

LA ESTRATEGIA DE NUESTRA ARAÑA

Una visión crítica del derecho y del rol del abogado desde perspectivas contemporáneas

CHRISTIAN COURTIS

I

Convenimos en principio la consideración del Derecho en su dimensión histórica actual desde un prisma que comprende tres aspectos: su carácter de concreta práctica social, su condición de saber, y su vehiculización como discurso. El primer aspecto es identificable como efectivo ejercicio de poder en el marco social, considerado fácticamente (tiempo y espacio); el segundo se refiere fundamentalmente a su ubicación indudable en el universo teórico cultural de la sociedad y el tercero marca su carácter relativamente autónomo y específico como herramienta relacional en ámbitos determinados.

Por supuesto que esta categorización es esquemática y arbitraria; asumimos sus límites pero queremos dejarla establecida como marco teórico que nos permita identificar y abordar críticamente facetas de la dialéctica derecho-sociedad. Dejamos en claro también que no entraremos en la determinación de qué elemento antecede o genera al resto¹, sin perjuicio de utilizar tangencialmente concepciones que surgen de las distintas posturas al respecto.

¹ Por ejemplo Foucault, M., *Histoire de la sexualité*, Paris, 1976; *La arqueología del saber*, México, 1970; *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1982; Habermas, J., *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, 1981; Luhman, N., *Sociología del derecho*, Bari, 1971.

Sentados estos tres aspectos, marcamos aquí también su interdependencia estructural y su interrelación problemática; queda claro que el ejercicio de poder institucionalizado tiene directa relación con el carácter social del saber derecho, o de su paradigmática cristalización en la ley, y que funda su aplicación en su justificación discursiva formalizada (la ley); inversamente, el saber derecho mantiene su autoridad teórica en la práctica social coactiva y en su digitalización discursiva tecnificada; y más evidentemente, la utilidad directa del discurso ley se asienta por un lado en su concreta función de racionalización lingüística de poder, y por otro en su derivación del prestigio de un saber fundado y autónomo.

Insistiremos en la identificación de cada aspecto, so riesgo de ser reiterativos: la condición de práctica social del derecho abre vinculaciones a otras formas de ejercicio del poder y, más abstractamente, al marco de la teoría del poder: el poder del derecho (puntualmente, el poder de criminalizar a un individuo frente a determinada conducta, el de desalojar a ocupantes de un predio ajeno, el de exigir compensaciones pecuniaras frente a ciertos hechos, y en forma más genérica, el poder de predeterminar conductas y su anverso, el poder configurador) mantendrá continuidades y rupturas con otras formas de poder (económico, político, poder inductivo de los medios masivos de comunicación, poder religioso, etc.), se adherirá, superpondrá, potenciará o contradirá con ellos.

La condición de saber del derecho nos situará en el plano de los saberes sociales, y por ello nos hemos cuidado de no catalogarlo como ciencia dado el carácter altamente problemático de esta conceptualización. Dentro del universo de saberes autónomos legitimados, deslegitimados o en vías de legitimación podemos pensar en ciertos hilos comunes, ciertos criterios que funden la uniformación de determinados conceptos vinculados de una u otra manera en una categoría vertebrada.

No cabe duda que la ciencia o las distintas ciencias comparten esa categoría (sin decir con ello que exista una relación pacífica entre ellas), pudiendo verificarse en forma clara oposiciones, conflictos, luchas de espacio, gradaciones en cuanto a la legitimidad de cada ciencia, apelaciones a fundamentos de otras ciencias, o remisiones a principios de coherencia interna o a la autoridad funcional de los resultados. Tenemos entonces ciencias duras y ciencias blandas, ciencias empíricas y ciencias especulativas, ciencias natura-

les y ciencias sociales, aun en el campo de las ciencias sociales, ciencias de mayor legitimación y ciencias que bregan por su propio espacio, ciencias autosuficientes y técnicas subsidiarias, ciencias morales y ciencias prácticas. El derecho también participa en la búsqueda de imposición de su propio lugar en esta dinámica contienda², pero sin entrar en la discusión podemos convenir el hecho de su autonomía y prestigio teórico, verificable en la existencia de su propio espacio académico, su propia agencia de reproducción ideológica (la facultad), su propia autosuficiencia bibliográfica, etcétera. Sin embargo, sin considerar las razones de este prestigio o categorización, que coloca a las ciencias y al derecho en un plano teórico privilegiado, no podemos negar la existencia de otros saberes sociales subvaluados, como la técnica, la teología, la magia, la astrología, la parapsicología. La historia de las ciencias nos cuenta de la relatividad de estas posiciones; entre los innumerables ejemplos podemos citar el ascenso de la química desde su origen mágico en la alquimia, o el descenso de la escritura, desde categoría científica privilegiada (personificada en el prestigio del escriba) a técnica común y generalizada. Otro caso en disputa actual es el del carácter del psicoanálisis, y más genéricamente de la psicología, a la que con cierta prudencia podemos calificar de disciplina científica en-ascenso. Este abstruso panorama nos muestra el carácter problemático de la categorización del conocimiento, del cual indudablemente participa el derecho y que abre puertas a elementos de juicio disímiles, desde la historia de su ubicación relativa en el mundo de los saberes, hasta la contrastación de su estructura teórica con marcos lógicos y epistemológicos, pasando por la lectura concreta de los factores de poder que prestigian la disciplina, o el seguimiento de la historia de la construcción de su autonomía³.

