

Revista Juridica Universidad Interamericana de
Puerto Rico
Septiembre - Diciembre, 2003

Mesa II: Identidades y Políticas en el Derecho y la
Sociedad, Reflexiones Desde el Sur

***187 NOTAS ACERCA DE LA TEORÍA CRÍTICA
DEL DERECHO**

Carlos María Cárcova [\[FNa1\]](#)

Copyright © 2003 by Carlos María Cárcova

I. PRELIMINAR METÓDICO

Como es conocido, fue Thomas Khun 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 acerca de los fundamentos propios de una determinada rama del saber, compartidos por la comunidad científica concernida, durante 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 Khun, como mucho antes en la de Bachelard, el conocimiento solo 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 falibles y provisionales 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 empleo 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 iusnaturalista, positivista, egológico, realista, crítico, analítico, sistémico, etc. Sin embargo, la noción pierde aquí la relativa precisión originaria y se torna

aún más vaga. Alude, en la mayor parte de los casos, a un conjunto de principios, a ciertos criterios metódicos y/o epistémicos, a la existencia o ***188** 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 teóricos y excesos retóricos, autopresentándose 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, declarando impertinentes, sus dimensiones éticas, políticas, teleológicas, etc., lo que facilita el áurea 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. [\[FN1\]](#)

Por otra parte, más allá de que existan muchos iusnaturalismos, ¿cómo restar importancia a una concepción que arranca con los presocráticos, atraviesa la antigüedad y la larga Edad Media y constituye 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, etc.?

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 respuestas 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)? Este 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.

***189** 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 implica dar cuenta de una parte de la interacción humana que, para tornarse 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 multi y transdisciplinariedad.

No existen, pues, textos canónicos de la Crítica Jurídica, ni manuales en los que puedan encontrarse sus “n” (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 ese 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, etc.

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. Su 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, incuestionable 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 mecanismo? 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.

***190 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 sesenta y principios de los setenta. Sus manifestaciones eran heterogéneas pero, claramente, compartían algunos núcleos fundamentales de carácter conceptual.

Consideraban agotados los grandes paradigmas teóricos vigentes, el iusnaturalismo en sus distintas versiones y el iuspositivismo, 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 iusnaturalismo y el de carácter normativista, en el del positivismo. 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 incluidas 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 constituían el objeto de su reflexión.

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 él mismo sostenía con frecuencia, lo acercaba al pensamiento crítico. [FN2] Así, distinguió entre un positivismo que denominó “ideológico”, versión extrema, dogmática y ortodoxa; *191 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 A. 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 H. Kelsen, pero con leves variantes, presentes también en 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.g.: 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 co-implicación 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 esclerosada e insatisfactoria. Naturalmente, para concretar su propósito deben cuestionar y desplazar los puntos de partida metódicos del positivismo y optar por otros. En algunos de estos pensadores, una suerte de neo-aristotelismo; en otros un elaborado neo-kantismo; en otros un macizo esfuerzo innovativo (autopoiesis sistémica); en el caso de la Teoría Crítica, en mi opinión, predomina un modelo *192 metódico 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, Schutz, 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, etc.

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 deliberado 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 etno y antropocéntrica de cuño 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, privilegian 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, decibilidad).

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 interesado. [\[FN3\]](#)

*193 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 Mialle 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. Rondil, 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 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. Éste posee manifestaciones importantes en Inglaterra (Peter Fitzpatrick y Bernard Jackson, entre otros) y en EE.UU. (Duncan Kennedy, Robert Unger, Alan

Hunt, etc.). Entre estos autores ha predominado una concepción “deconstructivista” no solo 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 reconstructivista 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 *194 contribuido a renovar, de manera considerable, el debate doctrinal. [\[FN4\]](#) 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.

Como se recordará, en la década del sesenta la denominada “Alianza para el Progreso” fue un plan político y económico de EE.UU., de inspiración kennedysta, 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 Kutbichek 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 destinaría 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, etc.

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, *195 razón por la cual muchos de ellos fueron a la búsqueda de otros marcos disciplinarios (la sociología o la antropología jurídicas, 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.

A inicios de los setenta, 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, triunfa 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, sobre la base de la relectura de la obra gramsciana y la influencia de autores como Althusser, Poulantzas, Colletti y otros, en el plano conceptual, tanto como la emergencia del “eurocomunismo”, en el plano de la realidad histórica inmediata. El tradicional desdén hacía 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.

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 el '73 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 *196 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 edicten 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 Marí, Alicia Ruiz, Ricardo Entelman 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 sociedad, 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 preterición 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 conocimiento 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. 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 *197 mediante un ingenuo 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, exportarlo fuera de su región de origen, tomarlo como modelo, en síntesis, conferirle por transformaciones regladas, la función de una forma”. [FN5]

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* y al ensayo incluido en él *Aportes a la formación de una epistemología jurídica*, ambos de Ricardo Entelman. [FN6]

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, aún 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 *198 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.* [FN7]

En muchas ocasiones -como lo muestra la descripción de Foucault en el caso Pierre Riviere, que sirve de base a la investigación de Marí- 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, etc.

