

## NOTAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA.

*Por Horacio Vaccarezza.*

*Sumario:* I.- *Los pronunciamientos jurisdiccionales como intercambio comunicacional;* II.- *El mito de la subsunción;* III.- *La función dialéctica de la jurisprudencia;* IV.- *El valor del debate;* V.- *El paternalismo ideológico;* VI.- *Potestad estatal y ciencia infusa;* VII.- *La Jurisprudencia con mayúscula.*

La primera consideración que quiero formular se refiere a una cuestión de estilo: he escrito *jurisprudencia* con mayúscula en tanto nombre de una ciencia.

Ya sé que semejante afirmación me introduce en un debate complejo en el que no podemos olvidar la crítica de Kirschmann, que en 1847 se pronunció, categóricamente, en contra.

Sin embargo, no es mi intención abrir la discusión sobre la calidad de ciencia de la *jurisprudencia*, sino marcarla con mayúscula en razón de la importancia que en mi opinión tiene para el estudio del Derecho. Y tal vez, encuentre puntos de contacto con la mencionada conferencia dictada en Berlín.

La tesis es la siguiente: La jurisprudencia es el punto de contacto entre el Derecho y el pueblo.

Para darle acabada dimensión a la mencionada tesis, debo aclarar que doy al concepto Derecho el alcance de conjunto de normas, principio y prácticas institucionales y sociales de una comunidad en un tiempo dado; aplicadas en un todo inescindible.

De esa manera, cuando afirmo la mencionada tesis estoy tratando de colocar a la jurisprudencia como un canal de comunicación, un mecanismo de puesta en común de un saber más específico y reservado, en principio, a los estudiosos de las Leyes y a los operadores jurídicos, en sentido amplio.

La jurisprudencia, entonces, en la medida en que propala aplicación de normas abstractas a hechos de la vida cotidiana; en la que se encuentran involucradas las personas humanas, resulta un canal de difusión.

Desconozco el dato empírico que me permita sostener que la ley, en su faz

ordinamental, es más conocida por las sentencias dictadas que por la publicación de esas leyes; pero de todas maneras, tal dato no me parece relevante para la cuestión que estoy tratando.

Es que más allá de ese dato, lo cierto es que en cada sentencia aparecen involucradas las personas de carne y hueso, la persona real en situación, en su dimensión existencial.

Y es en esa dimensión existencial que aceptará o no una decisión judicial respecto de la cuestión que lo haya vinculado a la función jurisdiccional.

De esa manera, se convierte en protagonista de la jurisprudencia y por ello en causa eficiente de dicha actividad.

La existencia de la persona humana, y su conjunto de impulsos vitales que expresan sus necesidades existenciales, se transforma también en la fuente primaria del Derecho.

En esta inteligencia es que las personas pasamos, por la actividad jurisprudencial, a una dimensión real en el fenómeno jurídico. Así nace la jurisprudencia: como la expresión de una propuesta a un conflicto humano, y vuelvo a decir, en circunstancia real.

Desde esta perspectiva, la persona humana deja de ser un objeto referencial para articular un tipo de discurso llamado sentencia, y se convierte en sujeto constructor de ese discurso.

Esta reflexión se alza contra cierto fetichismo legal que encierra toda la discusión del Derecho en el modo de aplicarlo por parte de los tribunales; y que se sostiene por esa afirmación: El Derecho es lo que los jueces dicen que es.

Para mayor claridad, debo referirme a que cuando los tribunales dictan sentencia, aplican y crean Derecho; pero eso no transforma a los jueces y juezas en dioses infalibles, porque siempre estarán sujetos al tribunal de la razón práctica.

Esa razón práctica está representada por otros fallos o por tribunales superiores a través de las instancias de apelación, cuando no, directamente ante el pueblo representado por un jurado.

Instancia que nuestra Constitución marcó desde su inicio para conjugar la potestad jurisdiccional con la voluntad popular, como una forma de compartir la responsabilidad de una decisión de materia criminal.

