabajadores del Reino de Bohemia). No era un abogado público, era un abogado privado, que pensaba en la abogacía desde los principios del derecho social de los seguros europeo, que cotizaba las primas para las fábricas según los eventuales daños que pudieran producir sobre los cuerpos de los trabajadores. Sus obras más clásicas: “El proceso” y la parábola “Ante la ley” son hijas de esa tarea en la burocracia de las aseguradoras.

En “La parábola ante la ley” está toda la teoría del acceso a la justicia. Ya está desarrollado aquello que Cappelletti y Garth van a escribir en el año 1979 en su gran obra.

Voy a explicar por qué en el libro de Kafka están todos los elementos de la teoría del acceso a la justicia, y vamos a hacer una deconstrucción (siguiendo la pauta del filósofo Jacques Derrida).

La resumo a mi manera:

“Un campesino se presenta ante un guardián y le solicita que lo deje entrar. Pero el guardián contesta que por ahora no puede. El campesino se asoma a la puerta de la ley que está, como siempre, abierta. El guardia al verlo se ríe y le dice que puede probar entrar si quiere pero que recuerde que él, con ser poderoso, no es sólo el último de los guardianes, entre salón y salón, hay más guardianes y el tercero es tan terrible que ni el mismo guardián puede soportar su aspecto. El campesino no había previsto estos problemas. Él creía que la ley debía estar siempre abierta para todos, pero observa el porte temible del guardián y se

<sup>1</sup> Fragmento de la desgrabación de la ponencia expuesta ante el Seminario especializado en Abogacía Pública, Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Rosario, 19 de Mayo de 2022

<sup>2</sup> Abogado. Magister en Ciencias Sociales, UNLP

persuade de que conviene más esperar. El guardián le deja un banquete para que se siente así se espera el campesino días y años; a menudo conversa con el guardián sobre temas sin importancia y también intenta sobornarle; el guardián acepta las dádivas para que el campesino no creía haber omitido nada; pero no cambia su actitud; observa casi continuamente al guardián, maldice su mala suerte y al final su vista se debilita y todo se vuelve oscuro; en medio de la oscuridad distingue un resplandor que surge de la puerta de la ley. El campesino sabe que va a morir, llama al guardián y le formula una pregunta que antes nadie había formulado: si todos quieren acceder a la ley, ¿cómo es que todos estos años que estuve aquí nadie más que yo ha pretendido entrar? Entonces el guardián comprende que el hombre está muriendo y para que pueda oírle bien le dice con voz poderosa: acércate, acércate, vení. Y le dice: porque nadie puede pretender entrar por esta puerta, porque esta puerta era sólo para ti, pero ahora voy a cerrarla.”

La parábola de la puerta “Ante la ley” es en cierto modo la teoría del acceso a la justicia. En esta alegoría se dividen elementos de la literatura y el derecho que nos permiten explicar la teoría del acceso

- Primero *la puerta*, el elemento de las puertas de la ley, hacen suponer que estamos ante una casa y que el campesino ha llegado a una casa en la que reside la justicia. El campesino llega a la puerta de las casas de la justicia; la puerta es el mecanismo de ingreso a la casa de justicia. A la justicia se entra por una puerta y no por una ventana. Si uno entra a la justicia por una ventana, seguro hace trampa.

Los umbrales, las puertas, los marcos dóricos griegos que tienen todos los palacios de justicia, dan cuenta que lo que indican las

puertas de la ley hablan de algún modo de las formas de ingresos, que tienen que ver con estos umbrales.

Aquí hay un elemento bíblico por supuesto, que tiene que ver con las aperturas al paraíso o la consagración de la justicia absoluta, la consideración de un umbral de luz del otro lado de la puerta. El supremo bien es Dios.

Con un guardián, un San Pedro, que abre las puertas a aquellos que según *La Divina Comedia* de Dante Alighieri han podido entrar al paraíso o podrán salir de los circuitos infernales o de estar en un limbo para ingresar, de una vez por todas, a la contemplación suprema de Dios. En ese sentido, la justicia, es la luz del otro lado, la salida de la penumbra Kafkiana.