Todo esto nos remitiría a tendencias actuales de filosofía que estudian la historia de la verdad, la estructura del conocimiento, la evolución y actualidad de los conceptos de ciencia y saber, etcétera⁴.

² Es particularmente útil para ello consultar Zuleta Puceiro, E., *Teoría del derecho. Una introducción crítica*, Bs. As., 1987, capítulos I y II.

³ Zuleta Puceiro, *Teoría del derecho*, cap. II.

⁴ Por ejemplo, los clásicos Kuhn, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, 1962; Feyerabend, P., *Contra el método*, Barcelona, 1974; Vernant, J. P., *Los orígenes del pensamiento griego*, Bs. As., 1980.

Pero bajando al plano en el que nos pusimos de acuerdo, en una Facultad de Derecho se estudia, o un jurista, juez o abogado sabe algo que otras ramas del conocimiento no proporcionan. La tercera condición que señalamos es la discursiva. Ella abre planos de estudio que ligan al derecho al conocimiento de qué es un discurso en principio, y a sus relaciones con otras formas de discurso como el discurso sociológico, matemático, filosófico, el discurso poético, el discurso mágico, el discurso prescriptivo militar, el discurso de los medios masivos de comunicación. Para ello son necesarios enfoques de filosofía analítica, de lógica, de lingüística y de semiología; entre otros problemas nos enfrentaremos a determinar en qué consiste el discurso jurídico, cuáles son sus reglas genéricas, cómo se establece el sentido del discurso jurídico, cómo se plantean los alcances de sus enunciados, si sus afirmaciones poseen facticidad, cuáles son las funciones de ese discurso, cuál es su significado social, etcétera.

Señalaremos sumariamente dos facetas del discurso jurídico. La primera, que podríamos denominar discurso jurídico teórico, es aquella que estructura y expresa el conocimiento jurídico en su tarea de justificación doctrinaria del derecho. Sencillamente se trataría de aquel discurso que nos permite advertir leyendo cualquier párrafo si estamos frente a un texto de derecho o no. Este discurso no se agota en el comentario de la ley; incluye también todo el aparato teórico de fundamentación de derecho, la teorización acerca de los principios de derecho, la autonomización de las distintas ramas del derecho, las categorizaciones de bien jurídico, bien común, valor justicia, equidad, buena fe, proceso contradictorio, jerarquía normativa, subordinación laboral, normas de *ius cogens*, delito doloso, antijuridicidad, normas exorbitantes de derecho administrativo, etcétera.

La segunda faceta, que denominaremos discurso jurídico práctico, se refiere a las técnicas de formulación discursiva de la ley, y a los canales discursivos que vinculan a los jueces, abogados y demás funcionarios de la tarea institucionalizada de administración de justicia. Así, constituirían esta faceta la ley en sentido amplísimo, las demandas, reconvencciones, peticiones, recursos, audiencias, proveídos, dictámenes, cédulas, denegaciones, oficios, acusaciones, sentencias. Digamos que si bien estas facetas son diferenciables, están vinculadas indudablemente de modo que en innumerables ocasiones sus contenidos se remiten mutuamente como forma de validación. Agreguemos que todo

lo dicho no se refiere exclusivamente al discurso escrito, sino que comprende a cualquier otra forma de expresión del derecho (oral, lumínica, gestual, física, etcétera).

Recapitulando lo dicho hasta ahora, la consideración de estos tres aspectos del derecho (poder, saber, discurso), vinculada en cierta medida a los estudios de la teoría de la sociedad desde ejes pragmáticos, semánticos y sintácticos, respectivamente, definirá cierto marco teórico que estimamos particularmente fértil en el estudio de las consecuencias reales del fenómeno jurídico. Sugeriremos aquí que la tensión dialéctica entre estos elementos determinará en gran medida la alineación del derecho con la estructura económica y sociopolítica de una sociedad.

