

MAS ABOGADOS..... Y DISTINTOS

Mario Paganini

Nada, que no fue, ha mutado. Paolo Virno - "El recuerdo del presente"

No es nada nuevo que diga que existe una expansión subjetiva de derechos y una proliferación de “derechos a....” (educación, salud, a la imagen, desarrollo, información, etc.) que amplían la personalidad de los sujetos. Como no es ninguna primicia no se contará la evolución del derecho pero para llegar a lo que quiere decir este artículo, es necesario mencionar ciertos puntos, aunque sin desarrollarlos porque sería como servir puré recalentado a comensales iniciados.

I

1- La cantidad de normas jurídicas ya se había incrementado en el Estado Keynesiano debido al intervencionismo estatal. Intervencionismo significa que el derecho se introduce en lo material y se convierte en instrumento de realización política, sirviendo de medio para el propósito de “lo social” con el Estado Benefactor.

Los problemas del industrialismo¹ dieron la oportunidad para el reconocimiento de que la libertad jurídica de hacer u omitir carece de valor sin libertad fáctica. Por eso la materialización es el reapoderamiento² de esferas que habían sido reservadas a la autonomía privada. Con el intervencionismo ese ámbito pasaba a ser tema de las actividades del estado³, lo que no quiere decir que la no regulación anterior hubiera sido apolítica. En definitiva, sea que los objetos o materia se dejen sueltos de regulación y sujetos solo a la relación causal, o sea que se los procese mediante reglas sociales, siempre es un tema político.

Así, el aumento de materias, actividades y comportamientos regulados llevó a un incremento de reglas⁴, proliferando la producción legislativa y las decisiones

¹ Según Deleuze G. y Guattari F., "Mil mesetas", Pre-textos, Valencia 2004, 470, en el capitalismo el capital constante crece proporcionalmente.....se hace cada vez más material en el que el hombre ya ni siquiera representa un capital variable de sujeción, sino un puro elemento de esclavitud maquina. Por esta razón el derecho intensifica su vinculación con la materialidad.

² Pierre Bourdieu - Gunther Teubner - "La fuerza del derecho" - Edit. Uniandes – Colombia, p. 99

³ Habermas, J. "Facticidad y validez", Trotta, Madrid 1998.p.485

⁴ Faria, J. "El derecho en la economía globalizada", Trotta, Madrid 2001. P. 100

administrativas. La vida privada está protegida por el principio de lo que no está prohibido está permitido, creando con ello un amplio espacio librado a la voluntad individual, pero cuando el Estado interviene en ese campo, debe estar autorizado, generando allí numerosas normas. Se produjo lo que se llamó "juridificación"⁵ o "sobrejuridicación", términos más amplios que "inflación legislativa" porque abarcan el fenómeno de la explosión de los juicios. Pero también la judicialización de la política porque si el intervencionismo finalista debe conseguir resultados, su diligencia y eficacia ahora es juzgada. Lo curioso es que, del otro lado de la medalla, como la legitimidad encuentra un nuevo criterio en la performance, termina por tensionar la relación del ejecutivo con la ley ya que ésta le pondría límites a la diligencia requerida. Por consiguiente, la organización judicial no puede escapar ni a la ponderación de la eficacia ni al cuestionamiento de la ley.

Siendo así, los métodos de investigación jurídica se deslizan desde la formalidad y abstracción hacia métodos de análisis de política social. Esto significa que los valores políticos, económicos, sociales y morales se construyen dentro del orden jurídico⁶. Pero en ese terreno necesita de las disciplinas sociales (p.e.economía, sociología, etc.) y aún de las ciencias duras⁷ (son conocidos los problemas que originan la ingeniería genética y la manipulación biológica). De allí que para responder al mundo material, el sistema jurídico tiene que multiplicar sus especializaciones ya que los subsistemas sociales estudiados y creados por las diversas disciplinas, se autorregulan con sus propios criterios y técnicas que definen la tolerancia objetiva de la regulación jurídica. El derecho podrá ser eficaz si mediante las ciencias conoce los límites y las posibilidades del manejo de los subsistemas.

2- A finales de la década del 970 comenzó una tendencia negativa al intervencionismo. Se lo acusó de burocratización y anquilosamiento, de disfunciones, incongruencias y contradicciones acumuladas que conducían a los límites de la eficacia del derecho. La pregonada "ingobernabilidad de las

⁵ El término nació en Alemania con la República de Weimar.

