

ralismo y el positivismo y formula un examen del pensamiento dworickiano que enfatiza una visión discrepante, respecto de las conclusiones teóricas del divulgado autor norteamericano. En los otros tres ensayos nos ocupamos, respectivamente, de la obra de Jürgen Habermas, de John Rawls y de Niklas Luhmann. Procuramos presentar las ideas fundamentales, de suyo densas y complicadas, de estos encontrados pensadores contemporáneos, sin adiciones ni vacuas simplificaciones, con el propósito de tomarlos accesibles y al mismo tiempo, de exhibir acuerdos y desacuerdos.

CARPETA 408 T3 DR. CARLOS COLLEVA

NOTAS ACERCA DE LA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO

CAPÍTULO IX

I. PRELIMINAR METÓDICO

Como es conocido, fue Thomas Kuhn quien introdujo en el campo epistemológico la noción de "paradigma", aplicada, en principio, a las "ciencias duras" como la física, la biología, etc. Mediante dicha noción aludía a un conjunto entramado de conocimientos, prácticas científicas, criterios estandarizados de aceptabilidad de los enunciados y concepciones compartidos por la comunidad científica concernida, duran e una cierta época más o menos prolongada. Precisamente, el cambio o ruptura de un paradigma solía implicar, desde su punto de vista, un progreso o un avance en esa rama del saber, pues ciertos enunciados considerados hasta entonces aceptables, habían sido refutados por una experiencia negativa. Y, en la concepción de Kuhn, como mucho antes en la de Bachelard, el conocimiento sólo avanza a partir de rupturas, de revoluciones, de la sustitución de una red de conocimientos por otra más adecuada, esto es, con mayor fuerza explicativa o con mayor capacidad predictiva o con ambas cosas a la vez.

Los logros científicos de las últimas décadas del siglo que acaba de abandonarnos, pusieron en zona de turbulencia la estabilidad de muchos paradigmas de las ciencias duras, de modo que éstas devinieron tan lábiles y provisionarias como las "blandas", designación algo despectiva con la que solía aludirse a las ciencias sociales, también llamadas humanas, del espíritu, culturales, etc., según épocas y lugares. De este modo, el ejemplo del término "paradigma" se ha generalizado y es frecuente su uso, por ejemplo en las ciencias jurídicas, en las que la literatura especializada suele hacer referencias al paradigma jursnaturalista o positivista o ego-

lógico o realista o crítico o analítico, o sistémico, etc. Sin embargo, la noción pierde aquí la relativa precisión originaria y se torna aun más vaga. Alude, en la mayor parte de los casos, a un conjunto de principios, a ciertos criterios metodícos y/o epistémicos, a la existencia o inexistencia de valores. En verdad, no se precisa mucho más que eso para caracterizar, en trazos gruesos, una cierta concepción doctrinaria.

Sin embargo, los positivistas vernáculos suelen incurrir en este respecto en equívocos retóricos y excesos retóricos, autoperentiándose como los únicos que exhiben un pensamiento completo y sistemático, susceptible de ser considerado una "auténtica" teoría del derecho. Resulta necesario rebatir este argumento. Muy por el contrario, es el carácter reductivo y por lo tanto insuficiente de esa concepción, que sólo considera la dimensión normativa del fenómeno jurídico, dejando "afuera", esto es, dejando impertinentes, sus dimensiones éticas, políticas, teleológicas, etc., lo que facilita el área de sistematicidad de la que es portadora. Los análisis finos de algunos de sus representantes más lúcidos, hace ya tiempo, han puesto en crisis esa equívoca convicción (ver Gauthourg, Ricardo, *Derecho, sistema y realidad*, Astrea, Buenos Aires, 1986).

Por otra parte, más allá de que existan muchos justracionalismos, cómo restar importancia a una concepción que arranca con los presocráticos, atraviesa la antigüedad y la larga Edad Media y construye el núcleo político-filosófico de la Modernidad; cómo ignorar el carácter sistemático de una vastísima obra como la de Luhmann, que concibe y explicita una teoría general del sistema social y luego formula desarrollos específicos para cada uno de los principales subsistemas: la economía, la educación, el derecho, etcétera.

El aporte que una determinada concepción hace a la construcción de una teoría general (en este caso la del derecho) se define, en realidad, por su carácter innovativo, por su capacidad para poner en escena, esto es, para develar, nuevas problemáticas y, consecuentemente, para elaborar cuestiones alternativas. Su talante más o menos sistemático, remite a una cuestión más crucial de naturaleza epistemológica: ¿Cómo se conoce? ¿Existe una sola epistemología (monismo) o cada rama del saber crea y desarrolla sus propios protocolos de corroboración o admisibilidad de los enunciados que la estructuran (pluralismo)? Éste también es un debate que separa aguas en la teoría jurídica.

Nosotros asumimos una concepción pluralista, sobre la que más adelante volveremos. Baste aquí alertar al eventual lector, acerca de la falacia de autoridad que esconden ciertos argumentos. Una cosa es la coherencia que debe exigirse a cualquier concepción teórica que aspire a ocupar

un lugar en el universo del conocimiento y otra muy distinta, exigirle que se despliegue a la manera de una axiomática. El modelo axiomático (un núcleo de enunciados básicos declarados verdaderos y alguna regla de inferencia que permita deducir nuevos enunciados a partir de los iniciales), ha resultado exitoso aplicado al conocimiento formal como la geometría o la lógica y bastante inservible, en cambio, aplicado al conocimiento de la interacción humana.