II

Recogiendo una de las líneas de búsqueda planteadas, enfoquemos nuestra atención al derecho como saber. Sin pretender exhaustividad en el análisis, queremos marcar pautas que definan los vínculos tendidos por el derecho con otros saberes y establecer algunos matices diferenciales que funden su pretensión de autosuficiencia teórica.

En principio, la historia de las relaciones del derecho con otros saberes nos llama la atención en un sentido bien definido. En el cuadro de pugna de saberes que hemos descrito anteriormente, el derecho se ha caracterizado especialmente por trabar contacto en cada contexto histórico con los respectivos saberes legitimados, fagocitando elementos discursivos provenientes de ellos e instalándolos dentro de su propio discurso. Este proceso no puede ser calificado como de síntesis, ya que se produce en términos de asimetría, manifestándose esta discontinuidad habitualmente en la satisfacción del jurista por la codificación de un nuevo objeto o la creación de una nueva rama del derecho, y la insatisfacción de los representantes del saber invadido, bajo argumentos de parcialización, simplificación y transcodificación de sus enunciados. Gráficamente, podríamos decir que el derecho pegatina o embadurna términos novedosos o espectaculares provenientes de otros saberes para abrir nuevos espacios en su propio ámbito. Lo dicho se ha verificado con la teología, la lógica, la filosofía, la ciencia antropológica, la geología, la ciencia económica, el urbanismo, la psiquiatría, la comunicación masiva, y en la actuali-

dad observamos la toma de nuevos campos como la ingeniería genética, la tecnología aeroespacial y la informática. Destaquemos que este comportamiento de pulpo no es estático: el derecho succiona superficialmente los logros de otros saberes en su momento de auge, pero los abandona cuando sobreviene la deslegitimación teórica de esos saberes, en busca del nuevo saber legitimado. Podemos citar el ejemplo clásico de la antropología positivista etnocéntrica, que dio fundamento al derecho penal peligrosista, pero que cayó en desgracia teórica fue rápidamente olvidada, por lo menos en el discurso oficial, en la búsqueda del paradigma de la autodeterminación representado por las tendencias existencialistas, fenomenológicas y neoristotélicas de la segunda posguerra⁵.

Frente a estas observaciones, creemos necesario reconstruir cuidadosamente el mito del derecho como saber inmóvil o inmovilizado, anclado a su origen en el derecho romano y a su idilio con la teología medieval, almidonado con una cáscara apenas inercial. A esta imagen oponemos nuestra descripción voyeurística del vampirismo del derecho, que se relegitima mediante el alimento que le proporcionan los saberes en su esplendor y la búsqueda constante de estas presas, abandonando en el camino los despojos de las disciplinas que ya no sirven. Desde esta perspectiva, podemos hablar del carácter parasitario del derecho como saber respecto de los otros saberes legitimados, y sugerir el reemplazo de la metáfora hidrológica de las fuentes del derecho, en las que origen e impulso lo anteceden y le dan vigencia intemporal, por la de bocas de alimentación del derecho, que necesariamente lo suceden y lo obligan a buscar sustento proyectualmente, dependiendo entonces de la alineación de saberes parciales de un contexto histórico cultural determinado. Ello nos ayuda a explicar la voracidad actual del derecho en la búsqueda de nuevos campos de invasión: cuando el paradigma cultural de una etapa histórica estuvo casi omnímodamente dominado por un único tipo de saber —v.gr., la teología—, el derecho no precisó mayor esfuerzo para montarse sobre el fundamento de verdad en auge, transvasando contenidos y basamentos⁶. Por el con-

⁵ Proceso claramente explicado por Zaffaroni, E. R., *En busca de las penas perdidas*, Bs. As., 1989.

⁶ Esta imagen, aunque no constituye la tesis central de esas obras, surge de las descripciones clásicas de Mondolfo, R., *Historia de la Univer-*

