

LOS ESTUDIANTES ATACAN DE NUEVO. PICARON EN PUNTA Y CON RESTO

Revista "Vendetta", publicación de la Agrupación Estudiantil NBI de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2006, N° 1.

Comentario por Alberto BOVINO*

I. EL CONTENIDO POLÍTICO DEL DERECHO

Los integrantes de NBI contradicen a quienes —como yo— solemos afirmar que vemos a los estudiantes de derecho en un estado de apatía generalizada, que los conduce a pasar por la Facultad como si los estudios universitarios no les provocaran el menor interés, a pesar de que van a determinar en gran medida lo que les sucederá el resto de sus vidas. Dejando de lado mi erróneo juicio, este grupo pensante de jóvenes universitarios me ha brindado generosamente la oportunidad y el honor de integrar este panel de presentación.

La aparición de la Revista "Vendetta" demuestra el compromiso político con el espacio académico público de su equipo de redacción y, seguramente, escandalizará a muchos mojigatos, pero con seguridad sacudirá las rígidas estructuras de este edificio de arquitectura fascista donde se imparte el saber jurídico, sobre la Av. Figueroa Alcorta de esta Autónoma Ciudad.

Para sacarnos de toda duda respecto de su posición frente al fenómeno jurídico y sus intenciones de modificar este estado de cosas, los primeros párrafos de la Editorial (*¿Qué pasa cuando no pasa nada?*) de la Revista hacen más que explícitas las intenciones de NBI respecto de la experiencia académica de la UBA:

"El derecho se agota en su propio vómito. Leyes, códigos y dogmas repetidos hasta el infinito, se constituyen en un discurso hegemónico que presenta al derecho como una herramienta neutral, ascética, sin fisuras, niega el contenido político del discurso y colabora, de esa manera, con la

* Texto guía utilizado en la presentación de la Revista "Vendetta", el 27 de octubre de 2006, en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la UBA, integrando un panel junto con los Profs. Nicolás CASULLO y Roberto GARGARELLA. Agradezco especialmente la invitación para presentar una publicación como "Vendetta". Ver <http://www.nbi.org.ar/vendetta/>.

reproducción de las relaciones sociales que el derecho regula” (“Vendetta”, Editorial, *¿Qué pasa cuando no pasa nada?*).

A ello se agregó:

“Vendetta, entonces, nace de otra voluntad. De la voluntad de cambio, de la idea de que desde nuestro espacio podemos confrontar con ese discurso hegemónico, sumándose al desafío de correr el velo que el estado actual del derecho contribuye a sostener”.

II. EL CONCEPTO DE DERECHO

En nuestro ámbito universitario, la metodología de la enseñanza es inadecuada para capacitar a los estudiantes en las aptitudes y formación teórica que necesitarán en su vida profesional, y de baja calidad, pues, como regla, consiste en dar clases magistrales sobre desarrollos teóricos en un marco de contextos abstractos, sin consideración de los hechos relevantes para la decisión de la solución jurídica aplicable. Por otra parte —más allá de las cuestiones de hecho y prueba, elemento central de todo caso judicial—, no se entrena a los estudiantes en la utilización de las normas jurídicas y en la argumentación de situaciones de hecho preestablecidas en las cuales ellos deben argumentar con un discurso con alto valor de convicción, a partir de la Consitucional Nacional.

En el mejor de los casos —especialmente en el ámbito del derecho penal—, se recurre a la discusión de casos hipotéticos. Sin embargo, no se acostumbra a enseñar cómo argumentar el caso en función de los intereses de una de las partes del conflicto, sino que se suele utilizar el caso para transmitir la convicción de cuál es la solución “correcta”. Más allá de la errónea creencia de que se puede predicar que una solución es la “correcta”, el método aplicado resulta más apropiado para formar jueces antes que abogados litigantes.