*I.- Los pronunciamientos jurisdiccionales como intercambio comunicacional.*

Lo dicho, trata de mostrar que los pronunciamientos judiciales no son unidireccionales. No sólo van desde el tribunal a los individuos; sino que la relación es bidireccional. O más bien, representa un sistema de retroalimentación.

Del hecho juzgable hacia las normas, y desde ellas hasta la decisión jurisdiccional, que devuelve una visión humana de esas normas abstractas.

Así, la jurisprudencia no sólo es un canal de reparto de criterios de conducta; sino también de apropiación de ideas (que se muestran en conductas) que serán el insumo para su desarrollo.

Así, es que se da el fenómeno del intercambio comunicacional que construye sentido social, y de esa construcción abrevan también, como en un hontanar, las reglas de hermenéutica que los tribunales suelen utilizar.

Debo aclarar que aquí me refiero a la posibilidad de elegir criterios de hermenéutica y no a Una hermenéutica dada. Pues debe haber una selección de conformidad dentro de los límites que esa sociedad, en esa circunstancia, permita. O dicho de otra manera, no rechace.

*II.- El mito de la subsunción.*

En este punto, cabe mencionar, la idea de la lógica formal como punto de apoyo de la decisión jurisdiccional.

Si bien parece ya superada tal visión, resulta necesario repetirlo, pues más de una vez se oye repetir a cursantes de la facultad que la sentencia es un silogismo en la que la premisa mayor es la ley, la menor, el hecho y, finalmente la conclusión es la sentencia. Demasiado fácil para ser real.

A principios del siglo XX, Germán Kantorowicz en su opúsculo “La lucha por la ciencia del Derecho” con tono vibrante y prosa digna de una proclama política, ilustra ese mito de las fórmulas lógicas para asegurarse una resolución ajustada a Derecho: *“La opinión dominante se imagina al jurista ideal como a un funcionario de cierta categoría, con carrera, que se encuentra sentado en su celda, armado*

*exclusivamente con una máquina de pensar de la más fina especie. En esta celda se halla sólo una mesa verde sobre la cual está delante de él un código del Estado. Se le entrega un caso cualquiera, un caso real o un caso sólo supuesto, y, de acuerdo con su deber, puede aquel funcionario por medio de operaciones meramente lógicas y de una técnica secreta que sólo él domina, llegar a la solución pre dibujada por el legislador en el código, con exactitud absoluta”<sup>75</sup>.*

En el decurso de su texto, señala el peligro de la rigidez del andamiaje ordinamental y corre el velo de la comprensión humana, en contexto, de las cuestiones; para sortear las lagunas de la ley.

Señala con énfasis al *Derecho Libre*, como áncora de salvación para la realización de la justicia.

Traemos a colación a este jurista, porque en tiempos donde el dogmatismo se presentaba pétreo y los tribunales recurrían a alambicadas justificaciones para fundamentar sus sentencias y presentarlas como operaciones asépticas; Kantorowicz las muestra como actos de voluntad, impregnadas de todas las circunstancias materiales y morales que rodean al fenómeno jurídico.

En una suerte de deconstrucción del formalismo jurídico, ya en 1906.

### *III.- La función dialéctica de la jurisprudencia.*

Presentada entonces la jurisprudencia como el punto de encuentro entre el poder -representado por el Derecho y el pueblo-, podemos mencionar a ese punto de encuentro como la síntesis de ese proceso de construcción de sentido del que resulta el Derecho.

Es decir, los individuos proponen sus reclamos, demandas a un tribunal respecto de otros individuos, se traba un debate en el que el tribunal participa mediante unos mecanismos reglados que asegura ciertos comportamientos que operan como garantía.