trario, el quiebre de criterios de verdad únicos, la laicización y ascendiente criticidad del conocimiento obligan al derecho a multiplicarse en su afán de relegitimación y conservación de su espacio autónomo. Frente a la actual ruptura de un concepto unívoco de verdad en favor de una multiplicidad de verdades localizadas, la estructura porosa del derecho como saber extiende sus límites de manera de abarcar la mayor cantidad posible de disciplinas de las cuales extraer materia para su propia reafirmación. Sorprende comprobar el parecido de ese carácter de saber lábil, vacío casi de un espacio absolutamente propio fuera de la formulación de la ley, bien que constantemente construyendo su propio espacio mediante agregaciones y abandonos, cohabitaciones y desestimaciones, con el modelo de pensamiento propuesto por pensadores contemporáneos ante el desechamiento de las grandes síntesis de la modernidad. Marquemos como paradoja el indistinto abordaje de saberes originados en paradigmas contradictorios (autonomía de la voluntad, reflejo de la economía política clásica-fijación de mínimos inderogables, provenientes del discurso crítico; retribucionismo penal-utilitarismo preventivo especial-utilitarismo preventivo general-utilitarismo sistémico) sin siquiera causar mella en su estructura y coherencia teórica. No podemos hablar entonces de síntesis dialéctica, sino de reversibilidad de los opuestos dentro de una amalgama conjunta, gelatinosa: nos hallamos en un terreno convergente a la teoría del simulacro, a la incapacidad de deslindar entre modelo y reproducción⁷.

III

Llegado a este punto, estableceremos una sumaria y provisional evaluación de lo dicho. Sentada la continuidad temporal de los procesos mencionados y el carácter dinámico de la interrelación de saberes, nos parece conveniente abordar el análisis del panorama consignado desde el plano estratégico. Con este enfoque, volvemos a sorprendernos

idad de Bologna", apéndice de "Problemas de cultura y educación". Bs. As., 1952; y Durkheim, E., *Historia de la educación y de la pedagogía*, Madrid, s/f.

⁷ Deleuze, G., *Lógica y sentido*, Madrid, 1982; Rinow, Puebla, 1983; Derrida, J., *De la gramatología*, Bs. As., 1971; Vattimo, *El fin de la modernidad*, Barcelona, 1986.

al descubrir que la estrategia del saber derecho es esencialmente similar a la estrategia del poder: se trata continuamente de evitar la confrontación, de alzarse a los triunfadores de turno, de incorporar cualquier tipo de manifestación novedosa que pueda poner en peligro o siquiera ensombrecer su existencia, de desdibujar la actitud contestataria mediante la oficialización, la trivialización, la banalización, de sofisticar lo marginal, lo *underground*, de tentar la radicalización con la moda, con el reconocimiento por parte del *establishment*, de dar cabida a toda actitud distinta, todo ello a cambio del sacrificio de la potencialidad cuestionadora. Tender su tela de araña, insinuar, aceptar, desdinamizar para autoafirmarse. Convengamos que elementos de seducción no le faltan: veinticinco siglos de historia, prestigio y distinción, incesante flirteo con el poder, un cierto clasicismo, supervivencia a cuanto cambio revolucionario se haya producido, tratarse de ruptura de formas de gobierno, de modo de producción, de fundamento político o de cualquier otra contingencia, hacen del derecho una presa por demás deseable. Relevemos entonces esta coincidencia: la estrategia del poder en el campo de la política y la del derecho en el campo del saber son paralelas. Pero si entre derecho y poder existe continuidad en el plano estratégico, no sucede lo mismo con respecto a los demás saberes. La estrategia de los otros saberes, en especial de las distintas ciencias, se ha caracterizado por delimitar obsesivamente su objeto, encerrarse, reafirmar su campo especificándolo, superespecializarse, crecer intensivamente y, como forma básica de relación con los otros saberes, confrontar sus resultados, sus enunciados, sus modelos explicativos, sus predicciones. El crecimiento de unas disciplinas en desmedro de otras, o su hundimiento y desaparición, se han debido al resultado de estas confrontaciones, a la evidencia del producto de unas frente a la debilidad del de las otras en el marco de la estrategia de matar o morir. Teología vs. paganismo, método científico vs. dogmatismo religioso, ciencias positivas vs. metafísica, ciencias naturales vs. ciencias sociales, dan cuenta de este fenómeno. Por el contrario, la estrategia del derecho ha consistido en la apertura de su objeto, en la constante búsqueda e invasión de nuevos campos, en la concreción de nuevos segmentos de contacto, en el crecimiento extensivo, en la reafirmación de su espacio, agrandándolo y, en su faz relacional, en la concertación constante, en la ausencia de confrontaciones. Creemos que a ello se debe su sorprendente vigencia, su prolongada vitalidad.

IV

Retomando lo expuesto acerca de la tensión dialéctica entre las facetas del derecho, creemos que esta noción está fundamentalmente ligada a la mencionada estrategia del derecho como saber. El éxito de esta estrategia tiene profunda relación con los mecanismos discursivos que el derecho implementa para fundar su existencia y jerarquía teórica. Creemos que no sería concebible la increíble persistencia descripta, relativamente indemne de deterioro y deslegitimación, sin un sistema discursivo autónomo lo suficientemente cerrado y selectivo como para distorsionar en forma efectiva los datos de realidad que le toque recibir y crear de ese modo un reflejo troquelado, una maqueta parareal de carácter "jurídico". Que es como veremos lo que sucede con el derecho como discurso.