Por tales razones, la denominada "teoría crítica del derecho" se piensa a sí misma como un conjunto de problemáticas consistentemente enlazadas, pero "abiertas". Comprender el fenómeno de la juridicidad implícita da cuenta de una parte de la interacción humana que, para tomarse progresivamente más inteligible, exige tener presente, a la manera de un horizonte de sentido, al resto de la interacción humana. Y, como de ese "resto" se ocupan otras disciplinas, como la ética, la sociología, la antropología, la economía, etc., la teoría jurídica lejos de cerrarse en un "universo propio", sin por ello perder su especificidad, debe recorrer el camino de la multa y transdisciplinariedad.

No existen, pues, textos canónicos de la Crítica Jurídica, ni manuales en los que puedan encontrarse sus "r" (ene) verdades fundamentales. El lector interesado hallará textos, ensayos, libros o artículos, generalmente polémicos y escasamente pedagógicos, ocupados de cuestiones que, superficialmente consideradas, aparecen como extrañas al pensamiento ordinario de los juristas. Por ejemplo, la relación entre el derecho y el poder. El sentido común jurídico parece indicar que ése no es un tema de los juristas, quienes no se ocupan de esas cosas, sino de unas técnicas específicas, de instituciones y normas, de pleitos, de códigos, de procedimientos, etcétera.

Sin embargo, el sentido común, como es sabido, es el menos común de los sentidos. El sentido común no es más que un modo de aprehender la realidad, impuesto por un conjunto de ideas y prácticas dominantes en un momento y lugar determinados, cuyo propósito fundamental como el de la ideología en general, consiste en "naturalizar" lo contingente; en hacer de la contingencia—por ejemplo, la que refiere al modo en que el poder social se encuentra distribuido—un dato natural, esto es, inescindible y permanente, como la mismísima rotación de la tierra. Pero, a poco que se reflexione, ¿qué son esas técnicas, esas normas, esas instituciones, esos procedimientos, sino el mecanismo a través del cual, cierta cuota de poder social se materializa y se legitima? ¿qué son los juristas, sino quienes tienen a su cargo la implementación de tal mecanicismo? Si esta consideración fuera acertada, la relación entre el derecho y el poder no debería ser ajena a la reflexión de la teoría jurídica.

En los apartados que siguen propondré algunos ejes que, a mi juicio, son comunes y caracterizan las preocupaciones generales de los autores que han formulado aportes desde la perspectiva crítica.

II. ALGUNOS RASGOS COMUNES

Es posible ubicar la aparición de la crítica jurídica como un movimiento teórico de nuevo tipo en el campo del derecho, entre los finales de los 60 y principios de los 70. Sus manifestaciones eran heterogéneas pero, claramente, compartían algunos núcleos fundamentales de carácter conceptual.

(1) Consideraban agotados los grandes paradigmas teóricos vigentes, el jusnaturalismo en sus distintas versiones y el juspositivismo, también en sus distintas versiones. Ese agotamiento radicaba en la imposibilidad de ambos modelos de superar los respectivos reduccionismos que cada uno de ellos representaba; el de carácter ontologista, en el caso del jusnaturalismo y el de carácter normativo, en el del juspositivismo. Tales reduccionismos impedían a cualquiera de dichas concepciones, dar cuenta de la complejidad epocal de lo social y, correlativamente de la complejidad del derecho. Al focalizar su atención de manera exclusiva y excluyente en alguna de las dimensiones de un fenómeno multívoco, resultaban fatalmente insuficientes para entenderlo en aquella complejidad y en su consecuente diversidad. El derecho de la modernidad tardía es, al mismo tiempo: una tecnología elaborada por siglos, un discurso justificatorio portador de criterios axiológicos, un modo de transformar poder político en práctica social, un mecanismo a través del cual se limita el ejercicio arbitrario de la autoridad y se consagran garantías recíprocas incluídas en el pacto de convivencia, una ideología práctica, un saber estilizado, etc. Ninguna posición reductiva, por importante que sea el dato específico sobre el que haga hincapié, podría mostrarse adecuada, al perder de vista la variedad de fenómenos que constituirían el objeto de su reflexión.

(2) Con la sutileza que le es propia, Norberto Bobbio, sin duda uno de los grandes juristas y politólogos del siglo XX, comprendiendo estos límites, ensayó una inteligente defensa del positivismo, con el que siempre se identificó, aunque desde una perspectiva muy heterodoxa que, como el mismo sostenía con frecuencia, lo acercaba al pensamiento crítico¹. Así,

¹ Afirmaba que un jurista no podía renunciar a la crítica y que su responsabilidad lo se agotaba en la tarea de decir cómo era el derecho, sino en postular, además, cómo

distinguí entre un positivismo que denominó "ideológico", versión extrema, dogmática y ortodoxa; de un positivismo "metodológico", más abierto y flexible, cuya identidad fundamental consistía en concebir al derecho como un dato de la realidad, como una creación práctica e histórica de la evolución social. Naturalmente, desde entonces, ningún positivista se asumió a sí mismo como ideológico. Sin embargo, unos y otros compartían ciertos presupuestos epistemológicos que la Crítica Jurídica cuestionaba radicalmente. Por una parte, la clara asunción de un modelo de tipo explicativista, importado de las llamadas ciencias duras, como único modo de conocer. La física era la más desarrollada de las ciencias fácticas, por lo tanto había que aplicar al conocimiento de lo social ese modelo, básicamente el método hipotético deductivo y al mismo tiempo los notorios desarrollos en el campo del conocimiento formal de las lógicas modales. Algunas de estas ideas ya estaban presentes en el nacimiento del positivismo. Recuérdense las recomendaciones de Augusto Comte, el "padre" de la sociología, en su ya emblemática obra, no por casualidad bautizada *Física social*: "...hay que tratar a los hechos como si fueran cosas...". El problema consiste en que los hechos a los que se refieren las ciencias sociales en general y el derecho en particular, son conducta humana y ésta es difícil de tratar como una cosa, escasamente pesable o medible. La asunción de un punto de vista explicativista, implica una concepción monista del conocimiento, para la que hay sólo un modo de conocer, predominantemente el de la física (fiscalismo), al tiempo que un único enlace entre las proposiciones, el de naturaleza causal (causalismo). En el campo del derecho, la asunción de estas premisas epistémicas por parte de los autores más representativos, la más de las veces implícita más que explícitamente, condujo a dicotomías fundantes, entre ser y deber ser, derecho y moral, derecho y política, etc., que la teoría crítica, también ha rechazado decididamente.

