

Tranquera al atardecer



ADOLFO ROCHA CAMPOS

Edición del Autor

Estimado Alvarado:

Acepto este regalo de quien tanto le
debe.

Esto' incluido el trabajo por figura
en el libro de su homenaje (pg 159)

Con un fuerte abrazo



12/09

COMO PENSAR EL DERECHO

(Escrito en 2001)

Para Moises Ikonikoff,
viejo, lejano y querido amigo
Para el Dr. Adolfo Alvarado Velloso,
buen profesor, buen maestro, buen amigo

"¡Guárdese Ud. su Byron que conmemora las derrotas del hombre y déme en cambio el horario del ferrocarril. El horario del Ferrocarril que conmemora las victorias del hombre!"

G.K. Chesterton "El Hombre que fue Jueves".

Se solicita al lector que piense en dos personas asomadas a un balcón en el piso alto de un edificio de una gran ciudad.

A sus pies, la multitud despliega su incesante actividad, las personas caminan, los autos circulan, a lo lejos las chimeneas humean haciendo visible la actividad industrial (obviamente se trata de una Argentina ante-corrallito). Sube de la calle el ruido de la vida. Las dos personas de nuestro relato se llamarán Blanco y Negro. Tienen alguna vinculación, que no definiremos, con el mundo jurídico.

El Sr. Blanco reflexiona -"¡Qué noble y útil es la tarea de los juristas.

Ellos diseñan sabias leyes que los ciudadanos conocen primero y acatan después. Gracias a esas sabias leyes se evitan conflictos, se cumplen los contratos y no se daña a otro. Claro está que el derecho comparte esa actividad rectora con otras disciplinas como la religión, la moral, los usos y costumbres y las enseñanzas familiares. Pero aún, si su incidencia positiva es de una pequeña parte, ¡su tarea

es más que meritoria!”.

Por su parte el Sr. Negro también reflexiona: “¡Cuán astutos y hábiles son los hombres del mundo jurídico! Ellos observan atentamente a la sociedad, detectan conductas y actitudes. Luego sancionan normas que presentan esas conductas como obligatorias, o sea cumplir los contratos y no dañar a otro. Pero se abstienen muy bien de dictar normas que vayan contra los impulsos innatos de la sociedad ¡Luego se presentan a sí mismos como guardianes de la ley y el orden!”.

El Sr. Blanco es un optimista algo ingenuo. Cree que el derecho colabora con la paz social. Su posición es la misma que la del ingeniero Baigorri Velar que decía haber inventado una máquina para hacer llover. Pero hay algo que es cierto. Si el Sr. Blanco tuviera razón, aún en mínima parte, el derecho podría reclamar para sí un mérito innegable(1).

El Sr. Negro es un pesimista algo cínico. Cree que el mundo del derecho se maneja con las mismas normas que el rey de “El Principito” de Saint Exupery que ordenaba sólo cosas posibles. Pero advirtamos que si el derecho es sólo descriptivo cuando se pretende normativo y si sólo ordena cosas posibles, el mundo del derecho no puede menos que arrogarse una considerable dosis de sensatez (2).

Pero ya sea desde la visión optimista del Sr. Blanco con el derecho colaborando a la paz social, como desde la visión pesimista del Sr. Negro, con el derecho sólo descubriendo conductas, ambos coinciden con, que ahí abajo, en la sociedad, los contratos se cumplen y no se daña a otro. Y gracias a esas dos normas básicas, la sociedad puede seguir funcionando.

Este es el momento para reflexionar sobre un título

de un libro famoso que ha ido más allá de la intención del autor. La República Argentina será "Un país al margen de la ley". Pero en comparación con Suecia. No en comparación a sí mismo. Los argentinos cumplimos menos las leyes que los suecos. Pero no nos levantamos todos los días pensando qué contrato vamos a incumplir o a quién vamos a matar. En la República Argentina es más difícil vivir que en Suecia. Pero vivimos. Hacemos como los nativos de ciertas islas que pescan rodeados de tiburones. A todo se adapta el ser humano.

En consecuencia, en nuestro país se cumplen los contratos y no se daña a otro. Menos que en Suecia. Pero así son las cosas.

Esos son los dos cimientos del edificio social. Tanto Blanco como Negro están de acuerdo en ello. Ya sea porque los juristas dictan normas sabias o porque los dos cimientos están inscriptos en el corazón de los hombres(3).