Distinguimos con anterioridad un discurso jurídico teórico y uno práctico. Sobre el primero, el acopio de trabajos críticos es considerable, sustentándose el ataque desde una gran variedad de perspectivas, entre ellas la analítica, la sociológica, la acusación de reflejo superestructural, la crítica epistemológica, la psicoanalítica, etcétera. Así, se ha dicho que el discurso jurídico teórico carece de objeto consistente, pues se trata únicamente de la apología o el rechazo ideológico de los términos de la ley y de construcciones racionalizadoras que completan esa posición. Por ejemplo, la teoría de las obligaciones o la teoría general de los derechos reales pasarían a ser abstracciones absurdas si desaparecieran las normas que les dan sustento. Su objeto no tendría existencia real, ya que su carácter es sólo convencional, y la teoría jurídica consistiría en una convención sobre otra convención, lo que desvirtuaría su carácter científico. Lo mismo puede decirse de la crítica que deslegitima al derecho penal y al discurso jurídico penal. En última instancia, el discurso jurídico consistiría en la racionalización teórica de un argumento de autoridad.

Desde otro punto de vista, se ha criticado duramente al derecho en su aspecto de discurso jurídico teórico por su persistente tendencia a negar términos definidos socialmente mediante la creación de conceptos "jurídico," que desnaturalizan su uso corriente. Las distintas ramas del derecho muestran una desbordante inflación de este tipo de conceptos: existen definiciones "jurídicas" de persona, conducta,

culpabilidad, locura, discernimiento, voluntad, trabajo, etcétera. Estas construcciones provocan graves dificultades en la interpretación de la ley, que asume muchas veces un sentido críptico indescribible para el lego.

Estos breves ejemplos se completan con el amplio panorama de crítica al derecho. Para no incurrir en reiteraciones, consignamos bibliografía al respecto, a la cual remitimos².

Pero no es éste el aspecto que más nos interesa en este trabajo. Nuestra atención se dirigirá especialmente hacia el que denominamos discurso jurídico práctico, sobre el cual la cantidad de trabajos de investigación es menor. Concretamente comenzaremos analizando la actividad motora de la administración de justicia, es decir, el proceso.

No es difícil imaginar el proceso judicial como un diálogo. Pero asumida esta metáfora, cabe cuestionarse acerca de los sujetos del diálogo, su objeto, el lenguaje utilizado, el contexto en el que se produce, las reglas que lo rigen, la situación de jerarquía entre los sujetos. Abordaremos en principio el análisis de un proceso contradictorio, no inquisitivo, para después poner ejemplos de otros casos. En este marco, diremos en primer término que hay un problema que contrapone a dos partes. Frente a este hecho se incorpora un tercero que decidirá el conflicto. El tercero, denominado juez, se interpone entre las partes de modo que la comunicación entre los actores originales del problema pasa necesariamente por el juez y que ellos no pueden escucharse directamente. Agreguemos ahora otro nivel de análisis. Ya no se trata de partes que de algún modo participaron del problema y que hablan directamente con el juez e indirectamente entre sí, sino de sujetos originarios del problema, acontecido en el plano social, que a su vez transmiten información a sus respectivos abogados, encargados finalmente de dirigirse al juez. Dibujemos planos de continuidad: la dupla sujeto originario-abogado corresponde al mismo bando, su posición será fluida, continua; por otro lado los sujetos originarios comparten el contexto en el cual se

² Zuleta Puceiro, op. cit., cap. III; Novoa Monreal, E., *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, 1981; *Elementos para una crítica y desmitificación de derecho*, Bs. As., 1985; Pettoello Mantovani, L., *Il solere problematico della scienza penalistica*, Milano, 1963; *Contro dogmi ed empirismi*, Milano, 1983; Fernando Coelho, L., *Teoria crítica do direito*, Curitiba, 1987; Warat, L. A., *A pureza do poder. Uma análise crítica de teoria jurídica*, Florianópolis, 1983; AAVV, *El discurso jurídico*, Bs. As., 1982.