Tales dicotomías, presentes de manera especial en la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen, pero con leves variantes, presentes también en

debla ser (ver "La función promocional del derecho", en *Contribuciones a la teoría del derecho*", Fernando Torres Editor, Madrid, 1980). Es también significativo en este respecto su ensayo *Kelsen y el poder*, publicado en castellano en *Crítica Jurídica*, revista de doctrina de la Universidad Autónoma de Puebla. Allí, luego de un sutil análisis de la idea de Norma Fundamental, propone reconocer que como fundamento de todo acto originario de poder, debe identificarse no la existencia de una hipótesis gnoseológica, sino una factica relación de fuerzas, capaz de respaldarlo mediante violencia actual o potencial.

la obra de otros filósofos positivistas o de la llamada corriente analítica, no sólo han sido objetadas por los Críticos, también por las escuelas y autores más representativos de la actualidad, v. gr.: los comunitaristas (Walzer, Taylor, Buchanan, Sanders, etc.) y otros como Rawls, Dworkin, Habermas, Luhmann, etc. Al contrario, todas estas concepciones, por distintos caminos y sobre la base de también distintos presupuestos, intentan mostrar la complicación recíproca de estas polaridades: facticidad y validez, derecho y moral, política y derecho. Al hacerlo, no están renunciando a formular descripciones científicas de su objeto, están rechazando una descripción que fue dominante durante varias décadas, pero que se muestra hoy esclerosis e insatisfactoria. Naturalmente, para concretar su propósito deben cuestionar y desplazar los puntos de partida metodológicos del positivismo y optar por otros. En algunos de estos pensadores, una suerte de neo-aristotelismo; en otros un elaborado neo-kanismo; en otros un macizo esfuerzo innovativo (autopoiesis sistémica); en el caso de la Teoría Crítica, en mi opinión, predomina un modelo metodológico de tipo dialéctico-comprensivo. La dialéctica en su tránsito de Hegel a Marx y la comprensión, en la tradición que arranca con Dilthey y pasa por autores como Weber, Schütz, Winch, Wittgenstein, Gadamer, Ricoeur, Davidson, etc. Ello sin perjuicio además, de otras notorias influencias que han dejado su marca: la Escuela de Frankfurt, Bachelard, el estructuralismo marxista, Foucault, Derrida, etcétera.

3) Esos puntos de partida ponen en crisis la llamada "filosofía de la conciencia" y su propósito de explicar los fenómenos de funcionamiento y legitimación de lo social, a través del criterio de la elección racional (*rational choice*). Heredera del utilitarismo, esta concepción intenta describir la interacción social mediante el cálculo racional que los sujetos realizarían en cada caso, procurando la optimización de sus beneficios. De este modo, la sociedad es vista como el resultado de liberado y consciente de la actividad de sujetos incondicionados, actuando según la lógica de la relación costo-resultado. Para las filosofías críticas, en cambio, no son los sujetos los que constituyen la sociedad, sino que es ésta la que constituye a los sujetos, determinándolos a través de complejos procesos de socialización, que le otorgan identidad y reconocimiento dentro del grupo y que, al unísono, le inculcan valores, comportamientos, visiones del mundo, etc. Se trata de una concepción que se distingue de la antropología étno y antropológica de culto liberal, para inclinarse por una visión estructural-sistémica de lo social y de sus diversas manifestaciones, entre ellas, las de naturaleza jurídica. Por esa razón, privilegiaban un análisis funcional del derecho que, según la conocida clasificación de

Bobbio, se ocupa de sus fines sociales, por sobre un análisis estructural, que se ocupa sólo de su carácter más o menos sistemático, o sea, de las propiedades lógicas del discurso normativo (completitud, consistencia, decidibilidad).

4) Para terminar este apartado, debe subrayarse el valor y la importancia que la crítica jurídica ha atribuido al fenómeno de la "ideología" en la teoría del derecho. Esto es, en términos muy latos, al conjunto de representaciones sociales que son producto de las relaciones de poder establecidas y con frecuencia funcional para su histórica reproducción. He tratado en otros textos la relación entre derecho e ideología y a ellos remito al lector interesado².

III. DISTINTAS CORRIENTES DE LA CRÍTICA JURÍDICA

En Europa, tres han sido las líneas más representativas de la Crítica Jurídica. Por una parte, el movimiento liderado en Francia por Michel Maitle e integrado por un importante y destacado número de juristas preponderantemente dogmáticos, esto es, especializados en algún área particular del derecho, entre ellos, Antoine Jeammaud, M. Jeantin, J. Michael, Ph. Dujardin, J. J. Gleizal, G. De la Pradelle, D. Rondit, etc. Su intento fue el de desarrollar una teoría jurídica desde la perspectiva del materialismo histórico. Probablemente la ortodoxia de la propuesta constituyó su propio límite. Sin embargo, muchos aportes de innegable importancia son hoy la herencia del movimiento, sobre todo en relación con el derecho público y el rol del Estado en las sociedades de este fin de siglo.

