

## UNA CRISIS ACTUAL DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

*Ricardo A. GUIBOURG\**

---

El derecho, como cualquier otra actividad humana, tiene forma y tiene contenido. Uno y otro no son lo mismo, pero están estrechamente relacionados. La forma no tendría sentido si algún contenido no la llenara y, a su vez, un contenido sin forma difícilmente podría llamarse derecho.

Cuando se habla de forma en derecho, se piensa de inmediato en el derecho procesal; pero la forma es mucho más que eso: abarca también la estructura misma de lo que llamamos sistema jurídico. En efecto, como las formas fueron inventadas como elementos indispensables para contener el fondo, ellas son las que establecen cómo llegar a una sentencia, cómo aprobar una ley, cómo elaborar una constitución y, especialmente, cómo decidir quién o quiénes tendrán la atribución de hacer cada una de esas cosas. Si el derecho fuera un conjunto de archivos en computadora, la forma sería el sistema operativo y los programas de aplicación, todo en conjunto. Las formas son condición necesaria para la validez de actos y de normas; pero a menudo los resultados del procedimiento (el contenido de esos actos y normas) no concitan consenso sino graves divergencias.

En algún momento, pues, las personas dejaron de confiar en las formas, porque los resultados les parecían execrables; y, en lugar de refinar las formas —o, más aún, de elegir o rechazar mejor a quienes hacen uso de ellas—, se rebelaron contra las formas mismas. A partir de ese quiebre, que puede advertirse desde mediados del siglo XX, la filosofía del derecho predominante fue dejando de interesarse por las estructuras del derecho, sobre las que queda aún tanto por investigar, para

---

\* Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales graduado de la Universidad de Buenos Aires (UBA) (Argentina). Profesor titular emérito de Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho (UBA). Ex Director del Departamento de Filosofía del Derecho (UBA). Ex Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Autor de distintos libros y publicaciones de su especialidad.

poner la mirada en los contenidos y, bastante a menudo, para acusar públicamente a las formas de facilitar las reglas injustas, abusivas y engañosas.

Así es como empezó a predicarse un nuevo catecismo iusfilosófico: saltemos la trampa de las formas y persigamos, por cualquier camino disponible, el predominio de la justicia, la igualdad y la libertad. En otras palabras, dediquemos lo mejor de nuestro pensamiento a la lucha política por el bien de todos. A despecho de la simpatía que tal propósito puede despertar en las emociones, sostengo que tal catecismo es equivocado; pero, como decía el inolvidable Tato Bores, permítanme que explique esto antes que sea demasiado tarde.

La explicación comprende dos argumentos. Veamos el primero.

Todos, es claro, queremos justicia, igualdad y libertad; pero hay un problema: lo que es justicia para uno es juzgado injusto por otro; al predicar la igualdad, cada uno pretende —en ciertos temas y en determinadas circunstancias— ser tratado al menos tan bien como otros más afortunados, pero suele mostrarse más reticente frente al reclamo recíproco. La libertad consiste en que las conductas no sean prohibidas ni obligatorias, sino facultativas; pero casi nadie postularía eliminar todas las prohibiciones y todas las obligaciones (es decir, abrogar el derecho entero), sino sólo eliminar las que a uno le molestan y mantener las que juzga indispensables. De más está decir que esta última clasificación suele diferir de individuo en individuo, de grupo en grupo y de cultura en cultura. En resumen, los grandes ideales por los que deseamos luchar son palabras casi vacías, en las que cada uno vuelca sus propias preferencias y ansiedades. Por eso tenemos la ilusión de estar marchando codo con codo, detrás de banderas indiscutibles: porque, en el fondo, cada uno marcha por sus deseos sin reparar en que quién está a su lado portando la misma pancarta, en realidad, quiere algo muy distinto bajo el mismo nombre sagrado. Cuando este fenómeno se advierte, la orientación de la filosofía hacia la política se revela un tanto más sectaria (o, si se quiere, compartimentada) que el tradicional “amor por la sabiduría” que los antiguos trataron de legarnos. Para sostenerla es preciso dar por sentadas ciertas premisas que no todos comparten de hecho, con lo que el pensamiento adquiere una función específicamente agonial.

Examinemos ahora el segundo argumento. Supongamos que hemos encontrado el método apropiado para demostrar lo que está bien y lo que está mal, más allá de acuerdos y opiniones subjetivas, y que, en consecuencia, tenemos una buena base para emprender la lucha correcta por el bien y la justicia. En ese caso, los contenidos que sostenemos como deseables necesitarán un modo de proponerse, acordarse o imponerse. Necesitarán una forma. Y no me refiero aquí al texto constitucional, ni a lo que se publica en el Boletín Oficial, sino a una actitud epistemológica acerca de las normas. En efecto, las leyes y los códigos se dictan para poner en acción lo que sus autores desean que se haga. El contenido de lo que ellos quieren que se haga puede ser bueno o malo (por lo que puedan valer estos calificativos en la hipótesis de la que partimos); pero, si esa voluntad ha de cumplirse, es necesario que cada ciudadano —o cada súbdito, en el supuesto de un poderoso autoritario (que, de hecho, suele existir aunque lo rechazemos)— entienda qué es lo que el legislador quiere que haga u ordena que omita. Y en qué circunstancias esa acción u omisión deba ser cumplida. Y, de paso, qué consecuencias ha de enfrentar quien desobedezca la regla.

