

Voces: DERECHO ~ FILOSOFIA DEL DERECHO

Título: La teoría del derecho en calesita

Autor: Guibourg, Ricardo A.

Publicado en: LA LEY 30/09/2010, 30/09/2010, 1 - LA LEY2010-E, 1330

Cita Online: AR/DOC/6803/2010

¿Qué es el derecho?, nos preguntamos a veces (sólo a veces) los abogados. Muchos se contentan con una respuesta superficial: el derecho es un orden de la conducta humana. Quienes intentan una respuesta menos obvia, más específica y profesionalmente manejable se topan con un conglomerado de hechos, actitudes y tradiciones, oscurecido a su vez por un lenguaje fuertemente ontológico, que finge que toda palabra designa un ente real, una teoría de la verdad que oscila inadvertidamente entre el objetivismo y el subjetivismo y un discurso casi poético, habituado a no distinguir entre el significado cognoscitivo de las palabras (a qué cosas, hechos o situaciones se refieren) y su efecto emotivo (la impresión favorable o desfavorable que el uso de una expresión determinada origina en la mente del receptor). De toda esa confusión, los pensadores han extraído e identificado ciertos fenómenos que les llaman la atención: a) las normas, generalmente sancionadas por órganos competentes, que se presentan jerárquicamente ordenadas entre sí; b) ciertos hechos empíricos, como la conducta de los ciudadanos, la costumbre de los jueces o las relaciones de poder observables en la sociedad; c) el juicio moral que pueda emitirse acerca de las conductas de las personas y de las propias normas que intentan regularlas; d) el hecho de que quienes hacen del derecho su profesión no adoptan en general una actitud imparcial y descriptiva, aunque a menudo proclaman que lo hacen: por el contrario, intentan persuadirse unos a otros, así como a terceros, para lo que apelan a herramientas tan variadas como la argumentación, la amenaza, la fe, la propaganda, el uso de símbolos, cánticos y eslóganes y, en suma, a un discurso ficticiamente objetivo, neutral y científico, capaz de encubrir la construcción y el mantenimiento del poder por parte de los grupos en condiciones de ejercerlo.

Algunos pensadores escogen y proponen uno solo de aquellos elementos como la materia única o principal de la que el derecho se compone. Otros vinculan dos o tres de ellos, postulando alguna supremacía o bien predicando alguna clase de coordinación, coexistencia o integración capaz de vincularlos teóricamente.

Es claro que cualquier teoría descriptiva de la realidad debe partir de dos decisiones que no son impuestas por la realidad misma, sino adoptadas por el observador de acuerdo con sus propósitos: elegir y delimitar el segmento de la realidad que haya de descubrirse y elegir, entre las infinitas características que ese segmento seguramente contiene, un número finito y mentalmente abarcable de situaciones a las que el sujeto asigne relevancia; la realidad no elegida no desaparece del mundo, pero sí del modelo descriptivo; por decirlo más claramente, las características no seleccionadas siguen allí, pero son deliberadamente ignoradas en aras de una descripción que, como cualquier otra descripción o teoría, no tiene más remedio que ser reduccionista, a su propio riesgo y con la seguridad de que será acusada precisamente de reduccionista por quienes, habiendo elaborado y aceptado otros juicios de relevancia, postulan un reduccionismo diferente para describir la misma realidad.

Un problema central de las teorías del derecho es que sus respectivos reduccionismos satisfacen algún punto de vista o son útiles para algunos de los usos que queremos dar a nuestra construcción de la idea de derecho, pero ninguna sirve para todo lo que queremos hacer ni tiene respuesta para todas las preguntas que al respecto nos formulamos.

Un reduccionismo muy útil en la profesión jurídica es el que asigna al derecho el carácter de un sistema jerárquico de normas. Sirve para invocar textos legales —que tienen al menos la ventaja de estar escritos y ser públicamente conocidos— y para plantear la superioridad de unas normas sobre otras, pero ofrece serios inconvenientes teóricos para abarcar y explicar el principalismo, la costumbre, las revoluciones y la cosa juzgada. Tampoco es suficiente para resolver por sí solo la grave incógnita de los criterios de interpretación.

Conceder relevancia a la justicia de los contenidos es ventajoso para propugnar las propias preferencias y presentarlas como obvias y objetivas, incluso frente a la interpretación de los llamados casos difíciles, pero carece de un método eficaz (un método intelectual, distinto de la fuerza) para imponer esas preferencias ante terceros disconformes que postulen otros criterios valorativos.

Enfatizar la descripción de los hechos tiene el beneficio de cierta objetividad (una vez despejados los juicios subjetivos de relevancia, a los que ya me he referido); pero se revela argumentalmente impotente. Este fenómeno se conoce como la ley de Hume: de premisas puramente fácticas no es posible extraer una conclusión normativa de tal suerte que, de quien pretende hacerlo, se dice que incurre en la falacia naturalista.

Destacar las ficciones y los ocultamientos del discurso jurídico permite desprestigiarlo y hasta desbaratarlo con gran eficacia fundada en buenas razones, pero no habilita para proponer en su reemplazo otro discurso jurídico que no esté sujeto a las mismas críticas.

Combinar dos o más de estas tendencias tampoco resuelve la cuestión, porque mantiene los defectos e insuficiencias de cada una y no logra compensarlos entre sí mediante una coordinación única.

De esta suerte, los juristas se parecen a niños en una calesita. Cada uno se sitúa en el caballo, el avión o el

automóvil, trata por turnos de sacar la esquiwa sortija, no desdeña a veces cambiar de vehículo con la esperanza de mejor fortuna y sospecha siempre que el dueño de la sortija la brinda a sus protegidos. Esto último seguramente es cierto, pero es claro que el derecho, como sea que se lo mire, siempre protege unos intereses en detrimento de otros. Cuando lo advertimos y lo decimos, es porque nos parece que no estamos entre los protegidos; si los intereses que se ven seriamente afectados no son los nuestros sino los ajenos, nos sentimos inclinados a afirmar que el derecho ampara a todos por igual, a costa de oscurecer el significado de "igual": por ejemplo, sosteniendo que la igualdad consiste en tratar de igual modo a los iguales y desigualmente a los desiguales y remitiendo esta distinción a parámetros valorativos que, casualmente, coinciden con nuestras expectativas.

A pesar de todo esto, todavía hay esperanzas para el derecho. El camino no pasa seguramente por la prédica de la justicia (remedio que, a falta de suficientes precisiones conceptuales, apenas sirve como placebo), sino antes que nada por la disposición de los juristas a sincerar sus actitudes, clarificar sus nomenclaturas, desmitificar su pensamiento y buscar para el derecho la revolución copernicana que lleva ya quinientos años de retraso. Si encaramos esta difícil pero indispensable tarea, podríamos distinguir mejor entre lo que un día podamos llamar una descripción del derecho y las que hayan de admitirse como técnicas argumentales para operar dentro de él. La calesita de la vida seguirá girando, pero nuestro comportamiento sobre las figuras ficticias en las que nos sentamos sería más racional y, sobre todo, las razones del otorgamiento de la sortija podrían ser mucho más claras.