Por otro lado, en Italia la corriente del "Uso Alternativo del Derecho", en la que militaron autores de la talla de Barcellona, Ferrajoli, Senese, Accatatis y muchos otros. Tuvieron una marcada influencia en Alemania y en España y postularon una interpretación alternativa de las normas jurídicas, a partir de las anfractuosidades, vacíos y lagunas semánticas del discurso del derecho, de suerte que dejara de ser un instrumento de justificación de la opresión política y social y pasara a ser un instrumento capaz de servir los intereses históricos de los desposeídos, de los discriminados, de los desfavorecidos. Sus elaboraciones doctrinales tuvieron una gran influencia en el pensamiento de los jueces progresistas y

² Conf. *La idea de ideología en la teoría pura del derecho*, Cooperadora, Buenos Aires, 1972; "Derecho y marxismo", en *Derecho, política y magistratura*, Bihlos, Buenos Aires, 1996; *La opacidad del derecho*, Trota, Madrid, 1998.

fueron determinantes en el surgimiento de la sindicalización judicial en muchos países y en el diseño de programas de acción para agrupaciones tales como "Magistratura Democrática", de Italia, o "Jueces para la Democracia", de España.

Por último, debe mencionarse al movimiento de los "Critical Legal Studies", de origen anglosajón que posee manifestaciones importantes en Inglaterra (Peter Fitzpatrick y Bernard Jackson, entre otros) y en Estados Unidos (Duncan Kennedy, Robert Unger, Alan Hunt, etc.). Entre estos autores ha predominado una concepción "deconstructivista" no sólo por la influencia del pensamiento derridiano, sino también por el declarado propósito de exhibir los límites ideológicos del derecho aplicado, su generalizado modo de operar como mecanismo de reproducción del poder y de la dominación social. Algunos, sin embargo, no rechazan la posibilidad de basar en la crítica de los paradigmas tradicionales un modelo reconstruccionista que permita dar cuenta del derecho de la postmodernidad (Unger).

En cualquier caso, todas estas corrientes han pasado, paulatinamente, de la denuncia y la crítica radical, a planteos teóricos más elaborados que han contribuido a renovar, de manera considerable, el debate doctrinal.³ La influencia italiana y francesa ha tenido mayor fuerza en países como México, Brasil y Argentina. La influencia anglosajona parece predominante en países como Perú y Colombia. De todos modos, América latina posee un perfil propio y movimientos de juristas críticos de relevancia, que vienen desplegando temáticas originales y análisis de considerable profundidad.

IV. FACTORES QUE EXPLICAN LA EMERGENCIA DE TEORÍAS ALTERNATIVAS EN AMÉRICA LATINA

Vuelvo aquí sobre algunas ideas que sobre el mismo asunto he desarrollado de manera más extensa en un trabajo anterior, mencionado ya en la nota 3.

1. Como se recordará, en la década del 60 la denominada "Alianza para el Progreso" fue un plan político y económico de Estados Unidos,

³ Me he ocupado con mayor detenimiento de las perspectivas críticas en Italia y Francia en "Teorías jurídicas alternativas", en *Derecho, política y magistratura*, cit. Para ampliaciones acerca de los *Criticals*... ver Pérez Liardós, Juan, *El movimiento Critical, Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996; Tushnet, Mark, "Critical Legal Studies: a Political History", *Yale Law Journal*, 1991, nro. 100.

de inspiración kennedyista, destinado a reformular las bases de sustentación de la hegemonía norteamericana en el subcontinente. Propendía a una reorganización de la dependencia, basada en una mayor integración mediante la implementación de las denominadas políticas desarrollistas, representadas en el Cono Sur por Kurbichek, en Brasil, y Frondizi, en la Argentina. En los papeles, se trataba de un pequeño plan Marshall para América latina, que supondría considerables inversiones acompañadas, al mismo tiempo, por una vigorosa modernización de las estructuras políticas atadas, pese a las enfáticas declaraciones democráticas y republicanas de nuestras formalmente actualizadas constituciones, a las formas más primitivas del clientelismo, el caudillismo o el coronelismo.

Más allá de las inversiones reales, de las que hubo pocas en la región, una importante cantidad de dinero se destinaria al financiamiento de investigaciones sobre cuestiones relativas al funcionamiento del Estado, sistemas políticos, organización judicial, acceso del justiciable a la jurisdicción, sistemas informales de resolución de conflictos, etcétera.

Dichas investigaciones, ligadas en general a las concepciones desarrollistas, que daban fuerte impulso a los estudios empíricos referidos al funcionamiento material de las instituciones, atrajeron a muchos jóvenes juristas interesados en explorar el papel del derecho en el cambio social. Los estudios de derecho tradicionales, en los que predominaban las visiones formalistas y los modelos especulativos, no constituían un marco adecuado para esos emprendimientos, razón por la cual muchos de ellos fueron a la búsqueda de otros marcos disciplinarios (la sociología o la antropología jurídica; la teoría política); otros, comenzaron a explorar la formulación de paradigmas jurídicos que permitieran reflexionar acerca de las dimensiones sociales del derecho, ausentes, como ya se ha dicho, en las concepciones jurídicas habituales.

2. A inicios de los 70, otro episodio produjo un fuerte impacto en el universo conceptual de juristas y científicos políticos, en especial de quienes adscribían al marxismo. La Unidad Popular, el frente político de Salvador Allende, triunfó electoralmente en Chile y se propone nada menos que instaurar el socialismo por la vía democrática.

Surge así la problemática llamada de la "transición pacífica al socialismo" que exige revisar, con urgencia, las categorías tradicionales que bajo la inspiración de Stuchka, Vichinsky o Pashukanis, reducían el derecho a mero "reflejo" de las relaciones de producción o a "expresión de voluntad" de la clase dominante. Se hacía preciso ahora responder al desafío histórico, y entender y teorizar la capacidad que la instancia jurídica poseyera, para funcionar como agente de transformación.

