

Teoría Crítica del Derecho

M. Susana Bonetto de Scandogliero
María T. Piñero de Ruiz

El estudio del derecho comparte una matriz de epistemología común a ciertos paradigmas predominantes en momentos históricos determinados. Así la misma noción de derecho implica la asunción de un modelo no exento de connotaciones ideológicas, el que le da forma y le permite, a su vez, construir esquemas conceptuales jurídicos, acordes a dicha perspectiva.

En el escenario jurídico, los dos modelos más relevantes, el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, han sido los *enclaves* sobre los cuales se montaron la mayoría de las teorías jurídicas, más allá de las distintas vertientes que surgieron de dichas matrices. La polémica entre ambos puede analizarse a muchos niveles y desde diferentes ángulos, pero éste no es el objeto de nuestro trabajo.

En este ensayo pretendemos hacer referencia a los aportes y limitaciones que implican ambas perspectivas para la praxis jurídica, dando cuenta de su aparente irreconciliabilidad en virtud del antagonismo manifiesto en sus presupuestos ontológicos y epistemológicos. En segundo lugar apuntamos a exponer un abordaje del fenómeno jurídico distinto a los tradicionalmente conocidos, reivindicando la potencialidad transformadora para la teoría jurídica que éste implica.

Respecto de la posición iusnaturalista, su pervivencia y antigüedad hace que su caracterización presente algunas dificultades. El iusnaturalismo de Hobbes tiene, por ejemplo,

M. Susana Bonetto de Scandogliero es Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Co-Directora Maestría Relaciones Internacionales.
María T. Piñero de Ruiz es Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

una gran distancia ideológica de Leibniz, tanto como el de Santo Tomás de Dworkin. Sin embargo, a pesar de que han existido distintos tipos históricos de iusnaturalismo, existe al decir de autores como Elías Díaz un "ideario mínimo común iusnaturalista"¹ que comparten distintos pensadores. Este ideario se manifiesta a través de un discurso ético que aspira en todas sus variantes a una aproximación a la justicia, de allí que se orienten a identificar lo justo con una serie de principios, más o menos amplios según el autor o la escuela de que se trate. Estos derivan de la naturaleza, que es interpretada también de distintas maneras, y son cognoscibles por el hombre. Algunos de estos principios revisten el carácter de inmutabilidad y universalidad.

En términos generales los autores iusnaturalistas parecen estar de acuerdo en afirmar, que por encima de las leyes humanas existe otro derecho, llamado natural, sobre el que deben asentarse los ordenamientos jurídicos positivos, al menos en sus principios fundamentales.

Estas líneas de estudio, al hacer depender los ordenamientos jurídicos positivos de su adecuación a ciertos principios superiores, evidencian un problema fundamental y es el referido al valor del contenido de la norma jurídica. De acuerdo a esta ideología, la norma jurídica, invariablemente debe ser justa, en tanto el derecho natural, propio de todos los hombres reviste esta característica. Así aparece el planteo de la justicia como eje central del discurso iusnaturalista.²

Por el contrario para los iuspositivistas el planteo del derecho encuentra otro camino, partiendo de la afirmación básica que el derecho es simplemente el derecho positivo, entendiendo por tal los ordenamientos jurídicos vigentes en cuanto fenómenos sociales y variables históricamente. Y en consecuencia, la calificación de algo como derecho es independiente de su posible justicia o injusticia. Recordaremos aquí la escuela kelseniana y sus seguidores, preocupados por distinguir el valor del derecho del de su validez, es decir la cuestión de si una norma es justa del problema de si ésta existe (si es válida). Así sostienen que el primer problema no le compete a la Teoría del Derecho, ya que el planteo de cuestiones tradicionales de la especulación iusfilosófica tales como preguntarse si existe la justicia o si existen criterios objetivos de justicia, no dejan de ser pseudo problemas cuya respuesta depende de cierta ideología.³

1. Elías Díaz: *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Ed. Debate. 1984. pág. 96.

2. Este ideario común permite diferenciar estas posiciones de otras valorativas pero no iusnaturalistas ni positivistas, al respecto véase *De nuevo sobre el problema del Derecho Natural* de José Delgado Pinto. Ed. Universidad de Salamanca. 1982. cit. por Elías Díaz. *De la maldad estatal y la soberanía popular. op. cit.* pág. 96.