Es por ello que carecemos de herramientas teóricas para proporcionar al estudiante la capacitación necesaria para la práctica profesional. ABRAMOVICH, en este sentido, se formula los siguientes interrogantes:

¿Qué cosas necesitamos saber para enseñar a nuestros alumnos a litigar diligentemente en la defensa de intereses públicos o colectivos? ¿Cómo prepararlos para enfrentar a un tribunal y al abogado de la otra parte? ¿Cómo ayudarlos a relacionarse con los clientes, a identificar correctamente su voluntad o sus deseos? ¿Que técnicas debemos suministrarles para que sepan investigar un caso, probar los hechos, argumentar jurídicamente en el marco de un conflicto real?¹

Así, resulta claro que dos graves problemas de la enseñanza del derecho son: a) se enseña una teoría jurídica formalista, limitada al texto normativo, sin preparar al estudiante sobre cómo utilizar los desarrollos teóricos y los textos jurídicos para defender el interés que representan en el litigio; y b) se desprecia o ignora todo lo relacionado con los hechos de los casos judiciales y, especialmente, las técnicas de la actividad probatoria.

Como se puede apreciar a simple vista, la manera en que ha sido redactado este primer punto ha pretendido resaltar, en ese orden: a) el concepto de derecho que se trata como objeto de estudio en nuestras universidades se reduce a un análisis formalista de textos jurídicos y de teorías que ofrecen una interpretación plausible del texto analizado en abstracto; b) en el estudio del derecho se ignoran las reglas propias de la formación del discurso jurídico-práctico, que depende de muchas más variables que las contenidas en la teoría jurídica —el discurso jurídico-práctico no es una distorsión del discurso teórico sino algo distinto, que se guía por sus propias reglas—; y c) la redacción de los escritos presentados por los litigantes —incluyendo el uso correcto del idioma castellano—, junto con la especial importancia que debe atribuirse a la actividad probatoria en un caso judicial pueden ser herramientas útiles para aumentar el valor de convicción de las solicitudes, impugnaciones, presentación de información, etc., que tienen lugar en el desarrollo de un procedimiento contencioso.

III. LA PRÁCTICA JURÍDICA

¹ ABRAMOVICH, Víctor, *La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática*, publicado en la sección “Doctrina” de esta página, p. 1.

ABRAMOVICH aclara que de este modo se insiste, sin análisis o argumentos que así lo demuestren, la idea tradicional de que entre el discurso práctico de los órganos que aplican el derecho y el discurso teórico existe “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 práctica judicial en tanto se imputa todo desajuste entre discursos a la inoperancia del aparato burocrático de administración de justicia”².

Si, en cambio, en lugar de concebir a la sentencia como el resultado de la aplicación de criterios establecidos por la dogmática —una operación lógico-deductiva, o una decisión política o moral entre opciones normativas—, “la entendemos como el resultado final de un proceso de lucha en el cual intervienen elementos jurídicos y extra-jurídicos que operan dentro y fuera del tribunal, dirigidos a la defensa estratégica de los intereses involucrados en el conflicto, la atención teórica se desplazará de arriba (las normas y los conceptos dogmáticos) hacia atrás (la práctica judicial)”³.

La inexistencia de uniformidad semántica entre el discurso teórico y la sentencia en el proceso de producción de la decisión judicial ha sido señalada por MARI⁴. Una nota esencial del discurso jurídico consiste en la fractura que ocurre entre el proceso discursivo y su producto final:

Entre el proceso de producción y constitución del discurso jurídico y este discurso como producto-final existe una discontinuidad, un desplazamiento... [Esa ruptura] es un modo de funcionamiento de los mecanismos sociales... El principio que lo organiza es un principio de control... ubicado en un campo de formaciones no discursivas, a saber, de instituciones, de acontecimientos políticos y de sucesos de distribución del poder... Ese desajuste [está] pues, construido por la *praxis* social variable históricamente...⁵.

² ABRAMOVICH, Víctor, *El complejo de Rock Hudson*, en “No Hay Derecho”, s. ed., Buenos Aires, 1991, n° 4, p. 10.

