

Filosofía del Derecho

AÑO I NÚMERO 2

Cuestiones epistemológicas y normativas

Discusiones, notas y reseñas

Directores: Alicia E. C. Ruiz - Hugo R. Zuleta



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación



Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO I - NÚMERO 2

Filosofía del Derecho

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

**DIRECCIÓN TÉCNICA DE FORMACIÓN E INFORMÁTICA
JURÍDICO LEGAL**

Dra. María Paula Pontoriero

.....
ISSN 2250-8058

Revista Filosofía del Derecho

Año I - N° 2 - Diciembre 2012

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal.

Directora: María Paula Pontoriero

Directores Editoriales: Alicia E. C. Ruiz - Hugo R. Zuleta

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Filosofía del Derecho y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Alicia E. C. Ruiz - Hugo R. Zuleta

Directores

Diego J. Duquelsky Gómez - Cecilia M. Sgrazutti

Secretarios de Redacción

Consejo Académico

Manuel Atienza Rodríguez

Juan Carlos Bayón Mohino

Andrés Bouzat

Eugenio Bulygin

Carlos Cárcova

Raffaele De Giorgi

Jorge Douglas Price

Roberto Follari

David Makinson

Jorge Luis Rodríguez

Gabriela Scataglini

Lenio Streck

Gloria Trocello

Ramón Yanzi Ferreira

Editorial

Presentar el segundo número de la Revista de Filosofía del Derecho constituye una gran satisfacción. La continuidad es prueba de que la iniciativa resultó fecunda; la revista se va afianzando y ocupando un lugar en la comunidad jurídica y académica.

Al igual que el primero, este número se compone de dos secciones: la primera, dedicada a artículos que tratan diversos temas de filosofía del derecho, desde distintos enfoques y concepciones metodológicas; y la segunda, dedicada a la discusión de publicaciones determinadas.

En esta ocasión, en la segunda sección se incluye parte de los trabajos presentados en un *workshop* dedicado a la discusión de la obra del Profesor Ricardo Caracciolo, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba los días 5 y 6 de septiembre de 2012 y contó con la participación de numerosos estudiantes, profesores e investigadores, tanto del país como del exterior. Los cuatro textos que aquí se publican forman parte de un subconjunto de nueve trabajos que fueron seleccionados de un conjunto mucho mayor mediante referato externo, llevado a cabo por evaluadores designados por los organizadores del evento.

Hugo R. Zuleta

Índice General

Sección I

Cuestiones epistemológicas y normativas p. I

Filosofía Política y política gnoseológica: el problema de enseñar Spinoza a la luz del caso de “Teoría del Estado”
por GONZALO S. AGUIRRE p. 3

Juicios al mal radical. Crímenes de lesa humanidad y justicia en la transición democrática argentina
por JORGE E. DOUGLAS PRICE..... p. 19

Ciencias humanas y sociedades de consumo
por HUGO HERNÁN GRINBERG..... p. 59

Corrientes críticas del derecho: un compromiso con la transformación social
por MARIANO LANDRY p. 67

Ideología y Poder: ¿Dos Perspectivas?. De Althusser a Foucault
por RODOLFO MADARIAGA..... p. 89

La intensidad de los permisos
por PABLO E. NAVARRO p. 123

El paradigma discursivo de la “ciencia social”
por R. IGNACIO URRIZA..... p. 145

Sección II

Discusiones, notas y reseñas p. 183

Antirrealismo moral vs. positivismo jurídico
por FEDERICO JOSÉ ARENA p. 185

ÍNDICE GENERAL

Caracciolo sobre realismo moral y positivismo jurídico
por PAU LUQUE p. 205

Reconsiderando el argumento de las razones auxiliares
por JUAN LOSA p. 219

Autoridad legítima, primacía conceptual y coordinación
por RODRIGO SÁNCHEZ BRÍGIDO p. 233

Autores citados p. 243



Sección I

Cuestiones epistemológicas
y normativas

Filosofía Política y política gnoseológica: el problema de enseñar Spinoza a la luz del caso de “Teoría del Estado”

por **GONZALO S. AGUIRRE**⁽¹⁾

*“... consideraré las acciones humanas
y los apetitos como si se tratara de líneas, planos o cuerpos”
(Spinoza, **Ética**, tercera parte, prólogo)*

Resumen

El presente texto intenta abordar la cuestión de la obra de Spinoza en el marco de la enseñanza de la Filosofía Política, haciendo eje en la asignatura universitaria “Teoría del Estado”, aunque sin dejar de atender a la “Teoría General del Derecho”. Así, no sólo se tratará de dar cuenta sumaria del pensamiento de Spinoza sobre el Estado a partir de su *Ética*, sino también de articular esa presentación con la cuestión de la inclusión o no de Spino-

(1) Licenciado en Ciencia Política (UBA). Master y Doctor en Filosofía (Universidad de Barcelona). Profesor Adjunto Regular de la asignatura “Teoría del Estado” (cátedra López) de la Facultad de Derecho (UBA), Jefe de Trabajos Prácticos Regular de la asignatura “Filosofía” del Profesorado de Ciencias Jurídicas (UBA), e Interino de “Teoría General del Derecho” (cátedra Ruiz-Ceballos). También dicta el curso de “Pedagogía Universitaria” de la Dirección de Carrera Docente de la Facultad de Derecho (UBA), y dirige un proyecto UbaCyT (jóvenes investigadores 2010-2012) de Filosofía Política y del Derecho en el Instituto de Investigaciones Ambrosio Gioja de la Facultad de Derecho (UBA).

za dentro de un programa efectivo de "Teoría del Estado". Se trataría, en efecto, de una suerte de genealogía de la recepción o de la lectura, cuya finalidad es un diagnóstico crítico sobre la tendencia a no **enseñar Spinoza**. De allí que se hable de "políticas gnoseológicas", asumiendo que todo programa implica decisiones políticas, pero no que todas esas decisiones son voluntarias. Más bien estaríamos ante (o entre) capas geológicas de decisiones que van tomando a los lectores y que finalmente, por ejemplo, dan a luz un tópico como el "tridente" Hobbes-Locke-Rousseau que, en tanto componente de un cierto canon de lecturas, ya no provoca ningún cuestionamiento sobre su procedencia ni sus condiciones de pertinencia. Y es justamente esta situación la que torna crecientemente difícil abrir espacio para autores como Spinoza que han quedado más o menos por fuera de ese canon.

I | Cuestión de gnoseología política

Una asignatura que se anuncia con el título de "Teoría del Estado" tendría las siguientes alternativas a la hora de diseñar su programa de cursada: podría abocarse al repaso de los distintos *corpus* textuales ya establecidos como "teorías del Estado", sin descontar aportes de *corpus* textuales "vecinos". También podría abocarse a recorrer sólo una de esas teorías o, incluso, concentrarse en la consecución de una ciencia política positiva asumiendo el presupuesto de una cierta teoría del Estado. Sin pretender haber agotado el espectro de alternativas, la idea básica que quisiera ponerse en consideración es que, para cada una de estas posibilidades, la inclusión de la obra de Baruch de Spinoza en el programa de estudios resulta crecientemente improbable. En el último caso, porque la competencia de cualquier ciencia más o menos positiva quedaría excedida por las consideraciones ontológicas spinozianas. En el segundo caso, porque ni aún pretendiendo recorrer una "teoría del Estado" de cuño spinoziano, resultará fácil dar con esa "teoría". Lo cual indica, a su vez, el problema que se le plantearía a quien quisiera equiparar esa eventual teoría spinoziana con otros *corpus* textuales que quedan englobados dentro de la categoría "teoría del Estado": el pensamiento filosófico de Spinoza no está consagrado a la consecución de una ciencia positiva. Bien podría decirse que tampoco los escritos de, por ejemplo Hobbes o Rousseau, están consagrados a tal tarea. Y bien podríamos suscribir tal idea. Por lo que la

cuestión de la casi completa ausencia de Spinoza en los programas de la asignatura "Teoría del Estado" y afines, se desplaza de una cuestión de apariencias (¿qué es una teoría? ¿quién la ha escrito?) a una cuestión de gnoseología política: ¿qué dispositivos de poder han operado discursivamente como para que la obra de Hobbes y Rousseau se haya vuelto canónica a la hora de definir un programa de "Teoría política" (por más cuño científico que tenga), y la obra de Spinoza se encuentre casi totalmente desatendida (por más cuño teórico o filosófico que tenga el programa)?