3. Podemos al respecto recordar a Kelsen. "Al hacer depender la aceptación de una norma de su correspondencia con un sistema de valores, que pretendemos exclusivo, incurrimos en ideología, pues nos privamos de la posibilidad de describir al derecho positivo tal como es, juzgándolo, en cambio, a la luz de lo que deseamos. Esta es la tesis que tozudamente sostuvo durante años Hans Kelsen". Roberto Vernengo. *Curso de Teoría General del Derecho*. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1985. pág. 151.

Este positivismo profundamente antimetafísico, lucha por desagregar las cuestiones valorativas del derecho y elevar el concepto de seguridad jurídica por sobre cualquier axiología. Esto implica asumir por parte del positivismo, entre otras cuestiones, que la norma jurídica expresa un valor, pero no absoluto al estilo iusnaturalista, sino relativo, en tanto ella es expresión de la orientación política del legislador, y en cuanto tal refleja un valor relativo al de ciertos hombres.

Las disputas cruzadas fueron y son variadas, se construyeron teorías y elaboraron modelos que realizaron aportes de gran significación para la ciencia jurídica.

EL PUNTO COMUN

Sin embargo, y a pesar de tal divorcio epistemológico, existe un lugar donde los conceptos primarios de estas líneas sirven como recursos capaces de legitimar un discurso jurídico específico. Este discurso se monta sobre un punto de inflexión en el que la teoría pierde su sentido epistemológico originario y transparente un efecto quizá no buscado. Con esto nos referimos a que aquellas posiciones antagónicas mencionadas, la iusnaturalista y la positivista, se unen en una forma de trabajo específica por parte de quienes producen y aplican el derecho, moldeando de esa forma una particular praxis jurídica. Para ello, los principios iusnaturalistas ofrecen recursos discursivos que nunca pueden ser refutados desde la perspectiva analítica del positivismo, en tanto no se ajustan a ningún criterio empírico de comprobación. ¿Quién puede asegurar o negar la existencia de un derecho natural a la justicia? Digamos que no existe ningún lugar superior desde el que se pueda negar algún tipo de iusnaturalismo. Por otra parte es el iuspositivismo el que brinda los instrumentos ciertos y eficaces capaces de confirmar el modelo de seguridad jurídica más acorde para expiar los excesos de metafísica del iusnaturalismo, considerado poco riguroso desde la modernidad racionalista.

Es decir, allí donde los principios eran lógicamente incomunicables se funden hoy en la cuestión práctica de cómo los efectos de estos discursos actúan como guía y representación de una praxis jurídica.

Es el *enclave* de dos discursos que permiten moldear el sentido común de una práctica jurídica cotidiana; una lógica irrefutable que opera a partir de fundamentar desde la faz teórica la existencia de principios naturales y desde el punto de vista metodológico, separa con su bisturí analítico la paja del trigo.

Nos referimos a una forma estratégica de manipulación conceptual, capaz incluso de desmembrar el sentido originario de los conceptos mismos, en tanto los desvincula de sus matrices epistemológicas originarias.

Las representaciones que tal discurso, magníficamente unificado brinda, sirven como garante de una pureza principista y metodológica. Y así se aspira a que en la construcción del escenario jurídico y social, el jurista de oficio

no pueda ser visto como operador de las relaciones sociales, ni como manipulador de las estructuras de poder, sino más bien como un respetuoso de principios éticos y realizador técnico de los textos legales.

EL ABORDAJE CRÍTICO DEL DERECHO

La necesidad de desmontar este discurso jurídico y de responder a una serie de preguntas negadas anteriormente, llevan a la constitución de un saber del derecho que puede rotularse como crítico.

Este tipo de conocimiento del derecho surgió ante la cuestión de responder a problemáticas que por su propio peso tiñeron el tradicional horizonte especulativo, y ante la convicción de que el conocimiento conceptual o metafísico del derecho eludía la posibilidad de explicar los efectos sociales y los entramados políticos de la praxis jurídica. De igual manera la función de jueces y juristas trasuntaba esa independencia dogmática frente a una realidad que a ojos vista era incapaz de contenerse en las cavas metafísicas del iusnaturalismo y en la furia positivista por expulsar los contenidos de las normas jurídicas.