³ ABRAMOVICH, *El complejo de Rock Hudson*, cit., p. 10.

⁴ MARI, Enrique, *Moi, Pierre Riviere... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales*, en AA.VV., *El discurso jurídico*, Ed. Hachette, Buenos Aires, p. 58.

⁵ RUIZ, Alicia, *La ilusión de lo jurídico. Una aproximación al tema del derecho como un lugar del mito en las sociedades modernas*, en “Crítica Jurídica”, Ed. Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, 1986, n° 4, p. 165.

El conflicto es el elemento que caracteriza la producción del discurso judicial. El proceso, como subrogación de la guerra, define la posición de los litigantes retroactivamente y en virtud de la actividad desplegada para obtener la decisión. No gana quien tiene razón, sino que *quien gana, tiene razón*. Los litigantes utilizan con irreverencia el discurso dogmático, trastocando, segmentando y aun utilizando piezas contradictorias, estratégicamente, atendiendo a la actividad de la contraparte y a la postura del juzgador.

El resultado de este proceso, la sentencia, se funda en los términos del discurso dogmático sin aludir a los múltiples elementos y variables que la configuraron. En este proceso, el discurso de los abogados se entrecruza dentro y fuera del expediente con múltiples discursos, acotando y redefiniendo la realidad por las marchas y contramarchas de la actividad probatoria, que expresa la lucha por definir los hechos y la verdad jurídica aplicable al caso:

La autonomía de la teoría jurídica, creada por la idea de que el derecho es separable de las valoraciones políticas de los jueces, otorga legitimidad a las decisiones tomadas en nombre de la ley. Los académicos dedicados al derecho dan legitimidad al sistema y el principio del *stare decisis* es una 'justificación que legitima falsamente' decisiones que son esencialmente sociales y políticas⁶.

Así, el discurso judicial es un mecanismo que construye estratégicamente sus soluciones. Por ello, estudiar un caso a partir de su sentencia implica convertir esa sentencia en una pieza "aséptica" y suponer la existencia de una falsa uniformidad semántica entre el discurso práctico y las elaboraciones de la dogmática⁷. Alguien (ABRAMOVICH) ha comentado que

⁶ RUSSELL, J. S., *The Critical Legal Studies Challenge to Contemporary Mainstream Legal Philosophy*, en "Ottawa Law Review", 1986, vol. 18, p. 15 (traducción nuestra).

⁷ ABRAMOVICH, *El complejo de Rock Hudson*, cit., p. 10. El mismo fenómeno ha sido demostrado desde el enfoque sociológico a través de investigaciones empíricas de la criminología de la reacción social sobre los procesos de criminalización secundaria. Estas investigaciones han señalado la existencia de patrones uniformes de criterios extranormativos que orientan la selección de los individuos a criminalizar. Factores como la pertenencia a un grupo étnico, o la posición social y económica tienen más influencia en la decisión que la gravedad del hecho.

estudiar un caso judicial leyendo sólo la sentencia es como analizar una batalla considerando únicamente el número de muertos.

A pesar de ello, la concepción mayoritaria del derecho vinculada a la dogmática excluye completamente la consideración de la práctica jurídica, o bien supone relaciones erróneas entre el programa establecido en el texto legal —y reformulado por la dogmática— y la instancia en donde tiene lugar la práctica jurídica como práctica social.