2 | La criba gnoseológica científica y el tridente iusnaturalista

Cabría indicar que tanto Hobbes como Rousseau superaron la criba gnoseológica cartesiano-kantiana. Denomino así a una especie de filtro que, combinando (filtrando a su vez) de un cierto modo al *Discurso del método* con la *Crítica de la Razón pura*, permite detectar el potencial de una especulación para convertirse en teoría científica, esto es, en una especulación general sobre algún asunto capaz de generar un campo de aplicación empírico (objeto de estudio) para políticas públicas. Olvidando que ninguno de esos autores (Hobbes, Rousseau) asume al Estado como algo natural (más bien al contrario), las políticas estatales que han ido sosteniendo y componiendo la creciente secularización del gobierno de los hombres, han montado el **tridente iusnaturalista** Hobbes-Locke-Rousseau. Aplicadas al conocimiento de su propia historia, estas políticas han transformado a estos tres pensadores en personajes de folletín que se distribuyen los motes de **el malo, el tibio y el bueno**. Más allá de alguna disputa sobre quién es el malo y quién el bueno, el sentido común académico presupone a, o descansa en esta trilogía a la hora de organizar un curso de "Teoría del Estado". Ante este triángulo tan estable, a la vez útil y pedagógico, resulta difícil encontrar un lugar de inserción para otro *iusnaturalista*.⁽²⁾ Así, para el primero, el Estado serviría para conjurar el miedo natural del Hombre a ser asesinado; para el segundo, serviría para

(2) Por más fuerza que se haga, el triángulo así constituido no deja un hueco para Spinoza. Y ni hablar de Sade, cuyo iusnaturalismo resulta tan radical que podría confundirse con un positivismo extremadamente formalizado, si la fuerza literaria de sus textos no lo excluyeran de arranque de toda posibilidad de ser sometido siquiera a la prueba de la criba cartesiano-kantiana. En este punto, es oportuno destacar que también Kant resulta refractario al trián-

resolver problemas de medianera entre buenos vecinos; y para el tercero, serviría para intentar volver a un estado de naturaleza amoroso perdido. Como puede apreciarse, en los tres casos, lo definitorio de las teorías es que el Estado **sirve** para algo. Y justamente en ese punto es donde estos autores se vuelven comparables y administrables entre sí. Más aún, es a partir de este vector de utilidad que pueden triangularse, y constituirse en la piedra angular de toda programación de una "Teoría del Estado", sean o no mencionados por ella.

Ahora bien, el pensamiento de Spinoza ha resultado irreductible a este vector de utilidad. Diríase que la filosofía de Spinoza, y su eventual teoría del Estado, resultan perfectamente inútiles, pues comprenden pero no habilitan a las políticas públicas. La *Ética* de Spinoza, por ejemplo, calibra la procedencia del vector utilitario quedando, así, justo al límite de toda posibilidad de ser utilizada. Antes de desarrollar este punto, cabe indicar que existe un impedimento de carácter más aparente y, por lo tanto, más relevante desde el punto de vista de la elaboración de políticas públicas de conocimiento y enseñanza. Sencillamente, Spinoza menciona con insistencia a "Dios" en sus libros, uno de los cuales llega a titularse *Tratado teológico-político*. Por más que sea conocido el hecho de que Spinoza fue expulsado, maldito y condenado al olvido por su comunidad religiosa a raíz, justamente, de su idea de Dios, esa misma condena parece haber funcionado. Pues ella misma no ha bastado para contrarrestar la influencia perniciosa de la palabra "Dios" con respecto a la conformación de un saber y de una idea de gobierno basados en políticas públicas seculares. Como si las referencias constantes de Spinoza a Dios, a pesar de la maldición caída sobre él por esa misma idea, demostraran su inutilidad, la imposibilidad de averiguar para qué bando juega, de integrarlo siquiera o bien al bando de los malos, o al de los tibios, o al de los buenos.

Como puede apreciarse, encarar ese nudo gnoseológico donde se concentra una disputa no sólo acerca de la política (utilitaria) a seguir, sino también sobre el tipo de política (utilitaria u otra), requeriría una preparación previa que, ya de entrada, no podría aceptar como natural el dato

.....
gulo, tal vez por formar parte de ese filtro selectivo, una especie de meta-iusnaturalista que siempre alcanza a escurrirse de la definición científica de "iusnaturalista".

estatal. Se trataría de desplegar, entonces, una genealogía de los modos de gobierno que dé cuenta de sus diversas mutaciones históricas, para llegar a la época del *iusnaturalismo* con la chance de despegarlo de sus versiones estandarizadas y, así, de ampliar tanto su campo de influencia como su carácter ontológico. De lo que se desprende que, para poder leer e incluir a Spinoza en un programa de "Teoría del Estado" se precisa promover cierta desactivación, tanto de la historización del Estado como de la estatalización de la teoría. Y es que la propia obra de Spinoza promueve esa desactivación que, de ser asumida, implicaría un cambio en el abordaje del programa de "Teoría del Estado". Como primera medida, ya no podrá suponerse a la formación gubernamental "Estado" como dato, ni tampoco como producto de unas "leyes de la causalidad": se trataría, más bien, de rastrear sus **condiciones afectivas** de surgimiento. En efecto, cabría afirmar que la base óptica del pensamiento de Spinoza sobre los hombres son los **afectos**. Dar cuenta de los tipos y las leyes de composición de los mismos habilita una comprensión del Estado como modo de expresión de alguno de esos tipos específicos que, a su vez, se expresa en una cierta regularidad (legalidad) o, si se prefiere, en un cierto gobierno de las composiciones afectivas, principalmente en clave utilitaria. De allí que anteriormente se afirmara que el abordaje ontológico de Spinoza, al límite de la utilidad, permite calibrar ese vector afectivo estatal, quedando al margen de toda posibilidad de ser utilizado, programado, causalizado o historizado. Si la filosofía de Spinoza es una filosofía práctica no lo será, entonces, por resultar útil, sino por echar luz sobre las distintas prácticas posibles, esto es sobre los distintos tipos de **composición de afectos**, incluyendo el utilitario.

3 | Una ontología infinitiva de los afectos

Un afecto es el resultado de una afección sobre el cuerpo y, a su vez, en el pensamiento, la idea de ese resultado. Así, en relación al alma, un afecto puede ser alegre o triste, esto es, puede aumentar o disminuir la perfección del alma, su capacidad de tener ideas (adecuadas o inadecuadas). Ahora bien, en relación al alma y al cuerpo considerados simultáneamente, el afecto alegre es llamado placer y el afecto triste es llamado dolor, cuando es una parte del cuerpo la afectada. Mientras que, cuando el afecto

tado es un cuerpo tomado en su conjunto, ese placer es llamado jovialidad y ese dolor es llamado melancolía.⁽³⁾ Nótese que resultaría absurdo plantear al afecto sólo en relación al cuerpo, pues éste sólo está sujeto a las afecciones, sin idea alguna sobre ellas y, por lo tanto, sobre sí. Por lo que el mundo de los afectos se corresponde con la existencia de ideas sobre las afecciones. Esto permite captar un diferencial afectivo que, a su vez, habilita la búsqueda de una mayor perfección, tanto del alma como del alma/cuerpo, o sea, tanto de aumentar la capacidad de ser afectada o de tener ideas del alma, como la capacidad de ser afectado o, aunque suene contradictorio, de actuar del alma/cuerpo. Ocurre que, a la base de esta filosofía de los afectos, se encuentra la idea de que **poder es poder ser afectado**. Spinoza elude, a la vez, una definición activa o pasiva de poder. Se trata, notoriamente, de una definición infinitiva. Poder no es un sustantivo, es un infinitivo cuya potencia (*potentia*) se expresa en composiciones de fuerza cuyos modos, tiempos y conjugaciones expresivas dependerán de su afectabilidad (*potestas*, poder de ser afectado), tanto en lo atinente a su capacidad actual de ser afectado (*aptus*), como a su capacidad de perseverar en su ser (*conatus*).