No importa si el derecho tiene mérito por su poder de convicción. Cumplir los contratos podría ser indiferente al derecho, que sería incapaz de ordenar a los hombres. "¡No cumplan los contratos!". Pagar las obligaciones en el domicilio del deudor parece un accesorio, un firulete agregado con ánimo preciosista pero sirve, sirve en ocasiones.(4)

Pero hay veces que los contratos no se cumplen y hay veces que se daña a otro. En proporción, en un coeficiente bajísimo. Basta pensar en todos los contratos que se cumplen todos los días, desde el cospel del subte hasta millonarias transacciones internacionales. Pensar en los millones de personas que conviven, se entrecruzan, se chocan en las calles de la ciudad. Frente a esto, el porcentaje de infracción es sencillamente insignificante.

Pero debemos resolverlo. Para ello aparece el tercer cimientamiento de la sociedad. Bastante más escuálido, pero no por ello menos trascendente que los demás. El tercer cimientamiento de la sociedad es el proceso.

El proceso canaliza los contratos que no se cumplen y los daños que se causan a otro.

Y una aclaración previa. Podemos disentir acerca de si los otros dos cimientamientos eran naturales (tesis de Negro) o artificiales (tesis de Blanco). Aquí no hay dudas. El proceso es artificial. Es un producto del ingenio jurídico de los hombres. Es una fina y delicada máquina, tan decisiva en la historia del hombre como la rueda, el fuego, el hierro, la vela, el timón, el estribo. El proceso es producto del hombre. Y no ha de ser muy antiguo. La idea de dos personas litigando en igualdad ante un juez Imparcial, Imparcial e Independiente, no es muy antigua. Porque el hombre primitivo no era igual. No era igual a la autoridad. La democracia es un invento moderno. La prehistoria nos habla de tribus comandadas por caciques, reyezuelos, dictadores, tiranos, seres omnipotentes. ¿Cómo pudieron hacerse las pirámides? El proceso baja al Faraón y lo hace litigar en pie de igualdad con su súbdito. Invento maravilloso.

Ha de tenerse presente asimismo, que en el proceso, lo que se pide en un porcentaje abrumador, es la afirmación de los cimientamientos que ya hemos mencionado. El contrato no ha sido cumplido en la sociedad. Pues bien, que se lo cumpla a través del proceso. En la sociedad se ha dañado a otro. Pues bien, que se repare el daño, ya sea a través de la restitución de las cosas al estado anterior (art. 1.083 Código Civil) o bien mediante el bálsamo universal del dinero. El proceso permite que los dos cimientamientos de la

sociedad mantengan su condición de tales. La abrumadora cifra de juicios ejecutivos que abarrotan los Tribunales son pedidos de cumplimiento del contrato. No pagó, pues bien, que pague. Y la inmensa cantidad de delitos que inundan los juzgados penales, se sustentan en idéntica premisa. Dañó a otro, pues bien, que repare (ya sea que atribuyamos carácter de reparación o rehabilitación a la condena penal).

Pero en este sistema tan sólido existe una excepción. Veces hay que los contratos no deben ser cumplidos. Y veces hay que se puede dañar a otro. Ya lo habíamos anticipado. El porcentaje abrumador, es pedidos de afirmación de los dos cimientos. Un levísimo porcentaje implica pedidos, dentro del proceso, para incumplir el contrato o para no reparar. Podríamos englobar estas dos alternativas bajo el pacto comisorio y sus parientes. (arts. 1.204 - 1.201 - 954 Código Civil).

Y la legítima defensa y sus parientes cercanos (arts. 34 - 132 - 185 Código ~~Civil~~ Penal).

Estas dos figuras son la salida de emergencia del edificio, la válvula de seguridad del sistema social. Cuando todo anda bien, la gente sale por millones a lo largo del año, por puertas normales. Que deben estar diseñadas para lograr la evacuación de muchas personas en corto espacio de tiempo.

Pero cuando se producen ciertos acontecimientos anormales (catástrofes, terremotos, incendios, aviones que chocan contra torres) es necesario que existan puertas de emergencia. Cuando todo va bien, nadie pregunta por la puerta de emergencia. Pero cuando el acontecimiento anormal ha sobrevenido, todos llevan su mirada hacia el arquitecto.

Conviene pues, pensar bien la puerta de emergen-

cia.

Es necesario diseñar muy bien todas aquellas figuras en las cuales el contrato no ha de ser cumplido. (arts. 953 - 1.201 - 1.204 Código Civil).

Y hay que diseñar muy bien todas aquellas figuras que permiten que se pueda dañar a otro (arts. 34 - 132 - 185 Código Penal).