De ese debate, de esa discusión, aparece una verdad relativa como una

---

<sup>75</sup> V. Savigni, Kirchmann, Zitelmann y Kantorowicz; “La ciencia del Derecho”, Pág.229, Losada, 1949, Buenos Aires.

construcción en común, y sujeta a las refutaciones que pudieran plantarse ante un tribunal superior.

De esta manera, la producción del servicio de justicia a la que llamamos jurisprudencia no se reduce al fallo concreto; sino también al ámbito de debate que permite la construcción conjunta de sentido que representa la sentencia.

Visto de ese modo, la actividad jurisdiccional, resulta una expresión democrática del manejo del poder, mientras que, como dije, se aseguren garantías mínimas de equidad en la participación.

Desde este punto de vista las personas involucradas dejan su anonimato en tanto protagonizan la construcción jurídica, cuestión que no ha sido tomada muy en cuenta en la enseñanza del Derecho.

O por lo menos, no de esta manera.

#### *IV.- El valor del debate.*

No soy original si me refiero al valor que implica el intercambio de ideas que supone un proceso judicial; pero tal vez quiera ir un poco más allá en sus implicancias.

Me refiero a que cuando las personas se disponen a debatir, si se trata de una actitud de buena fe y honestidad intelectual, deben saber y aceptar que entre las alternativas está la de ser *vencido con* o *convencido* por un argumento contrario.

Si deciden someterse a un tribunal es porque rechazan la violencia que conlleva la prepotencia del dogmatismo

La implicancia más profunda, según creo, de esta realidad, es la renuncia a afirmarme en argumentos de manera ciega y terca. Discutir no es repetir la misma posición todas las veces.

Discutir es ofrecer posiciones y estar preparado para superar las refutaciones, o bien aceptarlas.

Esta alternativa excluye posiciones irreconciliables, excluye el vencer o huir; esa disyuntiva de hierro que llevó la tragedia de Caín.

Cuando las personas aceptamos la posibilidad de que nuestras posiciones pueden ser falseadas o refutadas y entender que ello no significa sucumbir; sino, en

todo caso, la necesidad de buscar mejores argumentos, reconocemos la existencia del otro/otra.

Es que tomar una posición dogmática implica una rigidez que como en el ejemplo de Caín, no deja alternativa.

Por el contrario, disponernos a ser “controlados” por otras razones nos permite el crecimiento.

El dogmatismo se presenta como una individualidad vacía, como una armadura en la que nos refugiamos frente al miedo de ser *vencidos con* otros argumentos.

Ello, porque admitir otros argumentos implica admitir la existencia de la *otredad* que nos lo plantea.

Aquí se da una presunta paradoja, pues al abandonar la individuación dogmática, impermeable, excluyente, negadora; me permito- reconociendo a otro- recobrar una verdadera individualidad, fuerte y segura; que puede actuar e interactuar sin miedo a sucumbir, aún, o mejor dicho gracias, a la existencia de otro distinto.

Lo que sucumbe, en un debate, son las ideas superadas por ideas mejores; pero las personas que las creamos y exponemos, perduramos sobre la base de ese intercambio de ideas que se transforma en nuestra verdadera sustentación.

Así mismo, cabe resaltar que es el mismo proceso de debate el productor de Derecho; pues la sentencia que expresan los tribunales es una síntesis de las proposiciones que se presentan ante el estrado.

Por ello, también sostenemos que quienes ejercen la Abogacía, son los verdaderos creadores del Derecho.

#### *V.- El paternalismo ideológico.*

Quisiera referirme ahora a las implicancias de considerar la jurisprudencia como canal de reparto unidireccional del poder.

Lo que me ocupa es que ciertas construcciones teóricas para explicar aspectos del fenómeno jurídico tienden a desviar la atención en lo dicho jurisprudencialmente, sin considerar las circunstancias en que fue dicho.

Se trata de posiciones aparentemente objetivizantes, pero que a mi entender se sustentan sobre una ideología paternalista que ve a un Poder Judicial que resuelve

problemas con tal complejidad discursiva que torna borrosa la visión sobre el sujeto de Derecho, que resulta causa eficiente de ese trabajo.