Que el alma no pueda determinar a actuar al cuerpo ni viceversa, es el colofón de esta ontología de las afecciones. Éstas son las únicas capaces de generar una acción a través de los afectos. Éstos se expresarán paralelamente a nivel de las alegrías y la tristezas de las ideas del alma sobre esas afecciones, y de los placeres y los dolores del alma/cuerpo. Y es que esas ideas, en tanto no pueden ser otra cosa que ideas del cuerpo, componen el placer o el dolor del alma/cuerpo. En este sentido, las ideas pueden ser adecuadas o inadecuadas, en la medida en que captan o no a una afección como causa adecuada de su afecto: "Llamo causa adecuada a aquella cuyo efecto puede ser percibido clara y distintamente por ella misma. Llamo, en cambio, inadecuada o parcial a aquella cuyo efecto no puede ser entendido por ella sola" (*Ética*, tercera parte, definición 1).

De este modo, una idea inadecuada puede ser tanto triste como alegre pero, indica Spinoza, una idea adecuada sólo puede ser alegre,⁽⁴⁾ dado que percibe a un afecto cualquiera, por más dolor que pudiera producir,

(3) Ver *Ética*, tercera parte, proposición 11, escolio.

(4) Ídem, proposición 58 y 59.

como causa clara y distinta del efecto que produce. Así, nada del afecto queda fuera de la jurisdicción del afectado, de manera tal que éste se constituye como libre, pues queda liberado de la esclavitud de las afecciones inadecuadamente comprendidas, por más alegres que pudieran ser sus efectos. Diríase que la idea adecuada logra evitar que se dependa de los resultados de las afecciones y, justo entonces, logra que el cuerpo actúe. Así, una acción no es otra cosa que la comprensión adecuada de los efectos de una afección. Mientras las ideas sean inadecuadas, tanto alegres como tristes, el cuerpo estará bajo la servidumbre de las pasiones.

Quedan entonces la alegría y la tristeza como dos afectos primarios. A estos hay que sumarles el deseo. Se trata de un modo de presentarse del *conatus*, de la tendencia de todo existente a perseverar en su ser. El *conatus*, visto desde el punto de vista del alma, es llamado por Spinoza "voluntad" y, desde el punto de vista del alma/cuerpo, "apetito". A su vez, la conciencia del apetito (la idea del mismo) es el "deseo".⁽⁵⁾ Así, el deseo de perseverar en su ser del cuerpo alcanza su máxima consistencia cuando el deseo de perseverar en su ser del alma alcanza su máximo grado de adecuación posible. Pues, mientras existan ideas inadecuadas, no sólo habrá posibilidad de tristeza, sino que también las alegrías estarán sujetas a resultados que exceden la comprensión de las afecciones que les dan lugar.⁽⁶⁾ Ahora bien, existe una perfección de todo *conatus*, sea que tienda a perseverar en ideas adecuadas o inadecuadas. La cuestión radicaría, entonces, en cómo pasar de ideas inadecuadas a otras adecuadas, o más precisamente, en cómo pasar de una tendencia a otra de perseverar en el ser. De lo que se trataría es de cambiar la comprensión de **lo que** se desea, por la comprensión de **que** se desea. Mientras esto no ocurra, los hombres serán esclavos de los efectos concomitantes de los modos más o menos habituales de transporte de las afecciones,⁽⁷⁾ y no soberanos de los efectos

(5) Ídem, proposición 9, escolio.

(6) El efecto de una afección, afecto alegre o triste, excede a la afección cuando ésta no es percibida como causa adecuada; esto es, cuando no se la comprende como la causa clara y distinta de una variación afectiva del cuerpo y, por lo tanto, se deriva hacia otra cosa que expresa a la afección pero es exterior a la misma, parte de la fuerza causal de su efecto o variación afectiva (alegre o triste). Así, recurriendo a un ejemplo de afecto ya estatalizado, quien sea aprobado con la mayor calificación posible en un examen, haría derivar inadecuadamente su alegría de esa calificación que, sin bien transporta a la afección, es exterior a la misma.

(7) "... sólo padecemos necesariamente en la medida en que imaginamos..." (ídem, proposición 56); "... mientras el alma humana contempla un cuerpo exterior como presente, esto

correspondientes a las afecciones en sus diversos modos de manifestarse. Mientras esto no ocurra, podría decirse que el miedo (o la pereza o la indiferencia) es la fuerza predominante del deseo, en detrimento del valor (coraje o capacidad de valorar). Y este predominio, en tanto posible, no implica ningún desvío de la naturaleza del Hombre.⁽⁸⁾ Éste, desde el punto de vista general de las afecciones y sus composiciones afectivas, nunca podrá ser juzgado ni como malo ni como bueno. A lo sumo se podrá tener en cuenta la mayor o menor perfección a la hora de componer localmente cada uno de sus encuentros afectivos.

4 | El Estado como una composición afectiva

Sólo llegados a este punto resulta lícito plantear la cuestión del Estado. En efecto, el Estado sería un modo específico de componer y administrar las tristezas y alegrías que proceden de las ideas inadecuadas y que, a su vez, expresarían un *conatus* separado de sí mismo por miedo o por pereza. Así, las consideraciones de Hobbes sobre el miedo pueden volverse aquí pertinentes.⁽⁹⁾ El estado civil es un efecto del miedo natural. El estado civil administra ese miedo, lo regulariza. Pero el miedo no sería el único modo (natural) posible del *conatus*. Existiría también, por ejemplo, la posibilidad del valor.⁽¹⁰⁾ Pero en tanto el miedo predomine, el estado

.....
es, lo imagina, el cuerpo humano está afectado por un modo que implica la naturaleza del mismo cuerpo exterior" (idem, proposición 12).

(8) "La mayor parte de los que han escrito sobre los afectos y la norma de vida de los hombres, no parecen tratar sobre las cosas naturales, que siguen las leyes comunes de la naturaleza, sino sobre cosas que están fuera de la naturaleza. Más aún, parecen concebir al hombre en la naturaleza como un imperio en un imperio, puesto que creen que el hombre, más que seguir el orden de la naturaleza, lo perturba... (...) Pero mi razón es esta: que nada sucede en la naturaleza que pueda ser atribuido a un vicio suyo. Porque la naturaleza es siempre la misma, y una y la misma en todas partes es su virtud y potencia de actuar..." (idem, prólogo).

(9) Recuérdesse las definiciones que da Spinoza de esperanza y miedo. La primera: "... no es sino una alegría inconstante surgida de la imagen de una cosa futura o pasada, de cuyo resultado dudamos." La segunda es: "... al revés, una tristeza inconstante surgida también de la imagen de una cosa dudosa. Por otra parte, si de estos afectos se suprime la duda, de la esperanza resulta la *seguridad* y del miedo la *desesperación*..." (idem, proposición 18, escolio 2).