- El *guardián*, el segundo elemento. El guardián es el juez, es el policía, es el funcionario; el guardián es quien protege las puertas de la ley o bien de la justicia. En términos de lo que plantea Franz Kafka podríamos decir -con cierto pesimismo, porque lo plantea así-, que el guardián se presenta como uno de los primeros obstáculos de acceso a la justicia. La puerta está abierta, no está cerrada, en esa puerta abierta lo que hay es alguien que presentó como una barrera, como un escollo y esa es la figura del guardián.

En términos kafkianos, representa lo caprichoso, lo corrupto porque acepta dádivas, porque discrimina al campesino, porque lo interroga, porque representa la fuerza, el temor, la prohibición y al sombrío burócrata.

Las puertas de la ley, están completamente llenas de grises burócratas. Lo “kafkiano” se dice como adjetivo de grisura administrativa. Porque Kafka ha quedado como un adjetivo en la lengua, un

adjetivo que habría que discutir si es así porque en realidad, Kafka era un gran bromista, no era un hombre solamente existencialista. En ese sentido, el guardián sí es kafkiano en el sentido del pesar y de la desolación que implica su figura, la banalidad del mal del burócrata como diría Hannah Arendt.

En ese sentido me parece que el guardián representa un instrumento del poder. Un títere del poder. Porque detrás del guardián hay otros guardianes, y detrás de las otras puertas más... o sea hay una sucesión de guardianes que impiden pasar. El primer guardián está solo en la primera puerta a la que acude el campesino, la serie de sucesivos guardianes refiere a los títeres de un poder que está detrás, oculto, y que maneja obviamente la instrumentalidad guardiana. Pues no serían más que eso, un medio, y no un fin en sí mismo; ¿es el guardián un juez? Podría serlo. A quien pretende ingresar en las puertas de la ley si – acaso– el guardián es el que dispone sobre esa puerta. Podríamos suponer en términos de como lo plantea Kafka, que es un mero administrador superficial de la ley, que en los sucesivos serán cada vez más profundos.

- El *campesino* es el tercer elemento de la teoría del acceso a la justicia. Dije *puertas* y *umbrales*, también *guardianes* y ahora agregó al sujeto de derecho por excelencia, al que se impide ingresar por la ley, y es un débil de la Historia. Kafka podría haber elegido un obrero, una persona con discapacidad, un niño, pero eligió -no sabemos por qué-, a un campesino. Quizás por la realidad rural de Checoslovaquia, de ese entonces, quizás porque Kafka en realidad creía -o tenía- alguna utopía con el campesinado europeo. Pero de los vulnerables de la época, eligió al campesinado.

En términos de la teoría del acceso a la justicia, el campesino representa a todos los campesinos, y con ellos a los débiles de la humanidad, a los oprimidos de la Historia. En ese sentido, en el campesino está esa proyección del débil que busca -de algún modo- satisfacer su necesidad de ley y su necesidad de justicia. En ese sentido, la puerta está solo asignada a él, y no a otro campesino. Él representa algún movimiento en sí mismo, que es su propia identidad como campesino pero puede suponer un colectivo también.

Decía que la vulnerabilidad es justamente un lugar que no lo hace poderoso. El hecho de ser un trabajador de la tierra. El campesino no es rebelde. El campesino ha adoptado lo que en el kafkismo es la sumisión. El campesino es el ciudadano sumiso, en él no hay revolución, no hay utopía. El campesino agacha la cabeza ante el guardián y se somete al tiempo, al tiempo en el que guardián va a dejar pasar y que no va a ser nunca más que un transcurrir, aunque eso nosotros lo sabemos hasta el final. Por lo tanto el campesino es un sumiso del poder, es un perro del poder que agacha la cabeza frente a su amo el guardián. En ese sentido es débil por no rebelarse ante el amo el guardián. Por supuesto, que puede tener una lectura bíblica esto, se parecen un poco a los esclavos de los que habla Walter Benjamín en sus Tesis de la Historia. Los oprimidos que han sido masacrados y que no han levantado la cabeza para rebelarse, mientras pasan los siglos hasta que ocurre la Revolución Francesa, que es un corte. Digo en ese sentido la sumisión del campesino como sumisión bíblica, sumisión que dura tiempo en la legalidad dialéctica de los historiadores.