produjo el problema, y abogados y juez comparten el contexto en el cual se comunican. Afinando más esta idea, los sujetos originarios suscitan una controversia en un ámbito informal de comunicación: lo que les sucede (un choque, la falta de pago, el daño a un bien, un despido, la publicación de una nota que divulga intimidades, etc.) acontece en la vida social, es verificable fácticamente, y no se produce en forma lagunaria o aislada, sino que se da dentro de un entramado de estrecha interconexión de conductas, omisiones, sobreentendidos, gestos simbólicos, fallas de comunicación, contraposiciones, etcétera. El choque o la falta de pago no pueden ser separados del contexto en el cual se produjeron, no existen cualidades extraordinarias que los relevan entre los demás hechos que los anteceden o suceden. Es cierto que existen algunos actos programados específicamente como actos formalizados (los llamados actos jurídicos: un contrato, la firma de un pagaré), pero la pertinencia de estos actos a un código específico no les quita su significado informal, es decir, por más que demos a ciertos actos un carácter formal, ellos no dejan de ser hechos sociales enlazados por un ámbito comunicativo informal. Por supuesto que estos dos sujetos originarios están capacitados para discutir sobre el problema suscitado, dando cada uno su parecer y fundándolo en razones de la más diversa índole, pero no nos interesa aquí el potencial contenido de su diálogo, sino el hecho de compartir un canal común, el lenguaje cotidiano.

Por otro lado, el canal que comparten ambos abogados y el juez es el que denominamos discurso jurídico práctico. Se trata de un conjunto de reglas coordinadas que constituye un código, o si se prefiere un metacódigo formalizado; digamos que en la capacidad de hablarlo y en la habilitación para hacerlo reside el saber del juez y de los abogados. De algún modo, sea de forma mediata o inmediata, este metacódigo también habla de hechos de la realidad social, de hechos estructurados informalmente. Sin embargo, la forma en la que este metacódigo recibe estos hechos es bastante particular: este discurso selecciona hechos sociales que le parecen relevantes, descontextualizándolos, y los incorpora como disparadores de sus mecanismos dialógicos. La norma aísla un hecho del contexto en el que se produce, olvidando la red de vínculos, la trama en la cual aquí se desenlaza. Tenemos entonces por un lado una realidad social compleja, contradictoria, integrada por múltiples subsistemas, por infinidad de relaciones entre los hechos; y por otro

lado, un esquema muy simple que reproduce fragmentariamente algunos hechos, pero que omite las relaciones que dan contexto a los hechos seleccionados. Para operar en el segundo plano hay que ingresar con los hechos que servirán de llave, para reproducir así maquetariamente el problema suscitado en el primer plano. Se trata entonces de una realidad frente a un simulacro o imitación simplificada de la realidad. Los operadores autorizados a hablar en el segundo sistema mediante el conjunto de reglas sintácticas definidas para darle coherencia serán los abogados y el juez, pero el material proveniente del primer sistema es aportado por los sujetos originarios. Es decir que el abogado actúa como traductor de un relato que se suscita en el primer ámbito, seleccionando los términos traducibles al segundo esquema y desechando todo el resto. Sólo los hechos que recoge el segundo sistema subsisten; el resto no es traducible porque no tiene correlato en él. Evidentemente con el abandono de la mayor parte de los hechos relatados por los sujetos originarios, los errores de traducción son considerables. La simplicidad del segundo esquema obliga a reacomodar y recontextualizar los pocos datos que se filtran; en él estos datos toman un nuevo significado, se resemantizan. Podemos comparar este diagrama con el sugerido por Paul Watzlawick, Janet H. Beavin y Don Jackson en su *Teoría de la comunicación humana*⁹, acerca de las relaciones entre comunicación analógica y digital. Estos autores describen diferentes modos de comunicación entre los seres humanos: la analógica, referida a toda forma no lingüística de informar algo, caracterizada por cierta semejanza autoexplicativa del significante utilizado con respecto a su significado, y representada por los movimientos corporales, la postura, los gestos, la inflexión de la voz, el dibujo, la comunicación indicial, etc.; y la digital, en la cual se utiliza la palabra como símbolo exclusivo, y que se caracteriza por la arbitrariedad del significante con respecto al significado. Como dijimos, este modo de información está representado por la comunicación lingüística, tanto en su faceta oral como en la escrita. Tomando un ejemplo de esta obra: si escuchamos un programa radial en un idioma que no conocemos, es

⁹ P. Watzlawick, P. - Beavin J. H. - Jackson, D. D., *Teoría de la comunicación humana*, Bs. As., 1971; Bateson, G. - Jackson, D. D., *Some varieties of pathogenic organization*, en "Disorders of mental communication", Palo Alto, 1964.

difícil que entendamos algo; por el contrario, si un hablante de otra lengua intenta expresar gestualmente o por medio de un dibujo un mensaje determinado, es más probable que descubramos qué nos quiere decir. Después de analizar las cualidades de los dos modos descriptos, estos autores se dedican a estudiar los errores de traducción entre material analógico y digital. Dada la naturaleza sustancialmente distinta de este material, debida a los diferentes grados de complejidad de los sistemas y a las marcadas diferencias de morfología y sintaxis verificables en ambos, se producen traspolaciones antitéticas en el paso de la información expresada por un sistema a otro sistema. Por ejemplo, la sonrisa puede ser interpretada como aprobación o como señal de sarcasmo, un regalo como demostración de afecto o como reconocimiento de culpas, la reticencia como muestra de discreción para no dejar pasar una oportunidad o como indiferencia. Estos errores de traducción hacen que un mensaje transmitido de acuerdo con uno de los sistemas sea distorsionado o aun interpretado en forma opuesta al pasar al otro sistema.