(10) "Hay, pues, tantas especies de deseo como de alegría, tristeza, amor, etc." (idem, proposición 56, escolio). O también: "... la alegría y la tristeza son el mismo deseo o apetito,

civil hobessiano será comprensible como el modo de composición afectiva que se corresponde del modo más perfecto posible con la tendencia a perseverar en su ser de ese *conatus*. Diríase que el Estado surge como una instancia que administra ese miedo en términos de alegrías y tristezas, placeres y dolores, mediante la regularización de ideas inadecuadas que darán lugar, a su vez, a placeres y dolores estatales del cuerpo.⁽¹¹⁾ En la medida en que el Estado vaya reduciendo todas las afecciones posibles a su lógica, y descartando o desechando todas las que no pueda reducir, el hombre estatal irá perdiendo el hábito de tener ideas sobre, o volviéndose crecientemente insensible a las afecciones que no pueda comprender estatalmente, y a los afectos que no estén regularizados. El vector principal de esta regularización habrá de ser la utilidad, esto es la capacidad de transformar una afección en una política pública o, pensado desde la esfera del saber, la capacidad de transformar una afección en la causa (determinable, pero siempre inadecuada) de otra afección.⁽¹²⁾ Se ingresa de este modo en el mundo de las leyes de composición estatal, tanto a nivel de las costumbres como de la ciencia: leyes jurídicas y leyes científicas. Éstas, consideradas sólo en su positividad, es decir en su forma proposicional "antecedente-nexo-consecuente", irán dando lugar a una normalización de las costumbres y los saberes, esto es a una normalización de las alegrías y las tristezas. El olvido de la inadecuación, condición de posibilidad de esa normalización, irá creciendo como excedente anomal⁽¹³⁾ del disposi-

.....

en cuanto que es aumentado o disminuido, favorecido o reprimido por causas exteriores; es decir, son la misma naturaleza de cada uno" (idem, proposición 57).

(11) De allí el ejemplo del examen en la nota 5. Como si las políticas públicas operaran sobre la estandarización y fomento de ciertas composiciones afectivas accidentales. Y es que "cualquier cosa puede ser, por accidente, causa de alegría tristeza o deseo." (idem, proposición 15). O, más precisamente, "una cosa cualquiera puede ser, por accidente, causa de esperanza o de miedo." (idem, proposición 50).

(12) No es éste el lugar para desarrollar las relaciones entre el vector de causalidad y el vector de utilidad, y su probable procedencia del debilitamiento del vector cristiano de culpabilidad. Baste señalar que habrá de ser el Estado el nuevo administrador de la culpa sobre el fondo de un espacio catastrizado y un tiempo segmentarizado.

(13) La anormalidad, en tanto, quedará subsumida a la normalidad bajo la categoría de "enfermedad mental". En ella residiría la causa de conductas de placer/dolor, y de ideas alegres/tristes que, aún siendo disfuncionales a la composición afectiva estatal, recortan su zona de influencia. Serán las disciplinas psiquiátricas las que balicen y generen las políticas públicas de recuperación de la "salud mental", de la normalidad de estas conductas e ideas anormales. Más allá de éstas, el excedente anomal irá creciendo sin alcanzar a ser reconocido ni como normalidad ni como anormalidad.

tivo de esta ciencia de las políticas públicas (*Polizeiwissenschaft*)⁽¹⁴⁾ que, finalmente, irá definiendo el campo del saber distribuyéndolo en “disciplinas”, productoras y gestoras de normas técnicas jurídico-científicas para un mundo crecientemente atravesado por la lógica de la técnica (la tecnología).

Sin embargo, como ya adelantara Hobbes, una de las consecuencias posibles de esta normalización es una creciente “letargia” del cuerpo estatal,⁽¹⁵⁾ esto es, según la definición de Spinoza, una creciente tristeza y melancolía o pérdida de la capacidad de ser afectado, o actuar, del alma/cuerpo. Por lo que, concomitantemente, habrán de precisarse políticas anti-letargo/melancolía, políticas de diversión basadas, a su vez, en la conquista del “fuero íntimo” que, para Hobbes, todavía quedaba fuera del registro y el campo de influencia estatal.⁽¹⁶⁾ Se trata, en suma, de la aplicación de políticas públicas, ya no sólo sobre los efectos exteriores de las afecciones (tristeza/alegría, dolor/placer), sino también sobre el *conatus*,

(14) Ver al respecto el artículo de Foucault, “*Omnes et singulatim*. Hacia una crítica de la razón política” o, más extensamente, su curso sobre “Seguridad, territorio y población”. Préstese atención, también, a la siguiente definición de Hobbes al inicio del capítulo XXIV de su *Leviatán*: “La nutrición de un Estado consiste en la abundancia y distribución de materiales que conducen a la vida: en su acondicionamiento o preparación, y, una vez acondicionados, en la transferencia de ellos para su uso público, por conductos adecuados” (p. 251).

(15) En el capítulo VIII del *Leviatán* Hobbes indica que “el abatimiento provoca en el hombre temores inmotivados; es llamado comúnmente *melancolía* y tiene también manifestaciones diversas; por ejemplo, la frecuentación de cementerios y lugares solitarios, los actos de superstición, el temor a alguien o a alguna cosa en concreto”. Ahora bien, esta pasión que sería una más de las englobadas en la “locura” —aquéllas que “... producen una conducta extraña y desusada” (p. 89)—, a nivel del *Leviatán* parece expresarse en un tipo específico de abatimiento provocado por una efectiva “nutrición” estatal (ver nota 10): “la *letargia* de la comodidad...” (cap. XXIX, p. 332).

(16) Indica Hobbes en el capítulo XXVII de su *Leviatán*: “... son demasiado severos consigo mismos y con los demás quienes sostienen que las primeras mociones de la mente, aunque constreñidas por el temor de Dios, son los pecados” (p. 193) y “Delito es un pecado que consiste en la comisión (por acto o por palabra) de lo que la ley prohíbe, o en la omisión de lo que ordena. Así, pues, todo delito es un pecado: en cambio, no todo pecado es un delito [...] Respecto a las intenciones que nunca se manifiestan por un acto externo, no existe lugar para la acusación humana” (p. 294). En este sentido, ya puede leerse un anticipo en el capítulo XV: “Las leyes de naturaleza obligan *in foro interno*, es decir, van ligadas a un deseo de verlas realizadas; en cambio, no siempre obligan *in foro externo*, es decir, en cuanto a su aplicación” (p. 166). De todo esto podría derivarse, entonces, que el Estado no puede ni precisa inmiscuirse en el *foro interno*, ámbito de las leyes naturales y de primeras mociones mentales eventualmente pecadoras, sino que su poder sólo puede y debe desplegarse *in foro externo*, ámbito de las leyes civiles y de las conductas, eventualmente delictivas, que pueden ser evidenciadas ante un juez.

sobre lo que la ciencia estatal psiquiátrica habrá de llamar "conciencia" y aún "inconsciente". Se tratará, entonces, no sólo de corregir las anomalías ("locuras") de la normalización de los afectos, sino también de adelantarse a una cierta melancolía del deseo (de la *libido*), de conjurarla en su fuente. No sólo de aumentar el placer y disminuir el dolor según ideas (inadecuadas) de alegría y tristeza utilitaristas. También de operar sobre el deseo, sobre la tendencia a perseverar en un ser determinado. La política pública, superando su fase bio-política exterior, procurará interiorizar una vida, un deseo de vida que, pudiendo ser alcanzado o no, sea aceptado como referencia de los afectos. Se trataría de hacer que el deseo se vuelva insensible al excedente afectivo (anomal) que se encuentra en la base del modo de producción de afectos estatal o, más precisamente, capitalista. Pues habrá de ser el "**Kapital**" el modo general de esta axiomática descodificada del deseo, de la cual el Estado habrá sido sólo su gestor o, posteriormente, su regulador.

5 | Efectos académicos de la afección-Spinoza

Si la regulación afectiva exterior implicó la descodificación del trabajo y su transformación en trabajo abstracto, cuya expresión más precisa fue la fábrica; la regulación afectiva interior implica la descodificación del deseo y su transformación en deseo abstracto, cuya expresión más precisa es el cine.⁽¹⁷⁾ Así podría trazarse un hilo maestro que va de la fábrica al cine y del trabajador al espectador; de la sociedad del trabajo a la sociedad del espectáculo, y del Estado-Nación de Derecho a las multinacionales y los (así llamados) Organismos No-Gubernamentales.

