

***On the other Hand*, comentario a Balkin y Levinson**

Martin Böhmer*

Entonces Zeus, temiendo que nuestra especie quedase exterminada por completo, envió a Hermes para que llevase a los hombres el pudor y la justicia, a fin de que rigiesen las ciudades la armonía y los lazos comunes de amistad. Preguntó, entonces, Hermes a Zeus la forma de repartir la justicia y el pudor entre los hombres: «¿Las distribuyo como fueron distribuidas las demás artes? Pues éstas fueron distribuidas así: Con un solo hombre que posea el arte de la medicina, basta para tratar a muchos, legos en la materia; y lo mismo ocurre con los demás profesionales. ¿Reparto así la justicia y el pudor entre los hombres, o bien las distribuyo entre todos?». «Entre todos, respondió Zeus; y que todos participen de ellas; porque si participan de ellas sólo unos pocos, como ocurre con las demás artes, jamás habrá ciudades. Además, establecerás en mi nombre esta ley: Que todo aquél que sea incapaz de participar del pudor y de la justicia sea eliminado, como una peste, de la ciudad». Platón, Protágoras.

1.

Cita contra cita. Apenas dos semanas antes del desembarco de las tropas aliadas en Normandía, el juez Learned Hand pronunció su más famoso discurso, que luego se conocerá como “El Espíritu de la Libertad”, ante miles de personas en el Central Park de Nueva York. Muchos de quienes lo escuchaban eran inmigrantes recientemente admitidos como ciudadanos norteamericanos que esperaban las palabras del juez para jurar lealtad a su nuevo país. De inmigrante a inmigrantes, en medio de una guerra que ponía en cuestión el legado de la libertad en todo el mundo, el juez pregunta:

What do we mean when we say that first of all we seek liberty? I often wonder whether we do not rest our hopes too much upon constitutions, upon laws and upon courts. These are false hopes; believe me, these are false hopes. Liberty lies in the hearts of men and women; when it dies there, no constitution, no law, no court can even do much to help it.¹

El ansia por alcanzar la libertad no debe esperar demasiado del derecho. La libertad, según el juez, se encuentra en los pliegues del corazón humano e insufla en él un cierto

* Universidad de San Andrés

1. ¿Qué queremos decir cuando afirmamos que antes que nada buscamos la libertad? Muchas veces me pregunto si nuestras esperanzas no descansan demasiado sobre constituciones, sobre leyes y sobre los tribunales. Estas no son más que falsas esperanzas, créame, falsas esperanzas. La libertad se encuentra en los corazones de los hombres y de las mujeres; cuando allí perece, no hay mucho que una constitución, una ley, o un tribunal pueda hacer para evitarlo. Traducción del autor.

espíritu, un hálito particular, ciertas cuidadosas destrezas, formas tentativas de balancear la voluntad personal con las de los otros. Su definición desafía las formas analíticas del diccionario y se acerca más a una revelación personal que el juez comparte con su auditorio:

What then is the spirit of liberty? I cannot define it; I can only tell you my own faith. The spirit of liberty is the spirit which is not too sure that it is right; the spirit of liberty is the spirit which seeks to understand the mind of other men and women; the spirit of liberty is the spirit which weighs their interests alongside its own without bias...²

La posibilidad de existencia de la libertad depende, según Hand, de ciertas capacidades de los seres humanos. La capacidad de mantener convicciones sin que se conviertan en certezas inmodificables, la capacidad de ponerse en el lugar de alguien que nunca seremos, la capacidad de balancear puntos de vista incluyendo el propio y poder identificar el peso de sus diferentes reclamos. En términos protagóricos, la capacidad de ejercer el pudor y la justicia, las destrezas que definen a la política desde el nacimiento de la democracia, veinticinco siglos atrás. Sin estas capacidades, afirma el juez, no hay constitución, ni leyes, ni tribunales capaces de generar prácticas sociales consistentes con la esperanza de construir una sociedad libre.

2.