De igual forma que en las posiciones mencionadas, el conocimiento crítico del derecho admite variadas líneas de trabajo, pero podemos afirmar consecuentemente con Russo⁴ "que se trata de un conjunto de ideas producidas a partir de diferentes marcos conceptuales que se relacionan de manera flexible y problemática e intentan aprehender las condiciones históricas y las estructuras político sociales que confluyen en el estudio del derecho, además pretenden comprender los sentidos sociales del trabajo teórico aceptado como discurso competente de los juristas". El conocimiento crítico del derecho trabaja por erigirse como una revisión epistemológica capaz de operar sobre el discurso jurídico institucionalmente sacralizado, introduciendo necesariamente la temática del poder a fin de diluir los intentos iuspositivistas y iusnaturalistas de colocar fuera de lo jurídico al ámbito político.⁵

Se trata de evidenciar el valor político de las verdades jurídicas a partir del análisis de los discursos competentes, el que opera como una unificación de verdades por efecto de una praxis jurídica, que analíticamente constituye el "sentido común teórico de los juristas".⁶

4. Eduardo A. Russo. "Sobre ciertos abusos de la analiticidad" en *Interpretación de la ley. Poder de las significaciones y significaciones del poder*. Vol. 1. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1987. pág. 19.

5. "El principal concepto que los estudios jurídicos y políticos tienen en común es el del poder... pero he tenido que constatar con cierta sorpresa que los juristas y politólogos usan el mismo término 'poder', del que ni unos ni otros pueden prescindir, ignorándose entre sí por completo". Norberto Bobbio. *Contribuciones a la teoría del derecho*. Ed. debate 1980. pág. 355.

6. Aquí podríamos recordar lo que al respecto dice Foucault: "Cada sociedad tiene su régimen de verdad, su 'política general' de la verdad, es decir: los tipos de discurso que acoge y hace funcionar como verdaderos o falsos..., el estatuto de quienes están a cargo de decir lo que funciona como verdadero". En *Un diálogo sobre el poder*. Ed/Alianza Materiales. 1981. pág. 143.

La teoría crítica remonta sus orígenes a la corriente de "Critique du Droit" en Francia, la cual consagraba a un grupo de juristas franceses que se proponían una empresa teórica y pedagógica destinada a desmontar los supuestos políticos y epistemológicos de las teorías tradicionales. En la base del movimiento existía un rechazo a las concepciones dominantes en las escuelas de derecho francesas, donde según Cárcova⁷ "reinaba el individualismo, el aislamiento intelectual, la suspicacia frente a las preocupaciones teóricas y un antimarxismo primario".

En contraposición, la nueva corriente trabaja haciendo uso de categorías materialistas con el fin de penetrar en la comprensión profunda de la naturaleza y del rol del derecho. Pero sus abordajes rechazan el reduccionismo implícito en la metáfora estructura y superestructura y se orientan más en las conceptualizaciones althusserianas, alejándose así de la ortodoxia y ganando riqueza conceptual. Frente a los enfoques tradicionales que tratan de presentar al Estado como emanación del interés general y a su orden jurídico como instrumento de realización de ideales universales y ya históricos de justicia, pretenden demostrar que son las condiciones histórico materiales de la vida social las que explican las formas y funciones de las instituciones jurídicas, que tienen su especificidad, pero pueden comprenderse sólo a partir de su inclusión en la totalidad.

Dentro del mismo movimiento, uno de sus exponentes, Jeammaud, al realizar un balance autocrítico de sus producciones, reivindica sus éxitos parciales, fundamentalmente por haber instalado un campo de reflexión alternativo. Pero por otro lado hace presente la necesidad de seguir trabajando sin aferrarse exclusivamente a las tesis materialistas y de continuar esfuerzos teóricos penetrando en *enclaves* ajenos a esta tradición.

En la misma época que "Critique du Droit", en el Congreso Internacional de Filosofía Jurídica realizado en 1975 en la Universidad de Belgrano son presentados los primeros trabajos que expresaban esta corriente en Argentina, la que cuenta entre sus miembros más destacados a Enrique Marí, Alicia Ruiz, Ricardo Entelman y Carlos Cárcova.

Esta nueva perspectiva de abordaje jurídico define al derecho como "una práctica social específica que expresa los niveles de acuerdo y de conflicto de los grupos sociales que operan al interior de una formación económica-social determinada, práctica de naturaleza discursiva, discurso ideológico y discurso del poder".⁸ Así, consideran que los orígenes del poder en la sociedad, los lugares donde los conflictos sociales se generan, las formas en que se establecen las sumisiones, permanecen ocultas. Por eso la teoría

7. Carlos Cárcova. "Teorías Jurídicas alternativas". En C. Cárcova. *Teorías Jurídicas alternativas. Escritos sobre Derecho y Política*. Centro Editor de América Latina. Buenos Aires. 1993. pág. 18.