Como puede apreciarse, la introducción de la **afección-Spinoza** en un programa de "Teoría del Estado" muta todas las consideraciones habituales acerca de la evolución estatal. Y lo mismo ocurre con respecto a su origen. Así, un eventual abordaje del pensamiento de la Antigua Grecia no puede quedar bajo la condición de ser el embrión del Estado "actual", sino que debe enfrentar el desafío de recuperar la antigua idea, compar-

(17) Si el trabajo abstracto se obtiene y se realiza en la fábrica, el deseo abstracto se obtiene y se realiza en el cine. Así, el desarrollo de las técnicas propagandísticas serían al deseo lo que el desarrollo de las técnicas de producción (taylorismo, fordismo...) al trabajo.

tida por Spinoza, según la cual todo pensamiento es de por sí político. De este modo, se establecería un corte entre lo que modernamente llamamos pensamiento o teoría política, y lo que antiguamente aseguraba la politicidad de un pensamiento. En término spinozianos, cabría indicar que las condiciones afectivas de la antigüedad griega no pueden colocarse en el mismo plano de las condiciones afectivas modernas. Por lo que las consideraciones sobre los modos de gobierno de los afectos que, por ejemplo, lleva adelante Platón en su *República*, no pueden colocarse como precursoras de las modernas consideraciones sobre esos mismos modos. Aunque sí debiera tenerse siempre presente que ambas estarían compartiendo un mismo **problema**, esto es una misma preocupación acerca de la composición y el gobierno de los afectos. Paradojalmente, esta visión de lo griego que permitiría abordar mejor pertrechados la obra de Spinoza es, a su vez, una visión que sólo sería actualmente posible tomando en cuenta esa misma obra. El único modo de saltarse esta paradoja consistiría en rodearla indagando en las condiciones afectivas del propio origen de la filosofía griega siguiendo, por ejemplo, los hitos que marcara Giorgio Colli en *El nacimiento de la filosofía*.⁽¹⁸⁾

Como sea, lo que no puede dejar de notarse es que la misma Facultad de raigambre moderna (con sus alumnos y profesores) en la que se desarrolla una asignatura como "Teoría del Estado", resulta una expresión estatal o multinacional (según corresponda). Pero Spinoza obliga a suspender ese dato, su obviedad, a reconsiderarlo y a reconsiderarse, como si fuese necesario tomar a la propia asignatura y sus participantes como el principal objeto de estudio de su desarrollo: el "Estado" ya no sería algo que está "allá afuera", sino que se encontraría más bien interiorizado en cada una de nuestras ideas y afectos. ¿Cómo lograr, entonces, la famosa distancia científica? Tal vez sólo quepa asumir que es imposible, que esa pretensión

(18) El recorrido de Colli, a su vez, se encuentra en correspondencia con el que realiza Friedrich Nietzsche en *El nacimiento de la tragedia*. Sugestivamente, en el ensayo de autocrítica a este libro —que publicó en 1886—, Nietzsche indica que la cuestión central del mismo no es, como podría esperarse, la "tragedia", sino el **problema de la ciencia** o la **ciencia como problema**: "Lo que yo conseguí aprehender entonces, algo terrible y peligroso, un problema con cuernos, no necesariamente un toro precisamente, en todo caso un problema nuevo: hoy yo diría que fue el problema de la ciencia misma —la ciencia concebida por vez primera como problemática, como discutible—" (pt. 2, p. 27). Se trataría, entonces, de calibrar los costos de la transformación de la "tragedia" en objeto de una ciencia positiva o de las políticas públicas (*Polizeiwissenschaft*) y, concomitantemente, de atisbar la alternativa de una gay ciencia (*Frölichewissenschaft*) pues, ya de movida, "... el problema de la ciencia no puede ser conocido en el terreno de la ciencia" (idem).

misma es de cuño estatal, y que de lo que se trata, más bien, es de lograr o promover una "actitud crítica",⁽¹⁹⁾ una mirada que alcance a observar las condiciones de su mirar. Una especie de ventana indiscreta orientada hacia la propia ventana, un ejercicio de meditación del cual hemos quedado separados por el predominio de las meditaciones cartesianas, santo y seña de nuestro modo de comprendernos: un "yo" que es la base de las afecciones (y de la persona jurídica) y que, a su vez, actúa sobre el cuerpo determinándolo a actuar según ciertas reglas extraídas de la seguridad de que ese "yo" duda. Contemporáneo de Descartes, Spinoza ha señalado la inadecuación de esta idea,⁽²⁰⁾ la cual se correspondendería con un cierto modo de reconstruir el *conatus* que se hallaba tambaleante luego de la crisis del Cristianismo, y su modo de componer los afectos. Allí donde Dios dejó de ser el soporte de la "palabra" y las "conductas", allí donde la pasión dejó de ser de y para Cristo, este *conatus* (descristianizado, secularizado, europeizante) bosquejó un nuevo modo de comprenderse y de perseverar en su ser. Orientación que habrá de generar toda una nueva especie de ideas inadecuadas⁽²¹⁾ y que, en ese sentido, habrá de convocar su propia perfección: el Estado-Nación de Derecho, cúspide expresiva de lo que entonces aún se llamaba "Espíritu", y al cual Hegel supo reconocer sin poder o querer atisbar, eso sí, todo lo que desbordaba a esa realización a la que, por lo tanto, enalteció como una realización del Espíritu Absoluto. En este sentido, será un logro de Karl Marx el haber hecho notar este excedente de la concepción hegeliana del Espíritu, y el haberse abocado a rastrearlo y diagnosticarlo bajo la clave del "**Kapital**", nuevo Espíritu del

(19) Esta actitud crítica era la que indicaba el propio Kant a la hora de definir la *Ilustración*. Y es que, más allá del mundo (fenoménico) apto para el conocimiento científico positivo, persiste en Kant el desafío de un mundo (*nouménico*) cuyo conocimiento, quedando por fuera de las capacidades de la ciencia estatal, requiere una actitud de conjurados según la divisa: *sapere aude* (ánimate a saber).

(20) Sumariamente: "Sé sin duda que el celeberrimo Descartes, aunque también hay creído que el alma tiene un poder absoluto sobre sus acciones, intentó explicar los afectos humanos por sus primeras causas y mostrar al mismo tiempo el camino por el que el alma puede alcanzar un imperio absoluto sobre ellos; en mi opinión, sin embargo, no mostró más que la gran agudeza de su ingenio, como demostraré en su lugar." (*Ética*, parte tercera, prólogo).

(21) Probablemente, profundizar en la composición y en la procedencia de estas "especies de ideas inadecuadas" tal como quedaron indicadas en la nota 9, exceda ya los desarrollos de Spinoza, y convoque los de Friedrich Nietzsche sobre *perspektivismus* o, también, sobre lo que en este contexto podríamos llamar "genealogía de los afectos". De hecho, el primero ha llegado a declarar que "... no nos es necesario conocer estas diferencias ni investigar más a fondo la naturaleza y el origen de los afectos." (*idem*, proposición 56, escolio)

mundo cuyas manifestaciones habrán de incluir al Estado-Nación de Derecho. A este respecto, cabría asumir un materialismo dialéctico de cuño metafísico que se desmarque de la noción más positivista de "materialismo histórico" diagnosticando, en clave afectiva o spinozista, justamente aquello que modernamente llamamos "Historia". Así, el "método materialista" dejaría de estar asociado a una idea de materia tangible y objetivable, y entraría en resonancia con las consideraciones de la física cuántica sobre la materia y la energía: una cuestión de masas que, como es sabido, habrán de ser las protagonistas de la física y de las sociedades (ambas nucleares) contemporáneas.

