

*Felipe Fucito*

¿PODRÁ CAMBIAR LA JUSTICIA  
EN LA ARGENTINA?

Prólogo

Este trabajo está destinado a reflexionar sobre una pregunta que se formula diariamente, para intentar una respuesta un tanto distinta de la usual. Para sugerir cursos de acción, haremos un largo rodeo. En la primera parte nos preguntaremos por la actual sociedad, en los aspectos vinculados con el derecho, y luego por lo que se entiende por éste, según la concepción vernácula; seguiremos por los alumnos de derecho (que son los futuros operadores del sistema) y sus profesores; pasaremos a considerar a los jueces, luego a los abogados y, finalmente, a la administración judicial misma. Con todo ello trataremos en el último capítulo de fijar un diagnóstico que nos guíe hacia algunas propuestas sobre estos temas.

La tesis de este trabajo es que el cambio de un conjunto más o menos extenso de legislación, de códigos específicos o, incluso, de la Constitución puede modificar muy poco si las personas no están dispuestas a comprometerse con “eso que llaman derecho”. Si se parte de una concepción sociológica, como lo hace este trabajo, se debe necesariamente comenzar por la sociedad y por la cultura de los conjuntos que la componen, y no por sus epifenómenos. El derecho (suponiendo que haya uno solo, el “oficial”, lo que también podrá discutirse) es un instrumento que se puede utilizar para ciertos fines, no un elemento autónomo que se autorregula, y por ello es necesario tomarlo como una variable dependiente de otros factores.

Pensamos que hay una estrecha interrelación entre los fenómenos que pretendemos abordar. Para producir el ansiado resultado de una

administración de justicia eficiente, hace falta algo más que recursos económicos, legislación, computadoras y sistemas de gestión. Todo esto es necesario, pero no suficiente. Se requiere también analizar cómo se entiende el derecho, quién lo estudia y con qué fines, qué piensan los jueces y cómo se forman, cuáles son las mentalidades típicas de los abogados y de los profesores de derecho. Es necesario ver con algún cuidado qué justicia se quiere, para qué y para repartir cuáles derechos entre quiénes. El tema no permite compartimentos estancos ni superficialidades. Tampoco es posible una solución parcial, ya que el cambio de la justicia es, en buena medida, el cambio del país mismo.

El trabajo resume apretadamente dos décadas de estudios empíricos sobre el tema, contrarrestando la tradición nacional en este campo, que sostiene que para analizar los aspectos vinculados con el derecho, nada es mejor que una biblioteca jurídica. Así, se apelará a los resultados de investigaciones realizadas por el autor sobre los diversos grupos profesionales e instituciones jurídicas; esto evitará la especulación teórica, a la que son tan afectos los que suelen discurrir sobre estos temas. Si nos equivocamos, será por haber observado inadecuadamente, no por pensar desde la abstracción de nuestras creencias, sin salir del gabinete. Es un avance importante: el mundo del derecho todavía está lleno de los que parten del cómodo criterio del *pienso, luego existe*. Las denuncias contra esta forma especulativa de estudiarlo, de aplicarlo, de entenderlo y, por consiguiente, de enajenarlo de la realidad cotidiana, en la que pocos piensan, no han tenido mucha repercusión entre nosotros. Una de las tareas será tratar de investigar por qué.

Este trabajo está destinado a todos aquellos que se interesen por el derecho, no necesariamente alumnos de carreras jurídicas, abogados o jueces. Los fenómenos jurídicos no son patrimonio de estos grupos, teniendo en cuenta que los que mayoritariamente requieren su aplicación o sufren sus efectos son el resto de la población, más allá de que todos deban ser alcanzados por las reglas.

Sin embargo, y en cuanto cuestiona algunos modos de pensar firmemente enraizados en la concepción de los juristas, su lectura podría servir como un incentivo crítico para aquéllos, aunque no se compartieran sus conclusiones.

No se trata de una obra técnica, sino de reflexión. Tratados y manuales de derecho existen por cientos. Lo que no existe en exceso son trabajos que intenten explicar por qué, si legislamos una y otra vez, si nos atiborramos de leyes, decretos, ordenanzas y resoluciones, nuestra sociedad se encuentra cada vez más desorganizada. Y por qué insistimos en creer que las leyes nos darán el resultado tan ansiado. Este trabajo apunta a intentar una explicación de ese tipo.