Este comentario trabaja en el espacio creado entre las dos citas de Hand: la que da comienzo al trabajo de Balkin y Levinson (B&L) en la cual Hand afirma que todo juez debe tener al menos un conocimiento de pasada de las obras canónicas de la tradición occidental, además de conocer los materiales jurídicos relevantes para su trabajo, y la que acabo de realizar, en la cual Hand caracteriza el sustrato de destrezas necesario para que el derecho haga su trabajo en la creación de una sociedad en la cual los seres humanos puedan aspirar a la libertad. Mi propuesta es que la convicción que afirma la cita de B&L sólo se termina de comprender uniéndola a la cita del discurso sobre el espíritu de la libertad.

En pocas palabras, las humanidades no sólo consisten en el testimonio de las grandes obras de la historia, la filosofía y la literatura, sino también en las destrezas que esas obras buscan desarrollar en quien las aprecia. Las humanidades, en este sentido, a diferencia de las ciencias sociales, son ambiguas. Trabajan, como estas últimas, desde un punto de vista externo y utilizan el lenguaje en su faz informativa para describir ciertas prácticas (como cuando la historia se asume como descripción de eventos pasados), argumentos (como cuando la filosofía es repaso o crítica de teorías filosóficas) y mecanismos expresivos (cuando la literatura se entiende como crítica literaria, confusión que abonan B&L). Pero, y a diferencia de las ciencias sociales, las humanidades también asumen el

2. ¿Qué es entonces el espíritu de la libertad? No lo puedo definir, sólo puedo expresarles mi fe personal. El espíritu de la libertad es el espíritu que no está demasiado seguro de estar en lo cierto; el espíritu de la libertad es el espíritu que busca entender la mente de otros hombres y mujeres; el espíritu de la libertad es el espíritu que balancea sus intereses con los propios sin prejuicios... Traducción del autor.

punto de vista interno de la práctica discursiva de la modernidad, nos obligan a ponernos en el lugar de otros. En efecto, las humanidades utilizan la función realizativa del lenguaje para hacer cosas con él. Entre otras, para convertirnos, en tanto que lectores de sus mejores obras, en el tipo de persona capaz de sostener el espíritu de la libertad de la forma que sugería Learned Hand. Y es por eso que la cita de B&L tiene sentido, porque es esta virtualidad de las humanidades la que permite sostener su lugar privilegiado en el entrenamiento y en la práctica diaria de los operadores del derecho en una democracia constitucional.

Eso por una parte. Por otra, en este comentario voy a situar la discusión con B&L en las peculiares circunstancias de la práctica del derecho en Argentina, tanto desde el punto de vista de la estructura argumental en la que consiste como en la forma en la que educamos a quienes van a participar de esa práctica. Respecto de la primera, nos encontramos viviendo la transición de un derecho regido por las aspiraciones de la codificación a una práctica más compleja que obliga a la evaluación de contradictorios reclamos de autoridad. Respecto de la segunda, la inexistencia de una formación de nivel universitario en humanidades, sumada a la tradición formalista de la enseñanza del derecho complica el desarrollo de las destrezas necesarias para que la transición que estamos viviendo honre las expectativas de quienes esperan que el derecho acompañe la profundización de la democracia en nuestro país.

3.

¿En qué medida son vanas las esperanzas de quienes creen que el derecho les permitirá recuperar, crear o multiplicar los recursos necesarios para llevar adelante su particular forma de negociar las limitaciones que les impone la condición humana? Y de no ser vanas, ¿qué buscan quienes requieren los servicios de los abogados, y qué encuentran como para volver, insistentemente, a confiar sus intereses en constituciones, leyes y tribunales? ¿Cómo se estructura la práctica jurídica para hacer honor a esas esperanzas, para no dejar morir el espíritu de la libertad y para utilizar y fortalecer las destrezas que lo definen? ¿Qué hay, en fin, en la práctica del derecho tal que ella necesite brindar un lugar relativamente destacado a las humanidades? Una forma de comenzar a responder estas preguntas es observando atentamente la práctica cotidiana de la relación del cliente con su abogado, tratando de identificar las destrezas que este último debe utilizar con la finalidad de que aquél le confíe la defensa de sus intereses.