- El *tiempo* es el cuarto elemento más importante de la alegoría de la ley. *Puertas*, *guardianes*, *campesinos* y *tiempo*. ¿Por qué el

tiempo es el factor más importante de la teoría del acceso a la justicia? Porque en el tiempo está la muerte. El campesino muere por querer pasar, se hace viejo y se le cierra la puerta, en el umbral no pasa. Ese sentido, el paso del tiempo, “los plazos” diríamos los juristas, constituye el aplazamiento indefinido de Kafka, o la cronoterapia dirían los procesalistas. Es el factor procesal por excelencia que define el acceso ante la ley o el acceso a la justicia.

En ese sentido, para Kafka el problema de la justicia es el problema de tiempo. La justicia absoluta para Platón es eterna. La justicia de los seres humanos está para Kafka vinculada a la muerte. Si la justicia no llega a tiempo, nos morimos y no la vemos.

El tiempo que transcurre en un recurso en tratarse ante un tribunal superior, el tiempo que transcurre en el pedido de excarcelación para el preso que espera. El tiempo de los procesos como el elemento bisagra de la teoría del acceso a la justicia. Una cuestión que no se resuelve a tiempo, se diluye en el transcurso del tiempo, o lo hace ilusorio, abstracto, o –acaso- se multiplica ese conflicto, lo deja latente, lo acrecienta.

Pensemos en el artículo 280 del Código Procesal Penal de la Nación en manos de la Corte Suprema de Justicia, el *certiorari* que le permite rechazar los recursos cuando quiere y sin argumentos, con una simple plancha de dos líneas que invoca el artículo. Pensemos en el tiempo de un jubilado que quiere cobrar su jubilación antes de morir, pero el ANSES le dice que cobre ahora o negocie su jubilación o espere la sentencia sentada 10 años; pero como ese jubilado se está por morir, se convierte en el campesino de Kafka, y baja la cabeza y acepta. El tiempo constituye el elemento existencialista por

excelencia de la alegoría del acceso a la justicia.

- Por último llegando al quinto elemento: *la petición*. La petición es el reclamo, la pretensión del campesino. Dijimos entonces *puertas, guardianes, campesinos, tiempo* y aparece *la petición*. El “derecho de peticionar ante las autoridades” es de por sí, la fórmula con la cual se define el acceso a la justicia constitucional.

¿Qué pido? Un recurso rápido y sencillo para poder acceder a una autoridad ejecutiva administrativa, judicial o legislativa, una formal petición que debe resolverse en tiempo y forma. El pedido del campesino es una súplica del acceso.

El campesino tal como lo plantea Kafka, no tiene derecho a pasar por la ley; en todo caso, el guardián, tiene una potestad para dejarlo pasar o no. Y esa es la diferencia con el derecho a pedir. La petición en la alegoría kafkiana no es un derecho del campesino, sino que se presenta como la “concesión” del guardián de otorgar desde el poder. Si -acaso- decide -o no- dejarlo pasar; por lo tanto la petición se convierte en mera prerrogativa.

El Estado autoritario otorga prerrogativas. El Estado de derecho satisface un derecho en función de peticiones de acceso. Tener un derecho a peticionar, y no tener una prerrogativa de otorgar. Esto es, también, la discusión de fondo sobre derechos y beneficios. Como dijimos en un inicio, entre los servidores públicos y ciudadanos.

Para Kafka el estado prusiano de ese entonces o la semilla del estado nazi ya venía cincelandando una teoría del poder de la mera prerrogativa autoritaria. Kafka lo estaba viendo en ese momento que escribe, aunque al morir en 1924 no pudo ver el Nazismo,

solo el inicio de su advenimiento ya muy enfermo, en las calles de Berlín.