No se pretenderá, por supuesto, que lo que se dice sea aceptado. Bastaría, y se encontraría logrado el objetivo, si el ciudadano que hojeara este trabajo llegara a pensar que el derecho es un instrumento cotidiano para él mismo, para su familia, sus compañeros de trabajo y sus vecinos, y no algo remoto que manejan personajes crípticos y burocratizados, llamados “jueces”, en oscuro maridaje con otros personajes tampoco muy claros, los “abogados”, que medran a partir de la deliberada complejidad con la que interpretan intereses ajenos. A rescatar el derecho como realidad, y a intentar una explicación de su fracaso cotidiano, se dirigen las páginas siguientes.

## 6. Sobre la reforma del derecho y de sus operadores

### *La sociedad y el derecho*

Si el derecho legislado puede tener contenidos ajenos a la realidad social, el derecho *efectivamente practicado* no puede exceder mucho los valores de la sociedad en la que existe. De modo tal que, cualquiera sea la legislación, es una regla sociológica que tales normas se aplicarán sólo en la medida en que se ajusten al pensar y al sentir de sus ejecutores. No existe un derecho que se pueda aplicar autónomamente.

Se podría sostener que, en un país autoritario, cualquier derecho puede aplicarse con tal que haya fuerza suficiente para sustentarlo. Esta idea no se encuentra confirmada históricamente, en cuanto todo derecho requiere una base de legitimación, así sea el derecho de los poderosos de sojuzgar a los que menos tienen (se puede pensar en el derecho feudal); pero seguramente es menos cierta en momentos democráticos, en los cuales si el derecho formal no se ajusta al sentir social, el practicado lo está, aunque no coincida con aquél.

Hemos dicho que, en la Argentina, pocos parecen creer en el poder regulador y corrector del derecho, y esta observación involucra a una cantidad de jueces competentes en materia penal (según surge de la investigación 2000c), pero que existe en todos los contextos.

La complejidad y la vastedad del derecho quitan practicidad a la pregunta “qué derecho quiere la sociedad”. Sólo se podría determinar a grandes trazos, no en las minucias que constituyen el mayor cuerpo del orden jurídico positivo. Esto no se ha estudiado específi-

camente, pues hace a lo que se llama el “imaginario jurídico”: la sensación de justicia que cada sector tiene respecto de sus necesidades y de los derechos de los otros sectores, y el modo como la cumple el derecho legislado. Si el derecho refleja siempre una estructura de poder, no cabe pensar en consenso alguno que indique unanimidad, salvo que exista un improbable acuerdo básico sobre los principios y valores que deben defenderse y las desviaciones que deben sancionarse (“contrato social”, postulado y jamás probado).

Pero si la sociedad es inequitativa, el consenso parece lejos de lograrse. Otra cosa es la unanimidad, que sería improbable incluso en las “sociedades justas”, cualquier cosa que éstas signifiquen. Parece razonable pensar que el derecho de propiedad será mayoritariamente defendido por los propietarios o los candidatos a serlo (aun esto no es seguro), pero no habrá propensión a respetarlo por los que nada tienen, y saben que nunca tendrán, ya que al aceptarlo defenderían intereses ajenos, nunca propios. ¿Qué interés puede tener quien vive del delito contra la propiedad en sostener las penas de prisión para gente en su misma situación? Es pueril pensar que un narcotraficante avalará normas que limiten su negocio.

La conclusión obvia es que un derecho se reputa justo y se cumple, de acuerdo con el mayor consenso que sus normas tengan, y en el caso de las instituciones básicas de la sociedad, en la medida en que abarquen a la mayoría de la población, aceptando como válido que nunca concitará la aprobación unánime, cualesquiera fueran sus contenidos. Pero en un país como la Argentina, en el cual las desigualdades son crecientes y las brechas no sólo no se cierran, sino que se amplían, es difícil entender cómo un derecho puede ser aceptado por el grueso de los implicados.

Cabría pensar, a partir de tales consideraciones, que el derecho opera para los que están incorporados al sistema, y no toma en consideración a quienes no existen en él o son descalificados (desocupados crónicos, marginales, delincuentes de sectores bajos, militantes del antisistema, etcétera). Ocurre en la Argentina con la tolerancia de los crecientes asentamientos ilegales, con las actividades semimendicantes, los comercios no autorizados en la vía pública, la

ebriedad callejera y otras conductas otrora castigadas, y hoy sin sanción real. El hecho mayor es la indiferencia frente al delito, ya que el problema de la resistencia policial a tomar denuncias ha derivado en la no formulación de las que se sabe que no tendrán destino alguno. Las personas medias dejan de creer y terminan tolerando, como una maldición, su realidad. Si la situación se les torna insoportable, puede que intenten migrar a otra sociedad donde creen que se les garantizará su seguridad.