En el primer caso, se reduce todo el fenómeno jurídico a un conjunto de textos explicados por juristas teóricos que se ocupan de sus aspectos formales y que reducen las decisiones judiciales a un proceso de aplicación de reglas generales al caso concreto⁸. En este punto, se afirma que “el derecho, en el sentido de que de él se habla en las facultades de derecho italianas y también en otros países, ‘no es más que un montón de papel’... si no es acompañado por dos elementos extremadamente importantes y relacionados entre sí... que son un cierto grado de consenso social respecto de sus contenidos, y una puesta en marcha, una reacción activa, por parte de aquellos a quienes el derecho se dirige, sean ellos destinatarios primarios

El criminólogo alemán SACK denomina “metarreglas” a estos patrones de comportamiento que determinan la decisión de los casos fundados en estas variables —cuya relevancia no se reconoce explícitamente—. Su análisis distingue entre reglas (reglas jurídicas generales que se aplican para dar la respuesta jurídica al caso) y metarreglas (reglas sobre la interpretación y la aplicación de las reglas generales). La originalidad de la propuesta de SACK consiste en haber sugerido un “desplazamiento” del análisis de las “metarreglas” del plano prescriptivo de la metodología jurídica al plano descriptivo de la sociología. Así, el concepto de “metarregla” no queda limitado a los principios normativos conscientemente aplicados por el intérprete de las reglas generales, sino que se transforma en el principal de los mecanismos que real y efectivamente actúan en la mente y en la actividad del intérprete. Estas metarreglas, configuradas por la interacción en la estructura social, permiten describir cómo opera en la realidad la administración de la justicia penal en la atribución de responsabilidad penal, es decir, cuál es la importancia relativa de las distintas variables (pertenezcan o no al discurso jurídico) en el proceso de configuración de las decisiones que los jueces penales toman habitualmente. Estas metarreglas de aplicación de las reglas jurídicas del derecho penal son seguidas, conscientemente o no, por los integrantes de las instancias oficiales que participan en los procesos de criminalización, y su contenido se vincula con leyes, mecanismos y estructuras objetivas de la sociedad basadas en relaciones de poder entre grupos e individuos y relaciones sociales de producción. Estas “metarreglas” no sólo explican la “cifra negra”, sino también y especialmente, cómo opera la distribución social del castigo. Sobre este problema, cf. BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Ed. Siglo XXI, México, 1993, 4ª ed., ps. 104 y siguientes.

⁸ ABRAMOVICH, *El complejo de Rock Hudson*, cit., p. 10.

o secundarios de la norma. Consenso y actuación social son efectivamente las piernas del cambio, en todos los campos y por ello también en el jurídico. Sin ellos, no hay derecho”⁹.

En el segundo caso, se establece una relación de continuidad entre el discurso dogmático y el discurso de la práctica jurídica, idea que define al discurso teórico “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”¹⁰. Así, se ha señalado:

Un ejemplo claro es el concepto de acto o negocio jurídico. Una vez traté de explicar a un profesor en Estados Unidos de qué se trataba ese concepto... El acto o negocio jurídico es toda una compleja y apreciada doctrina del Derecho Civil que trata de encontrar conceptos comunes a todos los casos en los que la declaración de voluntad de una persona crea una obligación o relación jurídica. Bajo ese concepto están los contratos, los testamentos, el matrimonio, las promesas unilaterales, el reconocimiento de un hijo, la adopción y, por aplicación supletoria del Código Civil, los actos administrativos del gobierno y hasta la sentencias de los jueces. Se trata de buscar una sola teoría que explique todo.

Al terminar mi explicación el profesor me dijo “*Muy interesante. ¿Para qué sirve?*”. Luego de una breve explicación sobre la utilidad práctica no supe contestar pues su única utilidad era para hacer más complejos los conceptos. Es que el acto jurídico no es ni siquiera un concepto, sino un “supraconcepto”, es decir, un concepto de conceptos. Trata de explicar qué tienen en común cosas totalmente distintas. Sus reglas, en lugar de ayudarnos a encontrar soluciones prácticas, sólo alejan el lenguaje de los abogados del lenguaje de los hombres. Con ello no se crea ciencia, se crea metafísica¹¹.

Desde esta perspectiva, las instituciones que producen las prácticas jurídicas no son una mala copia —distorsionada por la praxis— del sistema explicado por la teoría jurídica, sino *un modelo distinto a ese modelo teórico*, un sistema independiente que tiene su propia lógica, sus propias reglas que lo

⁹ MELOSSI, Dario, *Ideología y derecho penal. Garantismo jurídico y criminología crítica: ¿Nuevas ideologías de la subordinación?*, en “Nueva Doctrina Penal”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/A, ps. 77 y siguiente.