Análogamente, cuando el derecho "digitaliza" material proveniente de la realidad social, de hecho está reclasificando material que se origina en un contexto ajeno al legalmente codificado. Su significado en el ámbito formalizado de la ley es codificado, apostillado, contrariado, minimizado o sobreestimado, en suma, es alienado de su contenido original, por lo cual el problema definido en términos jurídicos tiene poco que ver con el problema real. Desde esta perspectiva, el rol de traductor del abogado de material producido en ámbitos de comunicación informal a material codificado según la formalización jurídica está casi siempre condenado al fracaso, y podríamos decir que su único fundamento es el aseguramiento efectivo de que existan problemas "específicamente jurídicos", cosa que asegurará la subsistencia y autodeterminación del derecho. Por ello el abogado es más un técnico que un científico; su labor tiene relación más estrecha con la de un traductor o un contador que con la de un sociólogo o un antropólogo. Quede claro que la referencia a los modos de comunicación digital y analógico la hacemos sólo a tenor de comparación; no estamos diciendo que la realidad social se expresa por canales analógicos o que el derecho lo haga en forma digital.

En el marco de esta comparación, toman sentido muchos datos que acostumbran a considerarse "desviados" o productos de "disfunciones" del modelo jurídico. La sola

noción de discusión de dos polos, en los que cada abogado sostiene afirmaciones contradictorias con las del oponente, hacen abandonar cualquier ilusión de justicia, según el modelo racionalista, ya que por lo menos uno de ellos no defiende la verdad. Sumemos a esto el esquema que describimos: selección de datos reales descontextualizados, discusión del problema entre el juez y abogados sobre estos datos descontextualizados, con la consecuente desnaturalización del problema que se pretende está en juego, codificación de un discurso hermético que pone en práctica el proceso de marraz. Esta codificación ofrece aspectos que merecen ser analizados: si acudimos al origen histórico del rol del abogado en su dimensión actual, tal cual lo explica Michel Foucault en *La verdad y las formas jurídicas*¹², veremos que justamente era el encargado de pronunciar ciertas fórmulas mágicas que permitían el desarrollo del proceso, de modo tal que el abogado suplía en este campo el desconocimiento del latín o de otros requisitos formales por parte del sujeto originario del conflicto. Ello nos remite al valor ritual de las formas en el ámbito del derecho: la sacralización del procedimiento escrito, el respeto de símbolos de poder (o de falso poder) tales como las denominaciones que caracterizan a los jueces ("Vuestra Excelencia", "Vuestra Señoría"), el propio lenguaje de la ley, no casualmente redactada por abogados que desempeñan la función política, son muestras cabales de la gran vinculación del discurso jurídico con el lenguaje mágico y esotérico. Gran relación con este campo tiene el tema clásico de discusión acerca del contraste entre "verdad formal" y "verdad material": la actitud de aquellos que propugnan la flexibilización de las decisiones judiciales con base en la evidencia material podría leerse a la luz de nuestra proposición como el esfuerzo por incorporar al proceso, material proveniente de la realidad social que no fue digitalizado por el discurso jurídico. La "verdad formal" corresponde al resultado descontextualizado de las diferentes traducciones de un ámbito a otro, de todos los recortes formales que se efectuaron sobre el problema original. La "verdad material" es toda aquella realidad evidente que quedó distorsionada o marginada por las sucesivas traducciones. Lo que sugerimos aquí es que este tipo de distorsiones no constituyen desviaciones o disfunciones, sino por el contrario constituyen un dato estructural del funciona-

¹² Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*.

miento del discurso jurídico, ya que se trata de aquella calidad que le da especificidad como discurso.

Claros ejemplos de estos procesos los brinda Jürgen Habermas, en su *Teoría de la acción comunicativa*¹¹, a la que remitimos, al hablar de los tribunales de familia y los tribunales escolares de Alemania Federal.