⁶ Eriksson, Lars, "Tendencias conflictivas en el derecho moderno", en Aarnio Aulis, "La normatividad del derecho", Gedisa, Barcelona 1997, ps. 114 y ss. 114

⁷ Luhmann, N. en "Sistema jurídico y dogmática jurídica", Centro de estudios constitucionales, Madrid 1983, p. 117., dice que la teoría sociológica más los complejos teóricos interdisciplinarios, crean nuevas exigencias a los juristas. El jurista debe confrontar sus conocimientos con estos otros saberes. No puede conocer ni regular conductas si no recibe o absorbe conocimientos de esas ciencias.

sociedades” (v: párrafo II) encuentra su fundamento teórico en el “trilema regulatorio” de Teubner⁸ porque las normas: 1- o son irrelevantes y por tanto ignoradas porque existe indiferencia entre derecho y sociedad, 2- o producen efectos desagregadores en la sociedad debido a la tentativa de colonización por las leyes; 3- o multiplican las tensiones antinómicas en el interior del sistema jurídico desintegrándose el derecho en la sociedad. En esa situación, ningún sistema puede dirigir la totalidad de la sociedad, hiriendo la aspiración del derecho ya que no puede intervenir en la dinámica de otros sistemas autónomos. Se afirma que su actuación es disfuncional agravando procesos y provocando desajustes en el equilibrio social. Los gobiernos han jugado a ser dioses y han fracasado.

II

1- En realidad el cuestionamiento del intervencionismo, del carácter político de los bienes sociales y de la responsabilidad del Estado, poco respondió al incremento de las demandas sociales y mucho invocando abuso y perversión por el exceso. Coincidimos con D. Anisi⁹ y J.R. Capella¹⁰ que en el convulsionado 1968 los jóvenes querían algo más de lo conseguido por sus padres en la pos-segunda guerra. Se les dijo “basta” fundados en el discurso de la ingobernabilidad de las democracias (*La Crisis de la democracia. Informe sobre la gobernabilidad de las democracias* - Crozier, Huntington y Watanuki). Después de un retorno al individualismo, se fragmenta el derecho porque se postula la “sociedad de organizaciones”. Si bien esta postura puede coincidir con nuestro mundo contemporáneo, es necesario tener cuidado porque se la utiliza para desligar a ciertos sectores de la política excluyendo el poder del Estado nacional. En ese sentido, se dice que el Estado no puede ser un “Leviatán” ni un “Preceptor” (welfare state) porque ambos han fracasado. Entonces partiendo del supuesto de la crisis del Estado Benefactor, sustituyen Gobierno por Gobernanza, instrumento milagroso¹¹ que remplazará lo consagrado por la filosofía política y jurídica de los siglos XVII al XX. Significa tecnificar mediante expertos la administración de la sociedad pero redireccionando su gobierno en función de decisiones e intereses de actores

⁸ Teubner, G. “Droit et réflexivité”, LGDJ-BRUYLANT, París 1996, PS.73, 81

⁹ “Trabajar con red”, Alianza, Madrid 1996, ps.13 y ss

¹⁰ “Fruta prohibida”, Trotta, Madrid 1997, ps. 233.

¹¹ Terré, Dominique, “Les questions morales du droit”, PUF, Paris 2007, 23

sociales (empresas, asociaciones, grupos de interés, etc.)¹². El Estado Nacional debe perder soberanía para que los subsistemas, económicos y culturales, se expandan en diversos territorios escapando a la jurisdicción de los Gobiernos¹³. Luhmann sostiene que cada dominio a regular es portador de un punto de vista normativo a partir del cual se adapta al cambio con el ambiente. Pero comete el error de considerar solo una lógica normativa en cada subsistema desconociendo los demás. Esta ceguera lo lleva a la recursividad de las teorías autorreferenciales.

Habermas¹⁴ se enoja porque se gobierna no en base a razones sino en función de poderes (recursos materiales, potencia física, etc.) y Fioravanti¹⁵ protesta porque el Estado es algo más que disputa entre sectores ya que nace de la voluntad de los individuos, entendida como composición de intereses individuales distintos, libre de todo cálculo o conveniencia privado. A. Supiot se molesta porque *“la definición del interés general ya no es privativa del Estado sino que se convierte en el producto de las relaciones de fuerza entre intereses particulares”*. Sobre la toma de conciencia de los límites de la capacidad cognitiva, Habermas se inclina por el procedimiento mediante la discusión o deliberación. Si los procedimientos superan la incertidumbre la cuestión se traslada al consentimiento de los procedimientos. Tal como se dijo, en el SXX se introdujo el concepto de eficiencia, pero ésta no puede ser a priori independiente del contexto en donde se inscriben. Debe anotarse en un contexto por ser forma de vida lo que también implica participación, la que a su vez supone capacidad de comunicación (de aquí la importancia del lenguaje¹⁶ y del diálogo).