8. Carlos Cárcova. "Derecho y Política en los tiempos de la Reconversión". en *op. cit.* pág. 60.

crítica del derecho propone una lectura descriptiva, explicativa y crítica del discurso del derecho.⁹

Es imprescindible desmitificar ese lugar que pretende aparecer como "neutro", donde se construyen las verdades jurídicas, y para ello es necesario evidenciar y analizar los espacios institucionales desde los que se pauta una interpretación polisémicamente controlada de las instancias discursivas, con el fin de producir conceptos legitimadores. Esta es la manipulación conceptual mencionada, aquella que los elabora cuidadosamente con el fin de mantener y reproducir el lugar sagrado desde donde se ejerce el poder de los significados jurídicos.

La teoría crítica propone categorías analíticas que permitan dar cuenta de la inserción del derecho en las formas históricas de la sociabilidad, para lo cual carecían de utilidad las provenientes de las teorías tradicionales.

Sus expositores sostienen la necesidad de conceptualizar 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 rol de los juristas y las representaciones de los súbditos".¹⁰

Los representantes de la teoría crítica en nuestro país basan sus trabajos en categorías provenientes del marxismo pero en un contexto heterodoxo, que en sus presupuestos epistemológicos incluye también a autores franceses de tradiciones intelectuales distintas e incluso distantes del marxismo, como Bachelard, Canguilhem o Foucault. A diferencia de la "Critique du Droit" francesa, la Argentina asume desde su comienzo un camino más ecléctico.

Otro aspecto a destacar de esta línea de pensamiento, y que coincide con nuestro propio abordaje del derecho —desde la ciencia política— se refiere a la posición asumida para dar cuenta de la especificidad de lo jurídico a partir de la necesaria comprensión de la totalidad estructurada que lo contiene. Esto es la totalidad social; por ello sostienen la necesidad de constituir un saber multi y trans disciplinario desplegado como lugar de intersección de múltiples conocimientos: históricos, políticos, económicos, psicoanalíticos, etc., no mediante un ingenuo recurso de mera adicción sino como un intento de síntesis productiva.

Así, la teoría crítica se interroga y aborda la relación del derecho con los elementos que son propios del imaginario en las sociedades modernas. "En ellas el derecho se materializa como discurso, esto es, como un proceso

9. "Cuando el derecho organiza los poderes del Estado, instituye órganos, dice quién manda y quién obedece, designa los que pueden ejercer los rituales, oculta la referencia implícita —que el poder no se genera ni está en tales poderes, que esos órganos y hacedores de rituales a quienes redistribuye la palabra, hablan en nombre de otros que están ocultos y ausentes—, encubre y desplaza el problema del poder constituyendo los símbolos del poder". Ricardo Entelman. "Discurso normativo y organización del poder" en *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 191. pág. 303.

10. Carlos Cárcova. *op. cit.* pág. 20.

social de producción de sentidos. Es más que palabras, es también comportamientos, símbolos, conocimientos, es lo que los jueces interpretan, los abogados implementan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan y los doctrinarios critican".¹¹

Buena parte del imaginario social está puesto en el derecho, pero esta visión del orden jurídico como comunicación simbólica no ha sido muy considerada a pesar de estar presente en él las dos estructuras simbólicas fundantes: mitos y ritual. Los ritos o ceremonias tan frecuentes en el derecho, operan como refuerzos de las creencias que él mismo inculca y por ello se convierten en condición necesaria de su efectividad. Así son una forma de transformar el poder en orden en tanto permiten que se proyecte como una cosmovisión que ordena y da sentido a la vida social y ese orden se refleja en mitos, aunque racionalizado en mitos profanos por efecto de la secularización.

Ese campo del imaginario social sostiene Marí¹² "no ha sido considerado por la teoría jurídica y política de tendencia tanto iusnaturalista como positivista, más preocupados por construir los montajes referenciales en sus respectivas regiones de lo divino y natural o de la justificación racional, que en desmontar o producir una reflexión crítica sobre sus modos de funcionar".

El discurso jurídico reconoce, según Entelman R., distintos niveles: el primero se refiere a las manifestaciones del derecho por parte de quienes poseen el poder para crearlo, se trata del discurso normativo en sus distintas formas: normas, reglamentos, contratos, etc. El segundo está constituido por las producciones teóricas y prácticas realizadas sobre el primer nivel, es decir el trabajo de juristas, abogados, etc. El tercer nivel es el referido a quienes manifiestan el impacto de los dos niveles anteriores, es el discurso de los súbditos y usuarios del derecho. Es allí donde se condensa el imaginario social a partir de las representaciones que los dos niveles construyen, las imágenes, mitos y ficciones.