6 | Masa y poder

Quizá quepa terminar postulando dos tipos de asignatura o de materia. Una orientada hacia lo tangible, hacia el peso de un supuesto objeto o cuerpo en relación con la fuerza de atracción gravitatoria, y otra orientada hacia lo intangible, hacia la masa de ese cuerpo y, por lo tanto, hacia la energía o potencia intrínseca que lo constituye y con la que resiste o persevera en su ser. Dicho sumariamente, unas asignaturas, unas materias del poder (como sustantivo) y otras de poder (como infinitivo). La hipótesis que defiende este artículo es, entonces, que la inclusión de Spinoza en una asignatura de "Teoría del Estado" o de "Óptica" (Spinoza era óptico), precisa asumir el desafío de orientar hacia un poder infinitivo todo el peso del programa de una cursada que, por definición, se encuentra bajo la égida del poder sustantivado. Y esto último por razones estrictamente genealógicas, lejos de cualquier conciencia conspirativa que pretenda separar adrede al poder infinitivo de su propia fuerza. A este respecto cabe recordar aquella especie de propuesta que presentara Kant en *El conflicto de las Facultades*: dado que las modernas Facultades quedan subordinadas al Estado, la Facultad de Filosofía debiera quedar eximida de esa subordinación a cambio de que sus juicios, amén de que no tengan que ser útiles, no resulten tampoco obligatorios como fuentes de producción o suspensión de políticas públicas. Ahora bien, esos juicios, así surgidos por fuera de las políticas de Estado pueden, por eso mismo, herir su sensibilidad (afectividad), por lo que habrán de requerir una política estatal que les brinde "libertad de expresión". Así, las Facultades mayores (Teología, Derecho y Medicina) quedarían dedicadas a emitir juicios que sostengan la minoría de edad estatal, abocada a la administración del mundo feno-

ménico (ámbito de las ideas inadecuadas), mientras que la Facultad menor de Filosofía, abocada al mundo **nouménico** (propio de la libertad o de las ideas adecuadas), procurará alcanzar la mayoría de edad que corresponde a quienes se animan a saber.

Como es bien sabido, esta propuesta kantiana no sólo no tuvo aceptación, sino que tampoco alcanzó a ser comprendida. Así, ninguna Facultad escapó al influjo estatal y, por lo tanto, toda Facultad resulta, por definición de origen, abocada al poder sustantivado (estatizado). De allí que la tendencia de Spinoza a estar ausente de los programas de "Teoría del Estado", no deba atribuirse a ninguna mala voluntad o desatención personal, sino más bien a razones genealógicas que se encuentran en la raíz del surgimiento estatal y sus políticas gnoseológicas. De lo que resulta que la inclusión de Spinoza dentro de un programa académico debiera ir acompañada de una cierta resistencia a la gravedad estatal, de una cierta liberación de la misma que, a su vez, iría mostrando los desafíos pedagógicos que habrán de afrontarse para, por decirlo así, acostumbrar a colegas y estudiantes a las condiciones propias de la falta de gravedad, sin perder de vista la seriedad en éstas implicada.

Bibliografía

FOUCAULT, MICHEL, "Omnes et singulatim", en ¿Qué es la Ilustración?, Madrid, De la Piqueta, 1996.

HOBBS, THOMAS, *Leviatán*, Madrid, Sarpe, 1984.

KANT, IMMANUEL, *El conflicto de las Facultades*, Madrid, Alianza, 2003.

NIETZSCHE, FRIEDRICH, "Ensayo de autocrítica", en *El nacimiento de la tragedia*, Madrid, Alianza, 1994.

SPINOZA, BARUCH, *Ética demostrada según el orden geométrico*, Madrid, Trotta, 2009.

Juicios al mal radical

Crímenes de lesa humanidad y justicia en la transición democrática argentina

por **JORGE E. DOUGLAS PRICE**⁽¹⁾

Resumen

El artículo procura mostrar cómo, según las categorías de Jon Elster, el proceso de Justicia de Transición argentino, es un proceso de "segunda ola" que siguió a la caída de un régimen dictatorial endógeno, cuya instauración y caída fue auspiciada por las potencias capitalistas dominantes. También advierte que la resiliencia demostrada por las organizaciones de derechos humanos, fue decisivas en las prácticas de producción de sentido que construyeron una semántica social que bloqueó o inhibió la legitimación de la violencia como forma de la política.

I | La insoportable levedad del derecho

La insoportable levedad, la ausencia de peso en el existir, se ha puesto de manifiesto de modo terrible durante, muchísimas veces en el siglo XX y varias ya en lo que va del XXI.

.....

(1) Profesor Titular Regular. Teoría General del Derecho I y II, Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Director del Centro de Estudios Institucionales Patagónico (CEIP). Investigador Categoría II SECyT. Director Proyecto "Federalismo y Derechos Humanos" (UNCo D-077). Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho.

Y en casi todas ellas jueces vestidos de jueces, tratados como jueces, han legitimado la daga del verdugo con los argumentos del derecho o algo así como el derecho.

Y del otro lado algunos filósofos quieren insistir en que hay sólo un derecho y que el "otro" no es derecho, sin observar los efectos perniciosos de esa falacia: al reclamar la existencia de un solo derecho, el inocente—inadvertido— recibe siempre, como comunicación, como "sentido", que todo lo que se llame o aparezca como derecho es derecho bueno.⁽²⁾

Los crímenes nazis, los del régimen stalinista, los del Pol Pot en Camboya, los de Mao Tse Tung; los de Francia en Argelia, los de las dictaduras Latinoamericanas, la matanza de tutsis y hutus moderados por el régimen Hutu en Ruanda, la "limpieza étnica" del régimen Serbio en Croacia, Bosnia-Herzegovina y Kosovo, o, más recientemente, los del mismo régimen norteamericano, en Guantánamo, con prisioneros de sus últimas guerras (y la interminable lista podría continuar), muestran hasta cuál punto es veraz aquella sentencia de Albert Camus cuando afirmaba que el siglo XX era el siglo de los crímenes de la razón: "Hay crímenes de pasión y crímenes de lógica. La frontera que los separa es incierta. Pero el Código Penal los distingue, bastante cómodamente, por la premeditación. Estamos en la época de la premeditación y el crimen perfecto. Nuestros criminales no son ya

(2) Kelsen afirmaba que liberar el concepto de derecho de la idea de la justicia es difícil, porque ambos se confunden constantemente en el pensamiento político no científico, así como en el lenguaje cotidiano, y que ello se deriva de la confusión ideológica que trata de hacer aparecer el derecho positivo como justo, lo que responde a la tendencia a justificar determinado orden social, y por ello rechaza que derecho y justicia se traten como problemas separados y acusa a esta posición como despreocupada del problema de la justicia. Kelsen rechaza esta acusación y sostiene que ese problema es de otro orden, ético y metaético, y expone entonces su conocida teoría escéptica acerca de la posibilidad de alcanzar el conocimiento de lo justo por vía racional (Kelsen, 1995). Sin poder discutir aquí en el breve espacio de este artículo esta cuestión central de la filosofía del derecho, adelanto que, compartiendo con Kelsen aquél distingo metodológico, no comparto su escepticismo radical (bien que en su opúsculo *Qué es la Justicia*, lo morigeró) y adhiero a una forma de constructivismo radical según el cual el presupuesto sine qua non de la justicia es la real inclusión universal de todos en todos los sistemas parciales de la sociedad, aún si no actualiza esa participación en todos, advirtiendo que la exclusión de sólo uno de ellos, genera un tipo de cadena que lleva al individuo a ser considerado cada vez menos como interlocutor, ergo cada vez menos como persona, desde que la sociedad son las comunicaciones que producimos los aparatos psíquicos que somos los seres humanos: la distinción entre inclusión y exclusión tiene una relevancia decisiva, en esta teoría, en la autodescripción de la sociedad, precisamente porque con base en ella se establece el criterio de acceso a la comunicación, lo que determina la justicia del entero sistema social (Corsi, Espósito, & Baraldi, 1996, pág. 92).

esos muchachos desarmados que invocaban la excusa del amor. Por el contrario, son adultos, y su coartada es irrefutable: es la filosofía, que puede servir para todo, hasta para convertir a los asesinos en jueces. Heatchcliff, en Cumbres Borrascosas, mataría a la tierra entera para poseer a Cathie, pero no se le ocurriría la idea de decir que ese asesinato es razonable o está justificado por el sistema" (Camus, *El Hombre Rebelde*, 1978, pág. 9).