A esta demanda fáctica se sumaban los profundos cambios que en la teoría marxista en particular y en el pensamiento de izquierda en general, se verificaban en la época, en el plano conceptual, sobre la base de la lectura de la obra gramsciana y la influencia de autores como Althusser, Poulantzas, Colletti y otros. Así como también la emergencia del "eurocomunismo", en el plano de la realidad histórica inmediata. El tradicional desdén hacia el estudio del derecho en estas corrientes, vino a ser reemplazado por un creciente interés teórico que, a no dudarlo, ejerció, en esa década, notoria influencia en el subcontinente americano.

3. Por fin, este sesgo que intentamos describir en relación con los estudios teóricos del derecho, se profundiza, pocos años después, de manera dramática.

El proceso chileno es abortado en 1973 por el golpe pinochetista; el gobierno constitucional en la Argentina, de efímera duración, es derrocado por los militares que encabeza Videla, en 1976. Uruguay sigue la misma suerte. Brasil es gobernada desde 1964 por las fuerzas armadas. Se inicia en la región un período signado por la represión, el terrorismo de estado, la desaparición forzada de personas y la violación sistemática y descarnada de los más elementales derechos humanos.

Se comprende entonces, al precio más alto, el valor de las instituciones democráticas y la importancia estratégica de la defensa de los derechos humanos.

Democracia y derechos humanos son las nuevas categorías de la acción política y resulta necesario teorizarlas.

Digo, pues, que la articulación de todos estos factores que históricamente se suceden en la región, explica también la aparición y desarrollo de nuevos modelos de pensamiento jurídico y social, de prácticas jurídicas alternativas, de revalorización de la democracia y la participación ciudadana y de juristas que, afirmando las ideas del garantismo, necesariamente ligado al valor de la legalidad, no por ello reifican la norma, ni soslayan el debate acerca de la justicia. No ya de la justicia de los dioses, ni de la justicia de las intuiciones esencialistas, sino de una justicia humana falible, pero también perfectible; histórica y contingente, exenta de sujetos privilegiados que la edictan y producto dialógico de la tolerancia y el reconocimiento recíproco de los sexos, las razas y las ideologías.

V. LA TEORÍA CRÍTICA EN LA ARGENTINA

En 1975 se celebró en la Universidad de Belgrano, en Buenos Aires, un Congreso Internacional de Filosofía Jurídica, en el cual fueron presentados los primeros papeles que expresarían a esta corriente, que surgía más o menos en la misma época que "Critique du Droit" y que contaba entre sus inspiradores a Enrique María, Alicia Ruiz, Ricardo Eitelman y al autor de estas líneas, entre otros.

En la base de su preocupación se hallaba una clave epistemológica. Procuraban poner en juego categorías teóricas que permitieran dar cuenta de los anclajes del derecho con las formas históricas de la socialidad, para lo cual, ciertamente, carecían de utilidad las que provenían de las teorías tradicionales. Sostenían la necesidad de hacer pertinente el aporte de una teoría de la ideología que se hiciera cargo de los niveles del imaginario social y su articulación múltiple con el mundo de las normas, las prácticas institucionalizadas, el saber de los juristas y las representaciones de los súbditos.

Impugnaban la pretensión hegemónica y el reduccionismo de las corrientes normativistas que implicaban un puro juego de disposición y organización metodológica de lo jurídico, con su secuela de pretensión y olvido de lo social.

Para ello se basaron en categorías provenientes del materialismo, pero en un contexto heterodoxo que, en su misma base epistemológica, se nutría de una tradición francesa distinta y a veces distante del marxismo, como era el caso de la representada por autores como Bachelard, Canguilhem o Foucault.

Ciertamente, el aporte de "Critique du Droit" fue importante e influyente pero, a diferencia de la corriente francesa, la argentina intentó de inicio un camino más ecléctico.

Permeaba la idea de que, para dar cuenta de la especificidad de lo jurídico, era menester comprender también la totalidad estructurada que lo contenía, es decir, la totalidad social y que, para ello, se necesitaba constituir un saber que se desplegara como lugar de intersección de múltiples conocimientos: históricos, antropológicos, políticos, económicos, psicoanalíticos, lingüísticos, etc. Por ello, en los trabajos que se fueron desarrollando, se encuentran categorías provenientes de muchas de esas disciplinas, enlazadas en un intento de síntesis productiva. No mediante un ingenio recurso de mera adición, sino siguiendo la propuesta de Canguilhem: "trabajar un concepto es hacer variar su extensión y comprensión, generalizarlo por la incorporación de rasgos de excepción, ex-

portarlo fuera de su región de origen, tomarlo como modelo, en síntesis, conferirle por transformaciones regladas, la función de una forma"⁴.

Procuraban, además, generar una teoría crítica en un doble sentido; por un lado, exhibiendo los límites de las concepciones aceptadas, es decir, crítica de la teoría; por el otro, no sólo describiendo un determinado campo objetivo, sino también, en la tradición de las filosofías críticas, coadyuvando a su transformación; en esto, teoría crítica.

Estos señalamientos, según creo, permiten tener una idea de las preocupaciones iniciales. Para desarrollos más específicos y exhaustivos remito al lector interesado al prólogo del libro *El discurso jurídico*, Hachette, Buenos Aires, 1982, y al ensayo incluido en él "Aportes a la formación de una epistemología jurídica", ambos de Ricardo Entelman.⁵

Me parece pertinente, teniendo en cuenta los límites de este trabajo, reseñar, muy sintéticamente por cierto, algunas de las problemáticas que el aporte de la teoría crítica en la Argentina, ha puesto en escena, en la convicción de que ellas abren un camino teóricamente productivo.

El derecho ha sido pensado como una práctica social específica que expresa y condensa los niveles de conflicto social en una formación histórica determinada. Esa práctica, es una práctica discursiva en el sentido que la lingüística atribuye a esta expresión, esto es, en el sentido de un proceso social de producción de sentidos.