“El discurso jurídico debe, pues, comprenderse y evaluarse no sólo por lo que descarta de sí, sino por lo que atestigua con esa exclusión”. (“El mito de la uniformidad semántica del derecho”) [FN8]

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

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 vérselas 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 establecido 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 emitirlos ... 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. *199 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 autosuficiente en su producción y su reproducción. Consagratorio de figuras y ficciones y autoresguardado 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 juristas 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.” [FN9] 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 la social y de la política de una cierta organización de lo simbólico y de un peculiar imaginario 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, *200 justamente, en explicar cómo el derecho interpela al sujeto que de 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, existe 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 ubicación 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, aún 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 les 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. [FN10] 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, sostuve:

*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 *201 manda pero también lo que los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos 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 estatuye como libres e iguales, escamoteando sus diferencias efectivas; declara las normas conocidas por todos, disimulando 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. Hecha 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. 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 inferior a la relación de poder. No hay poder sin dominador, pero tampoco hay poder sin dominado y esta relación es cambiante, 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 *202 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 legitimante y tranquilizador que prometía lo que precisamente no otorgaba. Sin embargo, en momentos de grave crisis, en que los niveles de conflicto se acentúan, ese discurso meramente ideológico se transforma en una formidable herramienta de lucha, de denuncia y de resistencia a la opresión. Este aspecto paradójico del derecho y una concepción relacionista del poder son un punto de partida para nuevas investigaciones en torno al análisis funcional del derecho. [FN11]* 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 permiten definir su doble, paradójica función.

Nuevas problemáticas se han sumado a las anteriores, en trabajos actuales no sólo producidos por los primeros representantes de las corrientes 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 teórica. [\[FN12\]](#) 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, etc.

***203 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 transdisciplinal. 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 economistas, antropólogos o psicoanalistas se ocupen 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 post estructuralista, hacia una crítica constructivista de la “democracia 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.

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.

***204 VII. CONSIDERACIONES FINALES**

La Teoría Crítica es aun, 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 pormenorización que aún 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 no sea más que 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 críticos 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. Solo puedo alegar 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.

[FN1] . Abogado y Doctor en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Catedrático de Filosofía del Derecho y Director del Instituto de Investigaciones de la Facultad de Derecho U.B.A. Su email es gioja@derecho.uba.ar

[FN1] . Ricardo Guibourg, *Derecho, sistema y realidad* (Edit. Astrea, Bs.As. 1986).

[FN2] . Afirmaba que un jurista no podía renunciar a la crítica y que su responsabilidad no se agotaba en la tarea de decir cómo era el derecho, sino en postular, además, cómo debía ser. Véase *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 Univ. 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 fáctica relación de fuerzas, capaz de respaldarlo mediante violencia actual o potencial.

[FN3] . Carlos María Cárcova, *La Idea de Ideología en la Teoría Pura del Derecho*, (Ed. Cooperadora, Buenos Aires 1972); *Derecho y marxismo*, en *Derecho, Política y Magistratura* (Ed. Biblos, Buenos Aires 1996) y *La Opacidad del Derecho* (Ed. Trotta, Madrid 1998).

[FN4] . Me he ocupado con mayor detenimiento de las perspectivas críticas en Italia y Francia en *Teorías Jurídicas Alternativas* en *Id.* Para ampliaciones acerca de los Criticals Legal Studies véase Juan Pérez Lledós, *El movimiento Critical Legal Studies* (Tecnos, Madrid 1996); Mark Tushnet,

Critical Legal Studies: A Political History, en 100 Yale L.J. (1991).

[FN5] . George Canghileim, *Lo normal y lo patológico* (Buenos Aires, Siglo XXI 1971).

[FN6] . Ricardo Entelman, *Aportes a la formación de una epistemología jurídica*, en Enrique E. Mari, *El discurso jurídico* (AA.VV., Hachette, Buenos Aires 1982).

[FN7] . *Id.*

[FN8] . *Id.*

[FN9] . Ricardo Entelman, *Discurso normativo y organización del poder*, en *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho* (AA.VV. Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1991).

[FN10] . Alicia E.C. Ruiz, *La ilusión de lo jurídico*, en *Id.*

[FN11] . Carlos María Cárcova, *Las funciones del derecho*, en Cárcova, *supra* n. 3.

[FN12] . Con el riesgo asumido de incurrir en involuntarias omisiones corresponde citar entre otros los trabajos de Claudio Martyniuk, Christian Courtis, Diego Duquelsky, Jorge Douglas Price, Patricia Servatto, Lucia Assef, etc.

END OF DOCUMENT