Las "razones" de esos crímenes han sobrado: la depuración racial, la lucha de clases, la revolución cultural, la lucha contra el comunismo, la lucha contra el capitalismo, la lucha contra el terrorismo, el "espacio vital"; todas razones abyectas para mantener la justificación de los crímenes de masa.

Y, lo que es más terrible, en muchas de esas matanzas, el derecho, el sistema del derecho, construido —entre otras instituciones designadas para ello— por los tribunales y sus decisiones, vino a conformar distinciones "aceptables", palabras tranquilizadoras, aquellas que poseen el mayor de los poderes posibles: el de la legitimación.

Y en cada una de ellas la misma perversa distinción: los míos y los otros, la moral del naufragio llevada a cabo en tierra firme, sólo que nadie dice los niños y las mujeres primero para salvarlos. Es el terror de la peste.

Dice Zaffaroni que "hablamos de crímenes de masa y no de genocidio porque como concepto jurídico a veces puede ser un poco mezquino, limitado. Los crímenes de masa son los que cometen los Estados por fuera de toda hipótesis bélica y es el Estado matando personas inocentes, indefensas". El ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina explicó para la agencia TELAM, que tras el golpe de 1976 en nuestro país: "eran militares pero en función policial, no bélica, porque en todo crimen de masa se quiere alucinar una guerra que se busca justificar y por eso se habló de una guerra sucia, pero no fue una guerra porque si así hubiera sido había que aplicar las leyes de la guerra...el argumento de la guerra sucia es que no son delincuentes comunes y no se aplica el derecho penal y como no es una guerra tampoco aplican la leyes de la guerra, en consecuencia lo dejan en un vacío jurídico", por eso concluye que "la única prevención eficaz que tienen los crímenes de masa es el control jurídico de ese poder punitivo".⁽³⁾

(3) Tomado del diario digital de la agencia de noticias TELAM, 5/09/12: <http://www.telam.com.ar/nota/36983/>

¿Puede el derecho, con su "insostenible levedad", hacer esto?

1.1 | Asesinatos judiciales

Kundera describe, con directa alusión a la tragedia de Edipo, la actividad de fiscales y jueces de la República Checa, en tiempos del comunismo, como asesinatos judiciales: "A los que creen que los regímenes comunistas en Europa Central son exclusivamente producto de seres criminales, se les escapa una cuestión esencial: los que crearon estos regímenes criminales no fueron los criminales, sino los entusiastas, convencidos de que habían descubierto el único camino que conduce al paraíso. Lo defendieron valerosamente y para ello ejecutaron a mucha gente. Más tarde se llegó a la conclusión generalizada de que no existía paraíso alguno, de modo que los entusiastas resultaron ser asesinos. En aquel momento todos empezaron a gritarles a los comunistas: ¡Sois los responsables de la desgracia del país (empobrecido y despoblado), de la pérdida de su independencia (cayó en poder de Rusia), de los asesinatos judiciales! Los acusados respondían: ¡No sabíamos! ¡Hemos sido engañados! ¡Creíamos de buena fe! ¡En lo más profundo de nuestra alma, somos inocentes! La polémica se redujo por lo tanto a la siguiente cuestión: ¿En verdad no sabían? ¿O sólo aparentaban no saber? Tomás seguía atentamente esta polémica (la seguían los diez millones de habitantes de la nación checa) y opinaba que había comunistas que no eran del todo inocentes (inevitadamente tenían que haber sabido algo de los horrores que habían ocurrido y no cesaban de ocurrir en la Rusia posrevolucionaria). Sin embargo, es probable que la mayoría de ellos, en efecto, no supiera nada. Y llegó a la conclusión de que la cuestión fundamental no es: ¿sabían o no sabían?, sino: ¿es inocente el hombre cuando no sabe?, ¿un idiota que ocupa el trono está libre de toda culpa sólo por ser idiota? Supongamos que un fiscal checo que a comienzos de los años cincuenta pidió la pena de muerte para un inocente fue engañado por la policía secreta rusa y por el gobierno de su país.// Pero ¿cómo es posible que hoy, cuando sabemos ya que las acusaciones eran absurdas y los ejecutados inocentes, ese mismo fiscal defienda la limpieza de su alma y se dé golpes de pecho? ¡Mi conciencia está limpia, no sabía, creía de buena fe! ¿No reside precisamente su irremediable culpa en ese "¡no sabía!, ¡creía de buena fe!"?//Y fue entonces cuando Tomás recordó la historia de Edipo: Edipo no sabía que dormía con su propia madre y, sin embargo, cuando comprendió de qué se trataba, no se sintió

inocente. Fue incapaz de soportar la visión de lo que había causado con su desconocimiento, se perforó los ojos y se marchó de Tebas ciego" (Kundera, *La insoportable levedad del ser*).

Pero, esta alusión que parece lejana y vergonzante sólo para los checos, ¿nos es ajena? Más allá de los horrores y la ignorancia (o pseudo error) en que vivimos durante las últimas dictaduras en la Argentina, en Chile, en Brasil, preguntemos: ¿qué hicimos nosotros?, ¿de qué modo permitimos que se instalara la lógica de la muerte?, o aún más: ¿cuántos asesinatos tolera el régimen judicial, hoy mismo, como parte del precio de su propio mecanismo decisorio? ¿Cuánta ignorancia de los efectos del sistema es tratada con el olímpico desprecio de los tratados de derecho procesal?

¿Cuánto resultado paradójal absolutamente necesario, causal, es tratado como "daños colaterales" o "no deseados", con la misma olímpica ignorancia de los jefes de la guerra?

¿Cuánta desigualdad es tratada como igualdad y viceversa, al amparo de distinciones que traza un sistema de dominación y de exclusión, que continúa hoy siendo aplicada al amparo de la inercia de un sistema que se vuelve régimen para el excluido?

El ser, o el existir, está apoyado en una débil estructura de sentido, una estructura insoportablemente leve, que en nada es diferente a la que produce el derecho, porque el derecho es parte de la semántica con la que se constituye la sociedad del mundo contemporáneo, del mismo modo insensible, naturalizado, en que lo era la religión en tiempos de la denuncia de Marx.

Es necesario revisar nuestra responsabilidad frente al mal, frente a lo intolerable, para poder reconstruir otra semántica social que haga posible a cada uno estar en auténticas condiciones materiales de elegir planes de existencia a partir de sus propias definiciones (individuales y grupales) de vida buena.

2 | El Mal Radical

Kant admitía que el mal, el mal radical es algo que "nosotros hacemos diariamente" y se preguntaba "¿Acaso no es más radical el mal que afecta

a la intención expresa de subvertir el orden moral mismo, es decir, querer el mal por el mal?”

Como señala Marrades, Rüdiger Safranski se ha preguntado si a Kant no le faltó precisamente radicalidad, al no haberse atrevido a elevar el mal al mismo nivel absoluto que el bien. Siendo así, que el bien se deja oír en nuestra conciencia como un deber categórico, es decir, como una obligación que vale porque puede sustraerse a todos los intereses empíricos, ¿por qué el mal no podría imponerse también al amor a sí mismo y hacerse valer absolutamente, por la voluntad del mal mismo? ¿Por qué, si sigue preguntándose Safranski, Kant retrocede ante lo que representa Sade —la voluntad de lo absolutamente malo— como una posibilidad correlativa a la del bien? (Marrades, 2002).

Respondo a esta pregunta de modo luhmanniano diciendo que, probablemente, ello obedezca a que Kant no podía ver la unidad de la distinción entre el bien y el mal.

En ese orden de pensamiento, Carlos Nino sostuvo que las violaciones masivas a los derechos humanos suponen el mal absoluto o lo que Kant llamó el “mal radical”. Como él mismo recordaba, Hannah Arendt afirmó que es muy poco lo que conocemos acerca del mal radical, y afirmaba que somos “incapaces de perdonar aquello que no [podemos] castigar [e] incapaces de castigar aquello que se ha vuelto imperdonable (Arendt, 1958)”.

Es por eso que para el libro que escribiera el filósofo argentino sobre la política de transición en nuestro país, eligiera el título *Radical Evil on Trial*, traducido al español (de modo no literal) como *Juicio al mal absoluto* (Nino, 1997).