Diversos aspectos del discurso jurídico han sido tematizados, como por ejemplo, el que refiere a su homogeneidad. Mari ha sostenido que en él: "...no hay uniformidad semántica. Su modo de constitución es un proceso no continuo. Una decisión judicial (tomada como discurso tipo, aun cuando no existan razones para no extender el análisis a otras unidades de discurso como las normas, por ejemplo) tiene un proceso de formación, descomposición y recomposición en el cual intervienen otros discursos que, diferentes por su origen y función se entrecruzan con él. Entre el proceso de formación y el producto final formado, hay una ruptura, una distancia, una brecha. Este resultado no es una operación deductiva que descubre significados ya presentes en la norma como esencia. Tampoco es una 'creación' judicial que pueda ser interpretada como decisión individual. En todo caso la decisión refleja la relación de fuerzas de los discursos en pugna..."

⁴ CANGUILHEM, George, *Lo normal y lo patológico*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1971.

⁵ ENTELMAN, Ricardo, en AA.VV., *El discurso jurídico*, Hachette, Buenos Aires, 1982.

En muchas ocasiones como lo muestra la descripción de Foucault en el caso "Pierre Riviere", que sirve de base a la investigación de Mari, un discurso ausente es el condicionante que define el modo de constitución y el sentido del discurso del derecho, pudiendo provenir de demandas del subsistema económico (modo de organización del sistema productivo) o político (razón de estado) o moral, etcétera.

"...El discurso jurídico debe, pues, comprenderse y evaluarse no sólo por lo que descarta de sí, sino por lo que atestigüa con esa exclusión" (*El mito de la uniformidad semántica del derecho*)⁵.

Este planteo cuestiona la simplificación reductiva del positivismo e instala nuevas dimensiones para ciertos temas tradicionales de la jurisprudencia filosófica.

Respecto de las reglas de formación y estructura del discurso jurídico ha sostenido Entelman: "...El discurso jurídico se hace cargo de ser el discurso del poder, pero no porque tiene que verseñalar con las normas que atribuyen los Poderes o con las menciones normativas de los hombres transformados en sujetos de derecho, sino porque es el discurso cuyo propio proceso de producción consiste en la expresión de los lugares de la trama del poder establecida en y por las prácticas sociales... Las reglas de producción del discurso jurídico son reglas de designación. Ellas individualizan a quienes están en condiciones de 'decir' el derecho. La norma fundamental (Kelsen) o la regla de reconocimiento (Hart) definen las expresiones que integran válidamente el derecho pero no por su estructura sintáctica o su referencia semántica, sino por vía de la designación de quienes pueden emitirías... En el discurso jurídico se muestra lo que se muestra y se dice lo que se dice para ocultar lo que se quiere ocultar y callar lo que se quiere callar. Las ficciones y los mitos no están allí sino para hacer funcionales determinadas formas de organización del poder social.

"El discurso jurídico reconoce distintos niveles, el primero corresponde al producto de los órganos autorizados para 'hablar': normas, reglamentos, decretos, edictos, sentencias, contratos. Este nivel es autossuficiente en su producción y su reproducción. Consagratorio de figuras y ficciones y autoguardado a través de la palabra delegada, en su reproducción y en su comunicación.

"El segundo nivel del discurso jurídico está integrado por las teorías, doctrinas, opiniones que resultan de la práctica teórica de los juris-

⁶ MARI, Enrique E., en AA.VV., *El discurso jurídico*, cit.

tas y por las alusiones de uso y manipulación del primer nivel o sea por la práctica de los abogados, escribanos y 'operadores en general'.

"Finalmente, el tercer nivel es donde se juega el imaginario de una formación social. Es el discurso que producen los usuarios, los súbditos, los destinatarios del derecho, en un juego de creencias, de desplazamientos y de ficciones.

"Estos niveles constituyen una totalidad de sentido en un proceso de intertextualidad que registra el efecto de unos en relación con los otros" (*Discurso normativo y organización del poder*)⁷.

El discurso jurídico se articula con ficciones y mitos. Una de sus ficciones fundantes es la noción de "sujeto". Dice Alicia Ruiz: "La estructura del derecho moderno se organiza y se sostiene en torno a la categoría de 'sujeto'. Discutir esta noción, desmontarla, supone someter a revisión todo el discurso jurídico.

"El sujeto de derecho, libre y autónomo, es una categoría histórica propia de una forma peculiar de lo social y de la política de una cierta organización de lo simbólico y de una peculiar imaginaria social. Ese sujeto libre para actuar y con autonomía de voluntad para decidir, corresponde a una manera de conceptualizar al hombre y a su naturaleza.

"El hombre, lo humano, no son realidades dadas que preexistan al discurso que los alude.

"En el derecho siempre hay un hombre interpelado como si su constitución como tal (como hombre) fuera precedente a ese derecho. Sin embargo la complejidad de la cuestión reside, justamente, en explicar cómo el derecho interpela al sujeto que al mismo tiempo constituye.

"Cuando la ley nos nombra como 'padre' u 'homicida', 'comerciante', 'mayor de edad', 'fallido', 'deudor', 'acreedor', en cada una de esas maneras de mencionarnos pareciera que nosotros, cada uno de nosotros, existiera ya como sujeto. En este supuesto reside la estructura ficcional que mantiene la integridad del discurso. Es como si en el origen hubiese un sujeto al cual calificar, permitir, prohibir y fuera por esto que la ley puede aludirlo, otorgarle un lugar en el campo de la legitimidad o excluirlo de él.