Este discurso jurídico es un discurso conformador de realidades en tanto asigna significaciones especiales; construye destinatarios de sus verdades y constituye los "enemigos" del sentido común jurídico.

Así tomamos a Entelman¹³ cuando dice: "Ahora 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 constituido en las prácticas sociales". Poder para el

11. Carlos Cárcova. *op. cit.* pág. 44.

12. Enrique Marí. "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden". En *Derecho y Psicoanálisis*. Ed. Hachette. Buenos Aires. 1987.

13. Ricardo Entelman. "Discurso normativo y organización del poder". en E. Marí, A. Ruiz, y otros *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1991. pág. 300.

que las representaciones colectivas, el ámbito de lo imaginario y de lo simbólico es un lugar estratégico, de importancia capital en tanto es allí donde se constituyen los principios de su legitimación. Cabe decir, que para los críticos del derecho el concepto de poder es una idea de relación al estilo de Foucault, no es una cosa ni un instrumento que posea un lugar fijo en la estructura social. De allí que esta idea nos permite hacer mención de una doble función que apareja el derecho en tanto torneado ideológicamente: "Así, cuando el derecho nos promete igualdad no sólo nos escamotea la percepción de nuestra desigualdad real, también legitima nuestro reclamo por la igualdad. De tal suerte que el carácter ideológico del derecho tiene un doble papel, por una parte reconduce las relaciones de poder pero, por la otra, al legitimar el reclamo, posibilita la reformulación y la transformación progresiva de las relaciones de poder".¹⁴

La conformación de una teoría explicativa de los fenómenos del poder no se agota en el reclamo del cambio de poder, al estilo revolucionario, sino en principio, apunta a tratar de desmontar ciertas ficciones fundantes del discurso jurídico que han esclerosado los principios de legitimación del mismo, como es la noción misma de sujeto. Al respecto explica Alicia Ruiz¹⁵ "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 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 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 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..."

Para los críticos, no hay sujeto antes, fuera o más allá de cada interpelación concreta y el sujeto constituido-interpelado, lo está en ambos sentidos,

14. Carlos Cárcova. *op. cit.* pág. 84.

15. Alicia Ruiz. "Aspectos ideológicos del discurso". *op. cit.* pág. 197.

según un modelo de hombre presupuesto. Así: "El sujeto es una ficción ligada a una concepción del hombre generalmente silenciada".¹⁶ No existe un "hombre en abstracto" en el derecho, su neutralidad es aparente. El sujeto es una ficción, pero sus efectos son diversos según el humanismo presupuesto de que se trate.

A MODO DE CONCLUSION

Como sus propios representantes lo sostienen su orientación iusfilosófica "avanza en territorios donde es lícita la intersección de los saberes y en donde los límites se desdibujan y los discursos se interpenetran".¹⁷ Ello presupone una ruptura epistemológica con otros abordajes del derecho en tanto se concibe al mismo como una instancia específica de la totalidad social, de allí la necesidad de construir una teoría que no se desvincule del fenómeno en su conjunto, y en ese marco focalizar el análisis de sus aspectos específicos.

Estas afirmaciones ponen en crisis los modelos canónicos de ciencia jurídica, evidenciando los límites explicativos de las concepciones aceptadas.

Esta crítica, y éste podría ser el corolario, instala el debate sobre la pretendida neutralidad del derecho, que se vincula con la percepción del discurso jurídico como ordenado y coherente, organizado de tal modo que se torna autosuficiente y autorregulado.

Desde nuestro punto de vista resultan sumamente relevantes los efectos de este cuestionamiento, en tanto apunta a evidenciar el derecho como discurso legitimador del poder en el Estado Moderno. La estructura del discurso jurídico es fundamental para que el derecho cumpla este papel, en tanto se presenta coherente y ordenado, pero encubriendo y desplazando el lugar real del conflicto social. Develar la complejidad y las remisiones al poder que apareja el discurso jurídico permiten coadyuvar a lograr que se destruya la ilusión de una ciencia neutral y de un objeto de límites precisos. "Que exige explicar cómo y por qué hay tanto de 'no racionalizable' en sus mecanismos de constitución y funcionamiento...".¹⁸

A partir del primer velo ya nada podrá ser igual, queremos creer.

16. Alicia Ruiz. *op. cit.* pág. 197.

17. Carlos Cárcova. Prólogo en *Materiales para una teoría crítica del Derecho. op. cit.* pág. 7.

18. Enrique Marí. "Moi Pierre Riviere... o el mito de la uniformidad semántica". En el *Discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos.* Hachette. Buenos Aires. 1982.