Al llegar un potencial cliente al estudio de un abogado, luego de un breve intercambio de formalidades, comienza a hablar. El planteo mezcla hechos, emociones, valoraciones, afirma sin pruebas, presenta algunos documentos, promete otros. El abogado escucha generando y desechando hipótesis sobre lo que el posible cliente está buscando, sobre cuál interés será convocado a defender. En algún momento la demanda se explicita y en ese momento comienza una negociación sobre cuál es el mejor interés del cliente. No ya sobre cuál es el interés manifiesto sino sobre el interés que puede merecer la protección del derecho. El abogado en este punto debe persuadir a su eventual cliente de que lo que pierde en la traducción de su interés manifiesto al interés presentable ante los tribunales, el interés que puede ganar un pleito judicial, no es tanto como para que abandone la esperanza de que el derecho le otorgue una parte sustantiva de lo que esperaba ganar.

¿Qué estuvo haciendo el abogado durante este intercambio? ¿Qué pensamientos dirigían sus preguntas, qué estrategias ordenaban sus sugerencias? En sus silencios el abogado elaboraba un complejo diálogo con otros, una serie de propuestas hermenéuticas y fácticas que eran respondidas por voces ajenas, generadas en contextos similares, llenas de lagunas que en ese momento no era posible solucionar, a veces contradictorias, que iban ampliando y restringiendo las posibilidades de éxito de las diversas traducciones posibles del interés manifiesto del cliente.

En algunos casos (que se multiplican a medida que crece el conocimiento y la experiencia del abogado, por un lado, y el acuerdo interpretativo de los miembros de la comunidad jurídica por el otro) la respuesta puede ser clara y llegar rápidamente. En otros, en cambio, puede requerir la movida conocida y riesgosa que consiste en solicitar al cliente: “Déjeme los papeles un par de días; los estudio y nos volvemos a juntar.” El abogado espera que con un poco más de tiempo aumente la claridad de la respuesta; que las voces de la ley y de los jueces, unidas a la cacofonía de los juristas y a una cuidada sensibilidad respecto del contexto le permitan armar una estrategia persuasiva. Espera poder convencer a su posible cliente de que tiene la capacidad de presentar su caso de tal forma que pueda contestar todos los argumentos del abogado de la contraparte (abogado al que no conoce, pero a quien imagina al menos tan bueno como él) y persuadir al juez (a quien tampoco conoce, pero a quien imagina como el mejor de la jurisdicción en la que se plantea la demanda) de que el derecho ampara sus intereses.

4.

Este trabajo del abogado sólo es posible en la ausencia del autoritarismo y la anarquía. En el primero el derecho es innecesario porque la solución de los conflictos depende de la voluntad de quien no tiene que dar cuenta de sus decisiones. En el segundo caso no hay siquiera la idea de solución; los conflictos terminan por la fuerza de quienes pueden hacer valer su voluntad. En el estado de derecho los esfuerzos de los actores jurídicos oscilan entre la necesidad de ser innecesarios (la aspiración de brindar seguridad jurídica, previsibilidad, tranquilidad a quienes construyen planes de vida asumiendo que ciertos aspectos de la realidad permanecerán inalterados y que pueden confiar en que los otros harán lo que se comprometieron a hacer) y la de ser una voz relevante pero no última (de tal modo de no convertir al sistema en autoritario) en la solución de los conflictos sociales. Los diversos sistemas jurídicos han oscilado entre la ingenuidad formalista de la superfluidad de los actores jurídicos por innecesarios porque sólo hay derecho y el cinismo realista de la superfluidad del derecho porque sólo hay actores jurídicos. En términos muy generales, la tradición continental tendía a la primera, mientras los sistemas del *common law* tendían a la segunda.

Lejos de ambos extremos, la práctica del derecho, como intenté mostrar muy brevemente, consiste en una trama mucho más compleja de discursos, expectativas, sorpresas, información asimétrica, comportamientos estratégicos, interpretaciones generosas o banales que van armando un lenguaje suficientemente inteligible como para armar discusiones y suficientemente ambiguo como para mantener las discusiones abiertas a nuevos argumentos y actores. Las destrezas que se necesitan para ser parte de esta