A veces, cierto narcisismo literario convierte a las sentencias en espejos donde los autores ven reflejadas sus mejores imágenes, imágenes, a veces, superlativas o desproporcionadas con la realidad.

De esa manera, con ese modo de ejercerla, creo que se desvirtúa la función jurisdiccional en la medida de que el instrumento tiende a convertirse en fin y el verdadero fin último-la persona humana- en instrumento.

En algunas circunstancias parece que los conflictos humanos son sólo la ocasión para poder establecer algún sentido, o para producir un discurso significativo de intereses ajenos a las necesidades sociales.

En ese marco de análisis crítico de la función jurisdiccional se inscribe la denominación de PODER JUDICIAL, en lugar de SERVICIO de JUSTICIA.

Por esta vía, se consolida a los tribunales como canales de reparto del poder, o de reparto de derechos, contrariando la idea de que los derechos son inherentes a las personas.

Y que, por lo demás, pone en jaque la distribución funcional del poder.

Este fenómeno, que lo inscribo dentro del paternalismo, ha llevado a la judicialización odiosa de diversas cuestiones como el permiso para interrumpir un embarazo, el permiso para divorciarse, etc.

Este paternalismo no es patrimonio exclusivo de cierta forma de entender la judicatura, sino que es una posición ideológica de cierta visión del Estado y todas sus emanaciones funcionales.

También en el ámbito privado se expresa este vicio conductual. Resulta un ejemplo clásico ciertas conductas que asume el tratamiento médico. En donde el paciente es sólo la circunstancia nimia y descartable en que la persona que ostenta el título habilitante desarrolla sus capacidades o criterios sin mayor preocupación o consideración de la autonomía personal de su paciente.

#### *VI.- Potestad estatal y ciencia infusa.*

En ocasiones, frente a la diversidad de cuestiones y disciplinas que se

entremezclan en un conflicto llevado al estrado judicial; se produce una confusión de roles y capacidades.

Es que muchos tribunales pierden de vista que su función está limitada a regular un procedimiento predeterminado con el objeto de llegar a una conclusión que dirima el conflicto que las partes no han podido resolver por sí.

En muchos casos quienes tienen la tremenda responsabilidad de dictar sentencia caen víctimas del narcisismo y confunden los andariveles de la misma actividad de juzgar: el procedimiento y las reglas de Derecho, pongamos por caso, relativa a obligaciones contractuales; con el objeto mismo o materia de la que trata el contrato.

### *VII.- La Jurisprudencia con mayúscula.*

Ahora sí puedo volver sobre la cuestión del estilo en tanto al caracterizar la jurisprudencia con letra mayúscula sigo la regla gramatical de conferirle ese “ honor” a los nombres de las ciencias.

Y lo hago porque considerada de la manera que acabo de presentar la actividad jurisdiccional nos lleva a ver en esa actividad al Derecho mismo.

Siempre que no hayamos caído en la tentación de confundir Derecho con Derecho positivo, o mejor dicho con la formulación lingüística de la ley.

Si en la construcción conjunta de verdades relativas para cada caso, reconocemos la puja de valores, reglas y principios que un imaginario colectivo puede sostener en el tiempo, habremos iniciado una revalorización de la jurisprudencia como ciencia social.

Aún con las prevenciones de Kirschmann cuando afirmó que dos palabras de un legislador, echarían por tierra bibliotecas enteras.

Claro está que para este ensayo tomamos el alcance de jurisprudencia, no sólo como conjunto de pronunciamientos; sino como proceso complejo cultural, en el que se juegan y retroalimentan los valores, estereotipos y creencias concretas en danza.

Por ello, esas *palabras del legislador* no pueden aparecer como emergencia, sino, en todo caso, como epifenómeno de un debate social en el que la jurisprudencia es el estrado privilegiado.