¹⁰ ABRAMOVICH, *El complejo de Rock Hudson*, cit., p. 10.

¹¹ BULLARD, Alfredo y MAC LEAN, Ana Cecilia, *La enseñanza del derecho: ¿Cofradía o archicofradía?*, publicado en www.pensamientopenal.com.ar, sección doctrina, ps. 6 y siguiente.

estructuran y dan sentido a cada uno de sus actos¹². La relación más estrecha entre práctica jurídica y discurso dogmático es la utilización irrespetuosa de sus piezas, realizadas por quienes revisten poder para racionalizar las solicitudes y decisiones que toma el aparato de administración de justicia —y, al mismo tiempo, ocultar los criterios efectivamente utilizados—.

Ello no significa, claro, que los textos legales y las teorías dogmáticas no tengan influencia alguna sobre la práctica jurídica, sino simplemente que el empleo concreto de la teoría generada por la dogmática no siempre coincide con el sentido para el que ésta fue originariamente formulada. Siempre existe una tensión entre el programa legal formulado por la dogmática y las decisiones de la práctica jurídica. Esa tensión no sólo se resuelve de modos diferentes para las diversas promesas contenidas en el programa utópico¹³ definido en los textos jurídicos¹⁴. Los múltiples condicionamientos que resuelven esa tensión, por otra parte, además de variar en el tiempo, influyen en distinta medida sobre diferentes tipos de conflictos sociales¹⁵.

IV. LA “PUREZA CIENTÍFICA” DEL DERECHO

I. A pesar de lo dicho, los juristas insisten en una visión reductora del derecho, en su categoría de ciencia, y en su pretendida “pureza” respecto de lo social. En este sentido, se ha señalado:

¹² COURTIS, Christian, *En ese orden de cosas*, en “No Hay Derecho”, s. ed., Buenos Aires, 1991, n° 3, p. 8.

¹³ Cf. COURTIS, Christian, *Texto legal y función utópica. Acerca de la posibilidad de leer las constituciones y los pactos de derechos humanos como textos utópicos*, en “No Hay Derecho”, s. ed., Buenos Aires, 1991, n° 5.

¹⁴ Pues los grados de realización de esas promesas en la práctica pueden ir desde una realización completa hasta la no realización. Así, mientras es posible afirmar que el derecho de propiedad garantizado constitucionalmente alcanza un efectivo grado de protección cuando se trata de conflictos interindividuales que no involucran al Estado, también se puede constatar el incumplimiento de otras promesas del texto constitucional —v. gr., los derechos sociales del art. 14 bis o la exigencia del juicio por jurados garantizados en la Constitución Nacional—.

¹⁵ Así, por ej., la ausencia de independencia del poder judicial respecto del poder ejecutivo puede tener mucho peso en casos de delitos cometidos por funcionarios y escasa influencia para algunos delitos comunes.

El sueño de Ihering nos recuerda que los abogados solemos, al menos en Latinoamérica, usar conceptos que son una suerte de lugares comunes. El primero es el de “ciencia jurídica”. El segundo es el de “naturaleza jurídica”.

Ambos conceptos reflejan una visión determinada del Derecho y al hacerlo afectan cómo se enseña el Derecho en las Universidades. Por un lado está la idea de que el Derecho es una ciencia, y que como ciencia tiene un objeto propio. Dado que tiene su propio objeto es posible descubrir en el mismo “cosas naturales”, como quien descubre un nuevo elemento químico, una ley física o una nueva especie animal o vegetal. Y entonces aparece el concepto de “naturaleza jurídica”, como el descubrir un objeto nuevo en una realidad capaz de ser definido conceptualmente.