La máquina de guerra que va a construir el nazismo diez años después de que él muera será una maquinaria funcionando a partir de la potestad del poder autoritario del *fuhrer*, de beneficiar a sus privilegiados arios. La maquinaria vertical que explica Claus Roxin en su obra de derecho penal, ese organismo burocrático de poder letal compuesto por eslabones fungibles que cumplen órdenes y las ejecutan. Una máquina organizada de poder que generaba dominio de los hechos en los eslabones más bajos y los escalones más altos, hasta llegar a los *lager*, y producir exterminio. En ese sentido, la máquina que Kafka en el último elemento está definiendo son las relaciones entre el ciudadano alemán y el Estado, es una relación de sumisión y de poder. En ese sentido, el poder constitucional de esa maquinaria es un poder de conceder, y nada más.

Para finalizar, y llegando al final de esta deconstrucción tenemos la idea bastante negativa o existencialista del acceso a la justicia, pero que nos permite entender cómo debería ser o funcionar- por contraste- una positiva.

Cuando me refiero a la idea negativa del acceso, pienso en la tragedia del campesino que muere y la presencia del guardián sádico como clausurador de la puerta de la ley. Pensar positivamente: las puertas permanentemente abiertas, los guardianes amigables y sensibles, el tiempo breve, la ausencia de temor, las peticiones como derechos a acceder.

Todo ello significa dimensionar elementos por los que hemos deconstruido un mapa esperanzador del concepto de acceder a la justicia, que invierta la negatividad del obstáculo y las barreras,

dotando a la cuestión del acceso de afectos alegres y mecanismos humanizadores.

### **Dimensiones de la parábola Kafkiana y la discusión del acceso con los positivistas**

Dijimos que en la parábola ante la ley de Kafka, no sólo encontramos la teoría de la justicia sino que podemos también dimensionar la tragedia humana a través de las tesis psicoanalíticas, con una lectura sobre la ley de la castración ya no la ley de la legalidad constitucional, sino desde la legalidad simbólica: la ley del padre, la disposición sobre el deseo y la muerte de la libertad (todo ello puede ser ampliado en textos clásicos el de J. Derrida que ya he mencionado y que les dejaré para que lean: <https://emakbakea.files.wordpress.com/2018/10/derrida-ante-la-ley.pdf>).

Pero también existe una dimensión iusfilosófica, que es la que aquí a mí me interesa y con la cual quisiera también desarrollar algunos parámetros sobre el acceso a la justicia para seguir en la lógica de deconstruir elementos y encarar los problemas epistemológicos del acceso que luego se hacen prácticos. Me refiero a la llamada *Teoría pura del derecho* de Kelsen, publicada por primera vez en 1934. Este autor clausura las dicotomías teórico-prácticas en el derecho, diciendo que el derecho es meramente norma, pues si es hecho estamos hablando de sociología, y eso ya no sería específicamente ciencia jurídica. El pensador vienés rechaza la teoría de los realistas, porque para la ciencia jurídica positivista los problemas de la realidad social y las adaptaciones de la norma a los hechos, o bien cómo funcionan los tribunales es un problema de los sociólogos y no de los juristas.

Por eso es muy común, que el acceso a la justicia no se estudie en las Facultades de

Derecho sino en forma marginal, pues donde predomina el positivismo jurídico, donde predominan las teorías kelsenianas meramente formalistas, toda la teoría del acceso a la justicia queda relegada a la materia procesal. Y esto suele ser un grave error.

En EEUU e Inglaterra, en algunos países europeos, en México, tal circunstancia no sucede. Esto ocurre en nuestras universidades que siguen bajo la creencia ortodoxa y dogmática de que la categoría derecho se reduce a la norma.

Bueno, eso es uno de los grandes problemas o uno de los obstáculos del acceso a la justicia de nuestras universidades y de nuestra abogacía privada y pública, una gran deuda que habla a las claras del propio escollo epistemológico.