Pero no perdamos de vista que esta ingeniería legal es sólo la excepción. Mientras nada pase, la gente seguirá saliendo por las puertas frontales del edificio. La puerta de emergencia será una olvidada en el imaginario colectivo. Pero baste que ande rondando un avión por ahí, para que todos piensen en la emergencia.

Esta visión de lo normal (hay que cumplir el contrato) con la emergencia (en ciertas oportunidades no hay que cumplirlo) nos debe llevar de la mano a una conclusión sencilla. Debemos pensar el derecho desde la norma y no desde la excepción. El derecho civil se edificará desde el contrato y el derecho penal se edificará desde el delito. Es necesario que la emergencia esté bien diseñada. Pero no pongamos el carro delante del caballo.

El contrato se cumple y no se daña a otro. Ya sea por las buenas en la sociedad o por las malas en el proceso. Se puede no cumplir el contrato y dañar a otro pero eso se resuelve en el proceso. Así las cosas, el proceso es una aceitadísima máquina para hacer efectiva, en parte, la excepción a la regla.

Pero el proceso también tiene su excepción.

Antes de adentrarnos en este tema, definamos que es el proceso; según Alvarado Velloso, proceso sería: "Serie lógica y consecencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad". Y debido proceso sería: "Dos sujetos que actúan como an-

plenitud, encontrará, a no dudarlo, la forma de entregar la prótesis a quien corresponda. Luego lo llamaremos medida autosatisfactiva, tutela anticipada o acción de amparo. Ello será intrascendente.

Pero volviendo al punto de partida.

Si el derecho civil se edificará desde el contrato y el derecho penal desde el delito, el derecho procesal deberá edificarse desde el proceso y no desde la excepción, ya se llame ésta como se llame.

Es por lo tanto motivo de este trabajo, analizar desde dónde debe ser pensado el derecho, tanto el derecho civil, como el penal, como el procesal. Pero también debería ser materia de reflexión cómo pensar el derecho cuando nos enfrentamos al resto de la comunidad científica.

Esta interrogación encierra desde ya una afirmación. Que el derecho integra esa comunidad, afirmación cuestionable.(6)

Pero ya sea que estemos dentro o fuera de la comunidad científica, bueno es pensar en qué tono hemos de dirigirnos a ella.

Desde que la ciencia y su descendiente, la técnica, son las estrellas más fulgurantes del universo de la sociedad, el derecho se ha empeñado en una desigual, errónea, desgastante y absurda lucha por recuperar terreno. Se trata de una batalla perdida de antemano. En vez de vanagloriarse de sus triunfos, el derecho se empeña en una actitud rayana con el masoquismo, en refocilarse con sus dificultades y fracasos.

Se exhibe ante el resto de la comunidad científica, que el derecho debe batallar con el lenguaje, que es de una naturaleza abierta, con vocablos ambiguos y vagos. Como la aparente materia prima del derecho, las normas, se ve enmarañada con los hechos,

principios jurídicos y valoraciones morales. Se reconoce que nadie sabe qué es el derecho. Se afirma que una parte de la biblioteca dice blanco y otra dice negro. Que bibliotecas enteras se transformarán en cenizas ante la palabra de un legislador (que luego se niegue esto, no quita que la duda quede sembrada). Tratamos de convencer a la sociedad de que el derecho es una selva impenetrable en la cual los jueces entran en colapso intelectual cada vez que tienen que dictar una sentencia. ¿Es necesario seguir?. Tengo la seguridad de que el lector podrá agregar algún ejemplo más en este inventario de calamidades que acechan a los hombres del derecho. No hay quizás mejor ejemplo de lo que es este empeño, por la discusión en busca de la dificultad misma, que las palabras de Lon Fuller que en cita se menciona.(7)

Como en el mismo texto parece que a los hombres del derecho lo que más nos gusta de los zapatos que nos hemos comido, como Chaplin en "La Quimera de Oro", son los agujeros.(8)

Estamos en la misma actitud que las madres quejumbrosas, que intentan asegurarse el amor de sus hijos a través de la perpetua lamentación. En vez de proclamar nuestro triunfo, intentamos inspirar lástima con nuestros esfuerzos que desde ya condenamos al fracaso.

Nuestra gloria, hombres del derecho, no está en la superación de nuestras dificultades, reales o presuntas. Está en que en la sociedad, el derecho funciona.

Puede ser por la sabiduría de los juristas, como ingenuamente dice el Sr. Blanco.

Puede ser por la sensatez, no exenta de malicia, de los juristas que no exigen sino lo posible, como dice

socarronamente el Sr. Negro.

Puede ser que sea una gloria compartida con otras disciplinas normativas como la religión, la moral, los usos y costumbres, las enseñanzas familiares.