IV

1- La cuestión es saber dónde se ubica el abogado en la situación desarrollada anteriormente. En todos los puestos que ocupen los abogados lo que hacen es

¹² De origen francés (*gouvernance*) es recibida en el mundo anglosajón a finales del XVII (*governance*) como sinónimo de ejercicio del poder, de actividad de gobierno. En los años 980 aparece en organizaciones económicas internacionales (Banco Mundial) para evitar connotaciones de tipo político, aunque esto sea una mera coartada. Desde allí funciona como un instrumento intelectual cuyo objetivo principal es suplir al poder político

¹³ Roberto Espósito - "Categorías de lo impolítico" - Edit. Katz - Buenos Aires, p.30 y ss

¹⁴ Habermas, ob.cit. 413y ss, 422 y ss

¹⁵ Fioravanti, M. "Los derechos fundamentales", Trotta, Madrid, 2003 , p.50.

¹⁶ Paolo Virno - "Cuando el verbo se hace carne" - Edit. Tinta limón - Bs. As. Argentina. P. 90, 130 ss

reconocer el derecho. Lo que a menudo pasa desapercibido (astucia del derecho?) es que se trata de un sostenimiento del ordenamiento jurídico. Revelan los derechos y las injusticias a sus clientes, manipulan las aspiraciones jurídicas, las estimulan y amplían pero también las disuaden.

El número de estos señores aumenta. De ello no hay dudas porque además de saberlo empíricamente, sea por una u otra de las posturas ya vistas, se incrementan las normas y los derechos. La cuestión es que ese aumento de reglas no lo es sólo en la cantidad sino que también hay una mutación y ampliación de las materias que abarca. Y como remate sin fin, la constitución del campo jurídico es la creación de una realidad cuya substancia es la convivencia de los humanos.

En primer lugar parece que el profesional del derecho no podrá evitar por lo menos el estudio de ciencias sociales. Descartado ya el positivismo formal y abstracto, sea por la materialización del derecho de la época del Estado intervencionista o sea por la fragmentación del derecho que responde a los subsistemas sociales que se autorregulan, o por el necesario diálogo en los modos procedimentales, deberá conocer la materia real de la sociedad, tanto para las funciones de creación de normas como para las de aplicación de reglas. La mala noticia es que la "naturaleza" no está ni dada ni asignada¹⁷, sino que se ha convertido en un producto histórico. La inclusión de la materia en la normas no les da estabilidad porque ella misma padece el proceso de socialización¹⁸.

El modelo clásico del derecho que Ost¹⁹ llama jupitariano, en forma de pirámide con derivaciones desde un solo centro, asegurado con la codificación, en donde la legalidad es condición necesaria y suficiente para la validez de la norma, ya no es exclusivo. Complicarse con otros trabajos, con distintas disciplinas porque el derecho se ha materializado sería tarea de un Hércules (no exactamente en el sentido de Dworkin), convirtiendo al jurista en ingeniero social. Pero otra mala noticia: seguramente vivirá el desengaño del trabajo inacabado porque su obra final es la libertad que tercamente se amplía a medida que se construye con libertades. Cuando consigue un espacio mayor, incrementa los medios para ir más lejos. *“Cada vez que le fue arrebatada a la naturaleza una ventaja tentadora,*

¹⁷ Ulrich Beck - "La sociedad del riesgo" - Edit. Paidós - España, Pág. 89 -

¹⁸ Latour, B. "Reensamblar los social", Manantial, Argentina 2005, p. 123 y ss

¹⁹ Ost, F. "Jupiter, Hercules, Hermès: trois modèles de juge", en "La force du droit", Esprit, Paris 1991, ps 241 y ss.

propuso inmediatamente otra u otras que conquistar."²⁰ La frustración de Sísifo lo persigue²¹. De aquí simplemente se deducen la educación e investigación permanente, espacio en el que los Colegios de Profesionales tienen su buena cuota de responsabilidad.

²⁰ Morazé, Ch. "La lógica de la historia", S.XXI, Madrid 1970, p. 126.

²¹ Virilio, P."El procedimiento silencio", Paidós, Buenos Aires, 2001