conversación son, entre otras, las que brindan las humanidades en su faz realizativa. En efecto, al menos desde el Renacimiento, las humanidades se entendieron como la forma en la que el mundo europeo de la modernidad podía entender y entrar en conversación con mundos ajenos al suyo: ajenos en el tiempo, como el mundo de la antigüedad greco romana, ajenos en el espacio, como América y las Indias, y ajenos en valores, como todos los anteriores y otros más cercanos como el que surgía de la Reforma protestante. Las humanidades, las ciencias de la vida activa, fueron entonces las disciplinas que conformaron principalmente (por encima de la metafísica y de las ciencias de la naturaleza vinculadas con la vida contemplativa) la educación de las elites dirigentes de los estados que se convirtieron en los imperios modernos. Estas disciplinas mostraban, por un lado, lo que nos une en tanto que humanos y por otro hacían inteligibles lo que nos diferenciaba en tanto que miembros de comunidades diversas. Son las artes liberales, al sacarnos de nuestras comunidades, las que justamente nos liberan del status quo de nuestra conciencia para advertirnos, mostrándonos otras posibilidades, respecto de las fuerzas que nos hacen ser lo que somos, las que vienen de nuestro pasado, de nuestras creencias y de nuestras peculiares formas de sentir.

B&L trabajan en Facultades de derecho cuyos alumnos son estudiantes de posgrado universitario. En efecto, antes de ser estudiantes de derecho han atravesado cuatro años de educación universitaria en *colleges* dedicados a la enseñanza de las artes liberales y si bien la lectura de los grandes libros puede estar en retirada, no es menos cierto que el debate ha sido feroz y que en las universidades norteamericanas todavía se puede trabajar asumiendo el conocimiento de las principales obras del canon occidental (sea como fuere que se lo defina). Es razonable pensar que en las Facultades de derecho de B&L las destrezas cognitivas y emocionales de la formación liberal de sus estudiantes pueden darse por, al menos, introducidas en su entrenamiento previo o, en las palabras de Learned Hand se puede decir que los alumnos tienen con ellas un conocimiento, al menos, de pasada. Pero además, cuando los alumnos de derecho llegan a los cursos en los cuales las ciencias sociales son más relevantes, cuando la perspectiva externa se les presenta con toda su fuerza y los profesores de derecho se permiten desplegar sus conocimientos en economía, historia, filosofía, psicología o antropología, los alumnos ya atravesaron su primer año.

El primer año de las facultades de derecho en Estados Unidos ha dado lugar a una larga literatura. Es el año de los cursos básicos del derecho: constitucional, propiedad, daños, contratos y procedimientos (con algunos agregados dependiendo de la universidad de que se trate) y es el año en el que el método de casos con interrogatorio socrático produce en los alumnos una suerte de turbulencia moral que pone en juego sus capacidades para suspender el juicio, entender cuestiones de variada complejidad fáctica, y una vez más, ponerse en el lugar de otros radicalmente diferentes. En definitiva, cuatro años de entrenamiento universitario en artes liberales y un año legendario por producir las destrezas que Hand asigna al espíritu de la libertad son el prólogo a dos años de discusión del derecho con aportes de las disciplinas que asumen el punto de vista externo. Aun acordando con B&L en el resto de sus elucubraciones, el cuadro parece ser algo más complejo de lo que a primera vista aparece a quien esté preocupado por las modas cambiantes de las contrataciones de las facultades de derecho de elite norteamericanas.

5.

Las Facultades de derecho en la Argentina tienen el monopolio del acceso a las profesiones de abogado y de juez, los abogados tienen el monopolio del acceso al Poder Judicial y los jueces el monopolio de la creación de jurisprudencia. Este contexto institucional de la enseñanza del derecho en la Argentina aumenta lo que B & L llaman “la fuerza gravitacional del profesionalismo”. A diferencia de los Estados Unidos, en Argentina no hay examen de habilitación profesional (la forma en la que la profesión regula el acceso a la matrícula) y tampoco “*per se representation*” (la posibilidad de defenderse sin abogado) o las varias formas de desregulación de la defensa de derechos que existen en otros países (mediación y tribunales vecinales, ambos sin la presencia de abogados, entre otros).