Puede ser que en el reparto de glorias nos toque un porcentaje insignificante. No importa. Puede ser que en la sociedad, los contratos se cumplan y no se dañe a otro sin que el derecho tenga nada que ver en esas conductas. Pero en cuanto recurrimos al proceso, tanto para la regla como para la excepción, la gloria es nuestra. Y nadie puede arrebatárnosla.

Igual que la Máquina de Hacer Llover del Ingeniero Baigorri Velar, aún una colaboración ínfima en la cadena causal que provoca la lluvia y nuestro mérito sería asombroso.(9)

Congratulémonos, hombres del derecho, con esta gloria. Invitemos a la gente a mirar por la ventana y ver como los contratos se cumplen y no se dañan a otro. Y cuando no se cumplen los contratos y se dañan a otro, ahí está el proceso para reparar la avería. Y si bien a veces se puede dañar a otro, incumplir el contrato y prescindir de las formas majestuosas del proceso, ésta es la válvula de seguridad del sistema. Los trenes llegan a horario, Sres. En la inmensa mayoría de los casos. Sólo a veces, por los altavoces se anuncia el retraso de un tren. Sólo por unos pocos minutos.

NOTAS:

1) La historia de la máquina de hacer llover se relata en "Todo es Historia", año 1968 - Nº 5 - pags. 72 y sgts.

2) "Es preciso exigir a cada uno lo que puede dar de sí -Replicó el Rey- La autoridad reposa, ante todo, sobre la razón. Si tú ordenases al pueblo que vaya a

arrojarse al mar, hará la revolución. Tengo derecho a exigir obediencia porque mis órdenes son razonables". (Cap. X).

3) San Pablo - Epístola a los Romanos - II - 14-15.

4) Art. 747 CC.

5) A. Alvarado Velloso "Introducción al Estudio del Derecho Procesal" - (Pag. 28 - 234 - 250).

6) "La legislación y el estudio de la ley pueden considerarse como una socio-técnica en un pie de igualdad con la administración de empresas, con la educación, con la macroeconomía normativa, con el urbanismo, con la epidemiología normativa, la que se ocupa de tomar medidas para impedir la propagación de una plaga, etc. Es decir, es una técnica, que si es moderna, será fundada sobre la ciencia" - Mario Bunge "El derecho". Pág. 70 (Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres - Lima, Perú).

"Si las ciencias humanas en general y con notables altibajos, se hallan retrasadas por una deficiente resolución de sus bases epistemológicas la situación del derecho equivale acaso a un paradigma negativo, hasta el punto de que hablar de ciencia jurídica se asemeja más a una decisión programática que a una descripción con contenido actual". - Ricardo Guibourg - Pags. 191 - 192 - Ed. Astrea.

El autor también ha tratado el tema en un artículo publicado en "La Ley Actualidad" de fecha 11 de Mayo de 1999 llamado "Apuntes para reforzar la científica del derecho."

7) "De todas las ramas del Gobierno, el Poder Judicial es el más expuesto a perder el contacto con el hombre común. Las razones para ello, son por supuesto, bastante obvias. Mientras que las masas reaccionan frente a una situación en términos de

unos pocos rasgos salientes, nosotros desmenuzamos en pequeños fragmentos cualquier situación que se nos presenta. Ambas partes contratan abogados para que analicen y disequen. Los jueces y los abogados compiten unos contra otros para ver quién es capaz de descubrir el mayor número de dificultades y distinciones en un conjunto de hechos. Cada una de las partes trata de hallar casos, reales e imaginarios, para poner en aprietos las demostraciones de la contraria. Para escapar de esas dificultades se inventan e introducen en la situación distinciones adicionales. Cuando un conjunto de hechos ha sido expuesto el tiempo suficiente a tal tipo de tratamiento, toda la vida y todo el jugo han salido de él y solo nos resta un puñado de polvo". - Lon Fuller "El Caso de los Exploradores de Cavernas" - Pág. 61 - 62 - Abeledo Perrot.

8 "La afición de mi colega Forster por encontrar agujeros en las leyes, me hace pensar en uno de los cuentos narrados por un autor antiguo acerca de un hombre que se comió un par de zapatos. Cuando se le preguntó si le habían gustado, replicó que la parte que más le había agradado eran los agujeros". -Lon Fuller "El Caso de los Exploradores de Cavernas" - Pag.53.

9)Del artículo de "Todo es Historia" surge que el Ingeniero Baigorri Velar nunca se atribuyó el mérito exclusivo de producir lluvia sino de haber colaborado con otros fenómenos atmosféricos que causaban la precipitación.