Pero quizás el ejemplo más contundente de estos mecanismos lo brinda el proceso penal. En estos casos, dado el procedimiento inquisitivo que caracteriza a esa institución, uno de los sujetos originarios del conflicto (la víctima) es "expropiado" por el Estado de su derecho a decidir en el problema y es reemplazado por éste en la sustanciación del proceso. La definición fragmentada y taxativa del conflicto "jurídico" (delito) borra cualquier relación con el conflicto real, y la mencionada expropiación distancia a los reales actores del conflicto, de modo que se prescinde de la voluntad de la víctima, que por ser uno de los sujetos originarios del problema es el único autorizado para decidir sobre su magnitud, sobre el grado de vulneración de sus derechos que aquél supone, y sobre la conveniencia de entablar un proceso judicial al respecto. Ello hace que el proceso penal, en lugar de constituir un sistema de solución de conflictos (aunque se trate de conflictos "jurídicos", distintos a las situaciones reales que les dieron origen), sea un claro exponente de sistemas de agravamiento de conflictos, pues al conflicto social original (que pudo no ser tal) se le agrega el conflicto jurídico entre el Estado y el presunto transgresor¹².

Vemos también ejemplos de otros campos: cuando un matrimonio quebrado acude ante un juez para tramitar su divorcio mediante un proceso voluntario y no contradictorio, lo único que está pidiendo es la traducción jurimizada de una situación de la realidad social. El derecho en este caso cuenta con nulas posibilidades de resolver el conflicto, y en el supuesto de no aceptar la disolubilidad del vínculo no hace sino negar (según términos que hemos usado antes,

¹¹ Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, 1989, t. II.

¹² Zaffaroni, ob. cit.; Baratta, A., *L'esistente e il laboratorio del diritto*, en "Dei delitti e delle pene", 1967; Christie, N., *Limits to pain*, Oxford, 1962; sumariamente Virgolini, J., *Parabó y poder, ausencias y presencias en la escena del proceso*, en "Revista de la Agrupación para una Justicia democrática", Bs. As., 1987, n° 1.

marginar o recortar) el conflicto social sin digitalizarlo, con lo cual tenemos el estado jurídico corriendo por un lado y la realidad social por otro.

Lo mismo sucede en el caso de una quiebra, en el cual el antecedente social es el estado económico de imposibilidad de pago, o en una demanda de adopción, en la cual se reclama la nominación jurídica de la asunción social del rol de padre o madre por parte de quien no lo es biológicamente.

De todo ello desprendemos algunas conclusiones, entre las cuales podemos destacar la idea de retroalimentación del derecho por el empleo de su propio discurso, es decir, la afirmación de su campo específico dimensionada por la práctica de traducción de material fáctico a su propio meta-código. En este sentido diremos que el derecho es un saber autoperadigmático, en tanto su práctica discursiva genera su propio objeto de estudio; dicho de otro modo, sin derecho no hay derecho, con lo cual nos enfrentamos a una verdadera petición de principio teórica. Podemos vislumbrar también el actual fracaso de la idea de un derecho social abierto a todos los sectores, dado que la reproducción del discurso jurídico tiende a verticalizar y no a horizontalizar las relaciones de clase, ya que sectoriza el acceso a la estructura judicial en un segmento social de profesionales que se dedican económicamente al empleo de ese discurso. El mayor provecho estará dado entonces por las cuestiones de mayor peso económico, lo que nos ayuda a explicar el hecho de que la abrumadora mayoría de la legislación (salvo quizás el derecho que en el discurso es el más "democrático" y en la práctica social corresponde casi exclusivamente a las clases de menores recursos, es decir, el derecho penal) esté referida a los derechos de los propietarios. Por supuesto, esta visión no elude la lectura conflictivista del derecho como expresión ideológica de la alineación de poderes dominantes, pero contribuye a explicar la debilidad del abogado profesional como factor de cambio de la estructura social.

No queremos cerrar este trabajo sin esbozar una hipótesis más arriesgada que ya hemos sugerido, pero que creemos que cobra cuerpo con el desarrollo hecho en el último tramo: la tensión entre el derecho como discurso y el derecho como saber está esencialmente puntuada por el reaseguro garantizador que constituye el discurso jurídico desde su estructura hermética impermeable, de-creadora de la realidad social y re-creadora de una realidad jurídica, para la au-

tonomía y persistencia teórica del derecho como saber. Y esto es importante porque como hemos dicho, la labor cotidiana del abogado y del juez constituye la sustancia retroalimentante del propio espacio teórico del saber jurídico. Quizás esta constante interconexión entre teoría y praxis, entre discurso y saber puedan explicar la inmovible subsistencia del derecho pese a su denunciada impermeabilización frente a los hechos de la realidad social.