Pero el Derecho no tiene un objeto natural; es ante todo un sistema de regulación de conductas antes que una ciencia. Su objeto, lejos de ser natural, es consecuencia de la creación del hombre. El Derecho creado por el hombre y su “naturaleza” y la de las instituciones cambia tan pronto el legislador cambia la ley que la regula...

Así, los abogados... envidiamos a otras ciencias el que tengan un objeto propio que antecede al conocimiento que lo estudia, y tratamos de “neutralizar” esa envidia inventándonos “naturalezas jurídicas” inexistentes, porque al fin de cuentas el objeto de nuestra “ciencia” no precede al conocimiento, sino que es consecuencia del mismo¹⁶.

Es esta reductora percepción del fenómeno jurídico la que determina en mayor medida los problemas existentes en la enseñanza del derecho, ya que afecta tanto los contenidos como la metodología de esa enseñanza. Es ésta la primera pregunta que debemos contestar: ¿cuáles son los contenidos de ese saber al que designamos como “derecho”? Y “Vendetta” avanza firmemente por el camino que la conduce a discutir la validez del modelo formalista del derecho actual.

Es por ello que en la Editorial de “Vendetta” se coincide sustancialmente con los criterios desarrollados por autores extranjeros y por autores vernáculos tales como el recordado Prof. MARÍ, y los Profs. Alicia RUIZ y Carlos CÁRCOVA.

En este sentido, nos parece sumamente valiosa la inclusión de una sección dedicada a la enseñanza del derecho que, en este primer número incluye una controversial entrevista al Prof. portugués Boaventura DE SOUSA SANTOS,

¹⁶ BULLARD y MAC LEAN, *La enseñanza del derecho: ¿Cofradía o archicofradía?*, citado.

y un trabajo de Pablo CERIANI sobre la escasa atención que se le presta a los derechos humanos en el Plan de Estudios vigente.

Como docente de una Facultad pública con escasos recursos y sumida en una crisis crónica, me siento orgulloso de este emprendimiento que nuestros estudiantes han encarado con esfuerzo, trabajo e inteligencia. Han tomado seriamente la posta de demoler lo que las generaciones precedentes colaboramos a crear, sobre marcos teóricos hoy profundamente cuestionados, y en un recinto universitario es bueno que así sea.

Pero, como ellos dicen, para arremeter contra lo que ya no debe ser, o lo que nunca debió ser, un bogadicto debe enfrentarse a los bogarcas que, según informa esta agrupación con abundante e irrefutable evidencia histórica, “no se sabe bien como los Bogarcas se salvaron del Diluvio, pero que se salvaron, se salvaron. Lo que sí sabemos es que a los charcos que quedaron les pusieron como nombre ‘Lagunas del Derecho’”.

Dijimos hace poco tiempo en un breve trabajo escrito junto con Mary BELOFF, redactado con el objeto de presentar nuestra vieja y querida Revista “No Hay Derecho” en la página “Pensamiento Penal”, y antes de tener noticias de este proyecto que afortunadamente se ha concretado, textualmente:

“Hoy el contenido de NO HAY DERECHO es parte del derecho oficial. Los derechos humanos, las teorías críticas, el feminismo legal, etc., todas las corrientes ausentes de la reflexión jurídica argentina de hace veinte años hoy forman parte de la enseñanza aceptada, por lo menos en las principales universidades nacionales del país, e integran muchas decisiones de tribunales relevantes.

¿Qué significaría hoy re-pensar NO HAY DERECHO? ¿Qué es lo que no se dice, no se ve, lo que se debe cambiar? ¿Qué es lo nuevo, lo subterráneo, aquello que tiene potencial transformador?”

De responder las dos últimas preguntas se trata, precisamente, la Revista “Vendetta”, que sin imitar a su predecesora —y con una voluntad de transformación política de la cual NHD carecía— llena ese espacio vacío con responsabilidad, espíritu crítico y serias intenciones de re-construir el saber jurídico desde el compromiso teórico y social.