Es por eso que, dada la importancia del profesionalismo, resulta interesante hacer una breve referencia a la desaparición de la formación en destrezas profesionales y su abrupto reemplazo por el conocimiento de normas como forma excluyente de la enseñanza del derecho. En efecto, luego de más de un siglo en el cual la formación de los abogados en el territorio argentino (y en toda Hispanoamérica) incluía un entrenamiento por al menos cuatro años en destrezas profesionales (dos en ejercicios simulados en el ámbito de las Academias de Jurisprudencia y dos de práctica en un estudio jurídico), en 1872 (apenas dos años luego de promulgado el Código Civil) ese entrenamiento se reemplazó por cuatro años de conocimiento dogmático del derecho codificado.

Esta reforma de la enseñanza del derecho enmascara la distinción fundamental entre conocimientos y destrezas, haciendo de la adquisición de los primeros la actividad fundamental de las facultades de derecho. Mucho se podría decir de esta movida política de las autoridades universitarias. Baste aquí proponer a la discusión que ella estaba determinada por la necesidad del Estado nacional de hacer del Código Civil el único texto universitario para formar a los futuros jueces y abogados con el objetivo de homogeneizar el derecho en toda la nación. El acuerdo de quienes detentaban el poder respecto de la inadecuación del derecho patrio (con su pluralidad de fuentes, sus complejas capas de legislación y su larga tradición interpretativa que monopolizaba la profesión) para crear el estado nacional llevaba a la celebración del formalismo codificador como forma de disciplinar las veleidades hermenéuticas de un país anárquico.

La exitosa expansión de la ideología codificadora enmascara, como dijimos, la distinción entre conocimientos y destrezas en la medida en que los Códigos generan acuerdos fundamentales en la profesión del derecho respecto de lo que demanda la ley. Así, el abogado de nuestro ejemplo hubiera tenido pocos problemas para responder con seguridad a su cliente en qué medida su interés es también su derecho: su conocimiento de la ley hubiera resultado suficiente porque los jueces pertenecían a la misma comunidad epistémico que el Código creaba. Con el tiempo, digamos unos cuarenta años después, debió agregarse al Código el trabajo de los juristas cristalizado en tratados de derecho que expandían las respuestas del Código dándole sentido y agregando algunas de las soluciones de la jurisprudencia.

El Código y la doctrina de los juristas armaron un lenguaje propio y el conocimiento de ese lenguaje resultaba suficiente para acceder a la comunidad que lo hablaba. Sin embargo, que la expansión exitosa de la codificación enmascare la distinción entre conocimientos y

destrezas a favor de aquellos y en detrimento de estas, no significa que la borre. Ocultas bajo la ideología formalista, las destrezas profesionales siguieron cumpliendo su papel y aunque desterradas de las facultades de derecho, continuaron siendo enseñadas y adquiridas en el ejercicio de la abogacía y de la magistratura. Si bien, y a riesgo de idealizar, el conocimiento de las normas del Código primero y de las del Código comentado por los juristas después resultaba más importante que la capacidad de ponerse en el lugar del abogado de la contraparte y sobre todo en el lugar del juez, ello se debía más a que todos los miembros de esta comunidad hablaban un lenguaje relativamente unívoco. Es decir, que no había que hacer un gran esfuerzo para ponerse en el lugar del otro porque el otro no era demasiado ajeno. El derecho consistía más en la aplicación de normas, en la respuesta a demandas por incumplimiento, en la puesta en marcha del aparato represivo del estado, que en un ámbito de deliberación sobre lo que el derecho dice y menos aun, sobre lo que debería decir.

6.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte el derecho argentino ha comenzado a sufrir una serie de cambios normativos y sociales que parecen destinados a generar una modificación radical en las dinámicas a las que nos tenía acostumbrados. En efecto, las especiales circunstancias de la llegada de la democracia en 1983 han comenzado a producir un movimiento desde el monoteísmo que tenía al derecho codificado como su única deidad, a un politeísmo gracias al cual el sistema jurídico multiplicó sus fuentes de autoridad y admitió en sus altares las voces plurales de otras reglas y principios. Los nuevos dioses que reclaman autoridad normativa son, entre otros, la Constitución, los tratados internacionales, las leyes que regulan regímenes especiales que excepcionan las reglas generales del Código y la jurisprudencia nacional y extranjera.