"Si en el discurso jurídico la regla de formación básica es una regla de atribución de la palabra, la distribución, extensión y características de esa autorización se corresponde con algún diseño de lo humano, y con una forma definida de mentar los actos que ejecuta: lo ilícito, lo lícito, la libertad, la responsabilidad, la imputación, lo doloso, lo culposo, la ubi-

⁷ ENTELUMAN, Ricardo, en AA.VV., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

cación de la sanción en la red de conceptos básicos, la distinción entre lo público y lo privado, el papel reconocido a la violencia, los mecanismos admitidos par obtener consenso, la direccionalidad de la represión. En este sentido todo derecho consagra un cierto humanismo, aun el más bárbaro en sus prácticas y aberrante en sus principios.

"Desde la institución jurídica los hombres toman conciencia de sí, se ven siendo como dicen que son las palabras con las que se los alude. Uno aprende que la ley existe al mismo tiempo que queda definitivamente marcado por su ingreso al mundo de lo jurídico. Y al mismo tiempo los hombres no inventan el derecho después de estar constituidos como sujetos, como no hacen la historia sin ser parte de esa historia" (*La institución de lo jurídico*)⁸.

Este discurso jurídico tiene una función paradójica que se explica en la doble articulación del derecho con la ideología y con el poder. En un trabajo de hace unos años, sostuvo: "El derecho es una práctica de los hombres que se expresa en un discurso que es más que palabras, es también comportamientos, símbolos, conocimientos. Es lo que la ley manda pero también lo que los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los tribunales producen, los legisladores sancionan o los doctrinarios critican. Y es un discurso constitutivo, en tanto asigna significados a hechos y palabras. Esta compleja operación social dista de ser neutral, está impregnada de politicidad y adquiere dirección según las formas de la distribución efectiva del poder en la sociedad. Es un discurso ideológico en la medida en que produce y reproduce una representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos y de sus relaciones con los demás. Los estahye como libres e iguales, escamoteando sus diferencias efectivas; declara las normas conocidas por todos, disminuyendo la existencia de un saber monopolizado por los juristas y un efecto de desconocimiento por ellos mismos producido. Es decir, es ideológico en la medida en que oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos con la finalidad de reproducir los mecanismos de la hegemonía social. Este ocultamiento es a la vez productor de consenso, pues el derecho ordena pero convence, impone pero persuade, amenaza y disciplina. Echa mano al par represión/ideología. No es sólo violencia monopolizada es también discurso normalizador y disciplinario. Pero a la vez que cumple un rol formalizador y reproductor de las relaciones establecidas también cumple un rol en la remoción y transformación de tales relaciones, posee a la vez una función conservadora y renovadora.

⁸ Ruiz, Alicia E. C. en AA.VV., *Materiales...*, cit.

Ello es así, porque como discurso ideológico elude pero también alude. Al ocultar, al disimular, establece al mismo tiempo el espacio de una confrontación. Cuando promete la igualdad ocultando la efectiva desigualdad, instala además un lugar para el reclamo por la igualdad.

"Por el otro lado, como discurso que instituye órganos, consagra prerrogativas y constituye a los sujetos, sacraliza y reconduce el poder. Pero el poder no es un instrumento o una cosa que unos posean y de la cual los otros carezcan. Es una relación, una situación estratégica en el seno de una sociedad determinada, como dice Foucault. Donde hay poder hay resistencia, y la resistencia es interior a la relación de poder. No hay poder sin dominador, pero tampoco hay poder sin dominado y esta relación es cam-biante, dialéctica, histórica. El papel del derecho depende, pues, de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y reconducción de sus intereses y finalidades, en manos de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política, por lo tanto, de cambio social. La problemática de los derechos humanos, tan conspicua en este momento, puede proporcionar un ejemplo de lo expresado. Las declaraciones de derechos y garantías consagradas por las legislaciones modernas, las más de las veces con alcance puramente formales, pudieron ser miradas por esto mismo, con cierto escepticismo. Miradas sólo como recurso legiti-mante y tranquilizador que prometa lo que precisamente no otorgaba. Sin embargo, en momentos de graves crisis, en que los niveles de conflicto se acentúan, ese discurso meramente ideológico se transforma en una for-midable herramienta de lucha, de denuncia y de resistencia a la opresión.

"Este aspecto paradójal del derecho y una concepción relacionista del poder son un punto de partida para nuevas investigaciones en torno al análisis funcional del derecho" (*Las funciones del derecho*)⁹.

Las citas que he propuesto precedentemente, muestran tratos del desarrollo de las problemáticas a las que aludiera al inicio de este apartado.

El derecho como práctica social discursiva; la estructura, funciones y niveles del discurso; su discontinuidad semántica y las operaciones de poder que están en la base de su presunta uniformidad; el derecho y su articulación con lo ilusorio en la constitución de categorías estratégicas como la del "sujeto"; su articulación con la ideología y el poder como relación, que permitan definir su doble, paradójal función.

Nuevas problemáticas se han sumado a las anteriores, en trabajos achales no sólo producidos por los primeros representantes de las corrien-

⁹ Cárcova, Carlos M., *ibidem*.

tes críticas en nuestro país, sino también por un extenso número de jóvenes discípulos o secuaces (en el buen sentido, de seguidores), que ya ocupan posiciones académicas destacadas y cuentan con una importante producción teórica¹⁰. Sin embargo, excedería el propósito de estas notas hacer un recuento de todas ellas, baste señalar que han abarcado cuestiones, tales como las epistemológicas, el multi-culturalismo, las de género y ciudadanía, la relación derecho/literatura o el tema de la complejidad del sistema social y su multivocidad comunicacional, la opacidad del discurso del derecho, etcétera.