La impotencia del sistema oficial para hacer cumplir las normas se extiende. La situación en la cual la clase media cada vez se empobrece más, y debe hacer malabares para no caer, no hace propicio el campo para el cumplimiento de normas, aunque no se trate de las penales. Cuando se trata de subsistir, no hay margen para la buena letra. El pago de impuestos puede ser una obligación cívica a la que algunos (o muchos) no se ajustan por avidez, irresponsabilidad o indocilidad, pero no es el caso de impuestos que no se pueden pagar, y que obligan a decidir entre subsistir o abonar. Frente a ello, no hay, realmente, opción posible. Del mismo modo, la resistencia al pago de multas, los incumplimientos en los pagos de servicios, las ejecuciones hipotecarias que siguen a préstamos garantizados, cuando llegan a cierto nivel, dificultan las acciones individuales. El problema es social, y el derecho ha perdido su margen de efectividad, que es *el cumplimiento voluntario y posible de las normas por la mayoría*.

Esto dificulta cualquier evaluación del derecho como variable de integración en una sociedad no justa, por lo menos para la comunidad en su conjunto. Sin este requisito, no puede haber consenso posible que abarque a la mayoría, y no puede ni siquiera decirse que “la minoría se desvía”. No hay tal minoría, sino que la misma sociedad se encuentra dividida en grupos antagónicos o indiferentes, cada uno de los cuales puede tener una idea muy distinta de lo que es justo y del derecho que debe aplicarse en cada caso. Pensamos que tales distinciones existen también entre abogados y jueces, que son los encargados de aplicar el derecho, según lo ratifica el amplio abanico de opiniones recogidas en nuestras investigaciones.

Nuestra conclusión, obvia luego de lo dicho, es que un sistema operativo de derecho requiere un acuerdo básico que sólo se puede tener si no existen contingentes mayoritarios fuera de la sociedad civil. Un modelo de exclusión no permite la existencia de un derecho integrado; el orden jurídico se vuelve, en tales casos, la estructura misma del conflicto.

Tampoco creemos que una reforma social pueda partir de un cambio en las normas jurídicas; éstas cambian cuando se alteran las creencias mayoritarias sobre lo que es justo y lo que es injusto. La concepción racionalista del derecho no se sustenta: para que el nuevo derecho tenga su lugar en la práctica efectiva, deben ser compartidos los criterios que avalen su aplicación.

No se ve en la Argentina contemporánea ningún principio de acuerdo sobre los temas fundamentales de la convivencia social; ni respecto de la economía, tema central desde hace cincuenta años, ni desde las conductas que deben ser reprimidas y cuál es el tipo de represión que debe instrumentarse. Falta asimismo liderazgo social, y estos temas no se debaten ampliamente; se puede decir que falta también interés popular (y nivel educativo) para el planteo de tales cuestiones: hay, eso sí, superficialidad, prejuicio y numerosos pescadores ideológicos en río revuelto. A falta de acuerdo, las explicaciones simplistas abundan, los modelos de salvación se suceden, y las personas comunes, que poco entienden de cada situación, salvo por observar su propia vida en decadencia, se suman a las propuestas o las discuten sin saber a ciencia cierta qué es lo que votan o rechazan.

En este campo, la reforma social depende de un modelo político que no se encuentra a principios del siglo XXI. Mientras no exista, es inútil pensar en la instrumentación; primero se debe decidir qué hacer y luego cómo hacerlo. El derecho pertenece al “cómo”, no al “qué”. Un error común es pensar que el derecho soluciona los problemas o que significa soluciones: lo único que hace es instrumentarlas, bien o mal. Pero, por sí mismo, no representa una solución; si lo que trata de expresar ha sido mal pensado, representa intereses minoritarios o alimenta ciertos bolsillos a expensas de otros. No es

más que un instrumento, no puede ser más que quien lo ha ideado o lo usa. Sin embargo, el derecho es una parte importante del ordenamiento social. Mientras la sociedad vaya a la deriva, el derecho sólo se aplicará erráticamente en la medida en que alguien pueda imponerlo y otro no logre eludirlo, no cuando inexorablemente corresponda su aplicación.

De modo que deberemos analizar los puntos siguientes sobre una base muy endeble: suponer que el consenso no existe, y el derecho, en todo caso, es fragmentario y obedece a los intereses de ciertos grupos. Su aplicación depende de si se está de acuerdo con tales intereses o en contra de ellos. De modo que pondremos en el futuro incierto una sociedad organizada sobre bases más firmes y acordadas, en la que se crea en principios básicos y en su instrumentación por el derecho. Y sobre esta suposición, admitiendo que se ha pensado bien un diseño social, basado en acuerdos mayoritarios que no excluyan a demasiadas personas (siempre habrá excluidos, en cualquier sistema, aunque más no sea por decisión propia, o por no aceptar ningún acuerdo), entonces sí el derecho puede ser un instrumento adecuado o inadecuado, los jueces pueden ser buenos o malos, el sistema judicial puede ser eficiente o lamentable.