Cada uno genera un reclamo de autoridad autónomo y se articula a través de valores que a su vez generan formas argumentales propias. La Constitución, y algunos tratados internacionales, en su faz de reconocimiento de derechos recogen la fuerza valorativa de la moral sustantiva y la expresan con las peculiares características argumentales de los principios. Por su parte, las leyes recogen la fuerza valorativa de ser el resultado del acuerdo mayoritario y en general su discurso toma la forma más restringida de las reglas. La jurisprudencia, frente a las fuerzas del cambio que en general encarnan las leyes tiende a mostrar la cara conservadora del derecho, la necesidad de que el lenguaje sea semánticamente consistente a lo largo del tiempo, defendiendo las expectativas de quienes crean sus planes de vida asumiendo que ciertos aspectos de la realidad social no cambian de un día para el otro y que los compromisos están para ser cumplidos. Su forma retórica está atada al hecho de que los jueces hablan a partir de casos concretos y en general individuales, por lo que siempre es complejo inferir consecuencias de las decisiones judiciales y al mismo tiempo no hay alternativa si queremos saber cómo van a fallar en el futuro.

Como correctamente afirman B&L el prescriptivismo del derecho, esa necesidad permanente de preguntar en qué medida un trabajo intelectual cualquiera sirve para producir un mejor resultado normativo, hace más relevante ciertas disciplinas y menos relevantes otras. En efecto, para calcular el peso del reclamo moral que realizan los derechos, o la

cualidad de legítima de una determinada autoridad, la filosofía resulta fundamental. La historia, por su parte, nos brinda datos de la forma en la cual, por ejemplo, los legisladores veían ciertos problemas al momento de crear normas para resolverlos y también de qué forma se entendía que su poder resultaba legítimo para hacerlo. La crítica literaria puede aclarar ambigüedades en la utilización del lenguaje en diferentes discursos. Las humanidades son en estos casos utilizadas desde una perspectiva “externa”, como fuentes de argumentos para ser utilizados en disputas sobre lo que el derecho debe ser.

Sin embargo, lo que B&L dejan de lado es la posibilidad de ver a las humanidades desde el punto de vista interno y al derecho como parte de ellas. En la medida en que el derecho no requiere sólo la capacidad de medir el peso de cada reclamo de autoridad, sino fundamentalmente decidir, aun cuando esos reclamos son difíciles de comparar o aun cuando resultan inconmesurables, y persuadir a los miembros de la comunidad política de que la propia es la mejor forma de hacerlo, las destrezas que permiten generar los mejores argumentos (tales como la capacidad de no estar atados a nuestras certezas, de ponernos en el lugar del otro y de vernos como uno más en una comunidad de iguales) resultan inescindibles de la práctica del derecho. La capacidad realizativa de las humanidades, su poder de convertirnos en ciudadanos libres al obligarnos a practicar las destrezas de la modernidad hace de su conocimiento y manejo experto una parte fundamental del entrenamiento de los abogados argentinos luego de la caída de la codificación.

Como es obvio este cambio epistémico rompe la comunidad de acuerdos que los actores jurídicos tenían hasta hace unos años. Con él se pone en cuestión la relevancia de las soluciones brindadas por la doctrina en la medida en que ella ha quedado como un reclamo más de autoridad entre varios otros. Pero en términos más generales, el juego de acuerdos que hacía innecesario una formación en destrezas argumentativas complejas está terminando su ciclo y un nuevo acuerdo epistémico es necesario para volver a crear comunidad jurídica. Sin ella, la voluntad de los actores se desata y la discrecionalidad tan temida por el formalismo reinaría sin más límites que el pudor personal de los magistrados.

La formación de los abogados, que va desde el fin de su educación secundaria hasta la habilitación profesional, debe ser radicalmente puesta en cuestión en la Argentina en la medida en que el cuadro que acabo de trazar brevemente sobre la situación del derecho sea correcto. Una cierta forma de acuerdo sobre el contenido del derecho que funcionó durante cien años se ha puesto radicalmente en crisis y por lo tanto las instituciones que le eran funcionales deben seguir el mismo camino. En ese camino la enseñanza del derecho y el estudio de las humanidades se vuelven a encontrar, para que las últimas le brinden a la primera los secretos de la formación en las destrezas básicas de una sociedad libre.