VI. LA TEORÍA CRÍTICA Y SUS INTERLOCUTORES CARACTERIZADOS

Actualmente las teorías éticas, políticas, sociales y jurídicas, han abandonado los compartimientos estancos y se interceptan en un productivo espacio de elaboración transdisciplinar. Por eso, no debe sorprender que los juristas se ocupen de la economía o de la literatura o del psicoanálisis o del tiempo (Posner, Dworkin, Legendre, Ost), a la vez que ecconomistas, antropólogos o psicoanalistas se ocupan del derecho.

Para terminar estas notas mencionaré a algunos de los pensadores contemporáneos —por lo dicho, no necesariamente juristas— con los que la crítica jurídica dialoga con mayor frecuencia, para enriquecerse, para transformarse o para polemizar. El listado es, claro está, personal y subjetivo, al tiempo que necesariamente incompleto. Sin embargo, creo que da cuenta de un campo problemático significativo para aquella corriente, que contribuye a caracterizarla y definirla.

Dialoga con Habermas, cuando éste reconduce la negatividad del ataque postestructuralista, hacia una crítica constructivista de la "demo-cracia realmente existente".

Con Foucault, cuando, al contrario de Habermas, busca no las respuestas universales, sino la contingencia que ha hecho de nosotros lo que somos, para encontrar también la posibilidad de no ser lo que somos.

Con Vattimo, cuando nos define como una sociedad de comunicación, comunicación que obsta a la unificación producida por los grandes relatos y nos devuelve diferencia, pluralidad, multiculturalidad y, con ello, complejidad y riesgo pero, al mismo tiempo, oportunidad.

¹⁰ Con el riesgo asumido de incurrir en involuntarias omisiones corresponde citar, entre otros, los trabajos de Claudio Martyniuk, Christian Courvis, Diego Duquerensky, Jorge Douglas Price, Marcelo Raffin, Patricia Serwatto, Lucia Asser, etcétera.

Con Rorty, cuando percibe que la verdad no se descubre sino que se fabrica al interior de juegos del lenguaje, en el seno de una sociedad democrática y tolerante.

Con Laclau, cuando subraya el carácter contingente y precario de toda objetividad y, en consecuencia, la historicidad del ser y el carácter discursivo de la verdad, como condiciones de la emancipación.

Con Luhmann, cuando aporta su refinado aparato analítico y devela el carácter azaroso de la evolución social en el proceso de su diferenciación funcional, marcada por la complejidad, la paradojalidad y la autología del sistema y de los subsistemas sociales.

Como se advierte, relaciones plurales y no siempre consistentes, porque la teoría crítica privilegia las turbulencias de la razón dialógica, a la reductiva serenidad de la razón monológica.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

La teoría crítica es aún, según he tratado de mostrar, un proyecto inconcluso y en desarrollo. Ninguno de sus seguidores está demasiado convencido de que sea posible y ni siquiera deseable, que ella alcance una constitución definitiva. Más allá de las tareas de sistematización, de desagregación, de portemonización que aun demanda, ¿su cristalización teórica no resultaría contradictoria con su talante crítico y abierto?

Quizás alcance con el reconocimiento, el espacio y la consideración que ya posee en los trabajos e investigaciones de juristas teóricos y dogmáticos, aunque más no sea para discutir o rechazar sus conclusiones. Con ello, habrá aportado a la constitución de un discurso de saber que, por su propia naturaleza, no puede ser sino vivo y controversial.

He pretendido en estas notas describir en forma breve y esquemática, el desarrollo de los estudios teóricos acerca del derecho, abarcando temas muy diversos, cada uno de los cuales merecerían muchas más páginas. Expreso de antemano mis disculpas por las muchas omisiones en las que, seguramente he incurrido y de las que resultaré responsable. Sólo puedo alegrar en mi defensa que ellas fueron inocentes. Por otra parte, como dijera ya en otro texto de similares características, al llevar a cabo la tarea, he tenido que reconstruir una historia y, carente de conocimientos específicos, me asalta la duda de si habré sido fiel a los hechos o si ciertos efectos que he enlazado a ciertas causas, no son sólo un resultado construido *ex post facto*. Si así fuera deberá atribuirse no a una actitud deliberada, sino a la fuerza con que el presente determina la aprehensión del pasado.

CAPÍTULO X

ANÁLISIS FUNCIONAL DEL DERECHO

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En su ensayo "Sobre una teoría funcionalista del derecho" (*Contribuciones a la teoría del derecho*, Fernando Torres Editor, Madrid, 1980), Norberto Bobbio distingue dos tipos de estudios en relación con el discurso jurídico, uno de naturaleza estructural, en donde se describe la organización sistemática de las normas que componían un orden, sus elementos lógicos y sus condiciones de decibilidad, completitud y consistencia, siendo éste un enfoque predominante en la tradición positivista-analítica. Por el otro lado, estaban los estudios que el autor denominaba "funcionales", que procuraban indagar acerca de las finalidades sociales del derecho, su rol como instancia de legitimación del poder y al mismo tiempo como productor de orden y monopolizador de la violencia. La norma se tornaba relevante en esta perspectiva como un recurso para controlar el futuro y proveer de ese modo cierto nivel de certidumbre al generalizar expectativas de conducta. Una idea que ya había adquirido notable desarrollo en las teorías sistémicas, en particular en la obra de Niklas Luhmann. En este punto Bobbio pensaba, abandonando su idea de asepsia en la teoría que ésta no sólo debía describir cómo el derecho era sino, en clave crítica, definir cómo debía ser.

En trabajos anteriores, de 1964 y de 1969, Bobbio se había detenido en algunas cuestiones tales como las de las sanciones positivas o los fines promocionales del derecho, que insinuaban el desarrollo más completo que encerraría posteriormente en su ensayo "El análisis funcional del derecho" publicado en la recopilación a cargo de Alfonso Ruiz Miguel (Fernando Torres Editor, Barcelona, 1980) y en el que no sólo formula un prolijo inventario de las principales cuestiones implicadas por este en-