La falla de este razonamiento, para la actualidad, es manifiesta en cuanto, cualquiera sea el derecho legislado, los intereses tratarán de forzarlo en pos de sus objetivos. Abogados tratarán de que la letra de la ley exprese lo que no dice, jueces opinarán de conformidad con ideologías propias y contrarias a la del legislador, profesores de derecho girarán en un “cielo de los conceptos” con ajenidad total a la realidad de sus alumnos, cuando sean colegas, y con cierta esquizofrenia respecto de su propia realidad actual como jueces y abogados. Pero frente a ello, proponemos, por lo menos, un sinceramiento, que no existe: manifestar que el derecho, lejos de ser un instrumento de integración, puede serlo de ruptura, y que muchos operadores jurídicos, lejos de hacer lo que piensan y pensar lo que hacen, tienen un discurso público y otro privado, dicen hacer una cosa y hacen otra, sostienen un criterio y aplican una solución basada en la ideología contraria.



El primer punto de un cambio sería tener un derecho oficial de mayor coherencia. La coherencia total no existe, por supuesto, pero en nuestro caso es peor, primero por la profusión de normas (la “manía legiferante”, según la cual, donde hay un problema debe haber una ley, y, si es posible, dos) y segundo porque el sistema jurídico no se encuentra inspirado en principios y valores comunes. El sociólogo del derecho francés A. J. Arnaud (1981), al tratar de la razón jurídica, sostiene que la coherencia amplia de la razón que sustenta un derecho sólo se observa en los momentos revolucionarios, pero que luego se va atenuando al recoger nuevos principios, no obstante lo cual puede reconocerse. Tal es el caso de la razón de la Revolución Francesa, que puede reconocerse en el derecho francés actual, no obstante las modificaciones sufridas. Pero en otros casos, a una razón jurídica inspiradora de un sistema (por ejemplo, nuestro código civil, de inspiración liberal individualista), se agregan instituciones inspiradas en otras razones jurídicas (por ejemplo las instituciones agregadas por la reforma de 1968, como las teorías de la imprevisión y de la lesión, con inspiración en un derecho social), que tornan incoherente el conjunto y que requieren interpretaciones permanentes sobre la prevalencia de uno u otro criterio, de uno u otro valor, de una u otra razón.

Un ejemplo de esto ha sido el derecho laboral nacional; su misma existencia proviene de una razón jurídica ajena al derecho civil tradicional, y así operó por unas décadas. Luego, el retorno al liberalismo inicial lo violentó hasta que en muchas disposiciones expresa nuevamente la razón jurídica original, que no tiene en cuenta la protección del trabajo. De ello no resulta ningún sentido unitario.

Si bajamos al nivel formal, el proceso, sea civil o penal, no parece representar una organización de la búsqueda de la verdad, sino un cumplimiento de pasos que representan ficciones reconocidas. En materia penal, la verdad accesible se veda en virtud de un exceso de principios “garantistas” cuyo límite tampoco es claro. ¿Qué se busca? ¿Será el castigo de los delincuentes, luego de investigar su culpabilidad, o su impunidad? ¿Se acepta la responsabilidad individual, o se postula que la responsabilidad es de la sociedad? En este cam-

po es difícil saber, en la Argentina de hoy, qué se está defendiendo, y quiénes lo defienden, y la crisis del derecho penal se halla en boca de los tratadistas, de los profesores y de los jueces.

A partir de un derecho más coherente, se podría lograr una aplicación del mismo tipo. Pero esta conclusión no es segura. Lo que sí puede serlo es que un derecho inspirado en principios contradictorios deja un marco amplísimo para divergencias interpretativas ilimitadas, ya que siempre habrá una norma, mayor o menor, en la que apoyarse para resolver lo que se quiera. Esta posibilidad siempre existe (no creemos en la formalización del derecho ni en “jueces cibernéticos”, a pesar de todo el esfuerzo que algunos filósofos hacen). Pero una cosa es que no se pueda impedir, y otra cosa es facilitararlo de tal manera.

Si tuviéramos una sociedad con un acuerdo básico que incluyera a la mayoría, con divergencias aceptables en cuanto a permitir un sistema de relativa coherencia que abarcara a los restantes, y, como resultado de ello, la posibilidad de expresarlo en un orden jurídico positivo de similar organicidad, ¿qué nos faltaría para tener un sistema judicial aceptable?