Sin embargo, la desconfianza de las formas ha dado lugar a una actitud mucho más blanda. Se proclaman principios y derechos mediante palabras con las que, otra vez, todos estamos de acuerdo; pero estos mandatos de optimización, como acertadamente les llama Alexy, no nos dicen qué hay que hacer, sino sólo qué resultados hay que conseguir, o preservar, o impedir. Cada uno, pues, queda en principio libre para proponer los medios —las formas— de perseguir esos resultados; y los medios preferidos por cada uno pueden ser conflictivos entre sí, porque responden a la subjetividad interpretativa en una escala inmensamente mayor que aquella a la que las viejas normas nos tenían acostumbrados.

Como, a pesar del mito predominante, no existe un método objetivo para dirimir ese tipo de controversias, la cuestión queda, desde el principio, derivada al arbitraje de los jueces. Y, como los jueces son muchos, la unidad del sistema jurídico acaba por depender de los fallos unificadores de algún tribunal superior, fallos que, por las modalidades que les impone su propia forma, llegan siempre tarde y no versan sino sobre algunos temas debidamente planteados en causas concretas.

Toda esa dificultad, sin embargo, permanece oculta a la tendencia actual del pensamiento jurídico. Como se parte del supuesto de que el bien y el mal están a la

vista de cualquiera, y que todos los casos, aun los llamados difíciles, tienen una verdadera solución correcta que ha de investigarse hasta alcanzarla, la magia del pensamiento propone como realidad verificable lo que es opinión subjetiva, a la vez que desdeña a veces como opinión subjetiva lo que es realidad verificable. El resultado es que el juez, llamado a decidir las causas con sujeción a reglas por demás vagas, se ve duramente criticado por quienes disienten de su opinión como si hubiera omitido ver lo evidente.

En resumidas cuentas, nos hallamos ante una verdadera crisis del pensamiento. Quien afirma que el Aconcagua es más alto que las sierras de Córdoba puede ser acusado de parcialidad mendocina, ya que —dicen— el sujeto constituye al objeto y, por lo tanto, el sistema métrico decimal bien puede ser un astuto instrumento de dominación ideado por los poderosos. En cambio, quien sostiene una opinión política puede invocar a su favor argumentos, consensos, determinismos o aun revelaciones que la garanticen como verdadera o, al menos, indiscutible. Desde luego, estas confusiones son útiles cuando se asigna al pensamiento iusfilosófico una función combativa: la justificación de tal asignación depende, naturalmente, de la justificación del fin perseguido; pero, en cambio, resultan contraproducentes cuando se desea dialogar, ya que todo diálogo requiere, necesariamente, que las partes, cualesquiera sean sus desacuerdos, compartan un mismo lenguaje en el que puedan discutirlos.

Hoy en día todos hablan de crisis. Nos preocupan el calentamiento global, la violencia de género, el terrorismo, el desempleo, el hambre, la desigualdad, la discriminación, el avance de las drogas; y con razón, puesto que se trata de temas altamente preocupantes, que reclaman soluciones. Pero tiende a silenciarse otra crisis: la que afecta al pensamiento destinado a elaborar los medios para proveer aquellas soluciones. El debate sobre el planteo de los problemas y la manera de resolverlos es el reino de la política y debería entablarse con más realismo operativo y menos antagonismo declamatorio. Pero la justificación de ese mismo debate, la estructura que lo rija y el diseño de cualquier solución que llegue a estimarse preferible quedan en el campo de la filosofía del derecho.

El camino a recorrer en este último contexto no obstaculiza el de la política, sino que es paralelo a aquél y, por cierto, diferente. Importa depurar los conceptos, separar lo descriptivo de lo valorativo, controlar la validez de los argumentos, analizar la coherencia interna de las argumentaciones y, por encima de todo, no

confundir normas jurídicas con buenos propósitos políticos, a fin de corregir desarrollos que a menudo se revelan contraproducentes. El pensamiento jurídico ha descrito una curva que pasó del despotismo a la democracia y de la arbitrariedad a la previsibilidad, pero ahora esa curva parece cerrarse en un círculo que a muchos parece virtuoso. La seguridad jurídica se ha vuelto una mala palabra, puesto que lo importante es hacer justicia; pero la justicia no reposa ya en la voluntad del pueblo expresada por sus representantes, sino en propuestas genéricas cuyo contenido operativo proviene de fuentes superiores no identificadas. Crecientemente desprovisto de formas reconocibles, el derecho —bueno o malo que sea su contenido— está disipándose como un gas en el aire. Tratar de volver a contenerlo es una tarea para el pensamiento jurídico. Explicar la necesidad de hacerlo corresponde a la filosofía del derecho.