La expresión “mal radical” la emplea Kant por primera vez en el ensayo de 1792 denominado “Sobre el mal radical en la naturaleza humana”, que luego retoma en “La religión dentro de los límites de la mera razón”, y lo hace refiriéndose a una tendencia, o propensión, de la voluntad a desatender los imperativos morales de la razón, marcando una cuestión central de la filosofía ética que estaba presente en su discusión con Hume.

Sin embargo, Kant, rechazando lo que podría aparecer como una contradicción en los términos, sostiene que pese al hecho de que esa propensión sea natural, no somos menos culpables, porque somos portadores de

una voluntad racional. Y allí estriba la paradoja humana: la propensión al mal puede ser dominada por una buena voluntad, la cual según Kant, es la única cualidad humana que no tiene límites. Tal vez por eso es que la propia Arendt, dijo que "Es inherente a toda nuestra tradición filosófica el que no podamos concebir un "mal radical".

Kant, sin embargo, parece que algo sospechaba acerca de la potencia del mal, aunque lo atribuía a una "mala voluntad pervertida", que podía hallar motivos racionalizables o comprensibles para obrar el mal (como sabemos, esos motivos, los racionalizables, son un requisito dentro de su teoría de la acción humana).

Pero, justamente allí, Arendt marca una diferencia sensible con Kant, el mal radical no es racionalizable, el mal radical es banal, porque no se ajusta a un patrón comprensible, se extiende dirá, como un hongo, hasta perjudicar, infectar, toda superficie.

La pregunta cambia: ¿es que se puede resistir a un mal que definimos como radical y excede los límites máximos de lo que consideramos como "esa propensión natural", en términos del mismo Kant?

Sólo el bien es radical, sostendrá, porque debajo del mal hay nada, sólo existe esa superficie absurdamente leve, donde se asientan el ser y el deber ser, desde donde no se puede ver la unidad de la diferencia que los divide.

La experiencia argentina y las de algunas organizaciones de Derechos Humanos de nuestro país, en particular "Las Madres de Plaza de Mayo" y las "Abuelas de Plaza de Mayo", contestan afirmativamente a aquella pregunta y confirman la tesis kantiana.

3 | La génesis del mal

¿Pero, por qué volver a reflexionar sobre la génesis del mal, si este no es un discurso moralista o religioso, sino jurídico-político?

Es necesario, porque las instituciones se fundan siempre en algún juicio de valor, y porque esa banalidad del mal, que Arendt señaló en el ejemplo de Adolf Eichmann, acecha siempre detrás de el eterno retorno a la creación del enemigo, como sostendrá Zaffaroni.

En efecto, Eichmann, un hombre ramplonamente simple, fue capaz pese a sus limitaciones de organizar con alta eficiencia la masacre más terrible que ha conocido la humanidad. Ese hombre, sin embargo, se deja atrapar "para ser juzgado", con la presumible expectativa de que iba a ser absuelto por haber sido crédulo, por haber sido defraudado por sus líderes.

En la torpeza de este argumento y en la misma ilusión de Eichmann de ser exonerado de culpa puede observarse la asechanza del mal.

Y ello es así no porque alguna entidad metafísica, nacida del ingenio de algún dios, lo haga; sino porque aún si pudiéramos coincidir (por distintas vías) con Kant o con Freud que, en términos normales, los individuos sienten dentro de sí la ley (hasta Eichmann parece en relato de Arendt mostrar algún dejo de remordimiento), también es cierto que frente a la "anormalidad" la conducta humana tiende a amoldarse insensiblemente, progresivamente, a la deformidad moral.

Es que lo cierto es que la historia suele transcurrir en términos poco normales, que hay muchos "anormales" en el sentido kantiano del término y los normales suelen mostrar (solemos mostrar) una inexcusable pasividad frente a la acción desembozada del mal, tal como pudo pasar en nuestras dictaduras.

Por eso es preciso revisar la responsabilidad colectiva, y ver que lo que pasó en Alemania, nunca en su misma extensión ni tan alto grado de perversidad, nos ha pasado a muchos pueblos y nos puede seguir pasando.

Karl Jaspers, al referirse al proceso seguido en Alemania durante el régimen nazi, diferenció la culpa que el propio tribunal internacional creado por las potencias vencedoras, seguía contra determinados dirigentes de aquella estructura política que asoló el mundo, de aquellas culpas que involucraban a otros, que no fueron juzgados, incluida la mayoría del pueblo alemán que, en el decir de Juez Jackson (Presidente del Tribunal de Núremberg), no se pretendía inculpar (Jaspers, 1998).

Jaspers distingue entre cuatro tipos de culpa: la culpa criminal que corresponde a las acciones demostrables judicialmente que infringen leyes

inequívocas,⁽⁴⁾ la instancia donde esta culpa se juzga es el Tribunal que corresponda en derecho; la culpa política que es la que corresponde a las acciones de los gobernantes y de la ciudadanía de un Estado, por la que cada ciudadano es corresponsable de cómo ha sido gobernado (en este caso, Jaspers se refiere a las consecuencias que deberá pagar un pueblo vencido, como el alemán, impuestas por los vencedores, debemos pensar en cómo se resuelve esta culpa cuando el crimen, es llevado a cabo fuera de un supuesto de guerra como en nuestro caso), la instancia es —en el caso alemán— la misma fuerza del vencedor; la siguiente noción es la de culpa moral, según la cual debo cargar con la responsabilidad de las acciones que llevo a cabo, sean estas políticas o militares, en las que “nunca vale, sin más, la obediencia debida”, la instancia es la propia conciencia y, por último, distingue la culpa metafísica, que nace de la solidaridad que nos debemos todos los hombres y mujeres del mundo para con cada uno de nosotros, que nos hace responsables de toda la injusticia del mundo, pero, particularmente, de aquella que sucede en nuestra presencia o nuestro conocimiento, dice Jaspers expresamente: “Si no hago lo que puedo para impedirlos, soy también culpable. Si no arriesgo mi vida para impedir el asesinato de otros, sino que me quedo como si nada, me siento culpable de un modo que no es adecuadamente comprensible por la vía política y moral. Que yo siga viviendo una vez que han sucedido tales cosas es algo que me grava con una culpa imborrable. Cuando la suerte no nos ahorra esa situación, llegamos como hombres al límite en el que tenemos que elegir: o arriesgar la vida sin condiciones, inútilmente pues no hay perspectivas de éxito o, habiendo alguna posibilidad de éxito, preferir conservar la vida. Lo que constituye la sustancia de su ser es que en algún lugar entre los hombres vale de modo incondicional que o bien sólo puedan vivir juntos o que no puedan hacerlo de ningún modo en el caso en que se cometa un crimen contra uno u otro o en el caso de que se trate de compartir condiciones físicas de vida. Pero que esto no dependa ni de la solidaridad entre todos los hombres, ni entre todos los ciudadanos, ni siquiera entre los grupos más pequeños, sino que quede restringido a los lazos más estrechos, hace que esa culpa se extienda a todos nosotros. Entonces Dios es la única instancia” (Jaspers, 1998, pág. 53/54).

(4) No podemos discutir en este breve espacio el significado de leyes “inequívocas” para Jaspers, pero, adelanto, es esto lo que entiendo ha terminado por discutir nuestra jurisprudencia acerca del concepto mismo de los Cogens, que más adelante trato.

Comparto los juicios de Jaspers, en tanto que cuestionan la inocencia de quienes no siendo partícipes de las acciones criminales, permiten (permítimos) que el crimen se instalara “como un hongo” en nuestra sociedad. Discuto, en cambio, cuáles sean las instancias a las que le cabe juzgar esa culpa. El análisis de nuestro propio caso a partir del esquema planteado por Elster acerca de la justicia de transición, me permitirá reflexionar sobre ello, pero puedo adelantar que es necesario ir más allá de la instancia de dios (para los que creen en él) o de la propia conciencia (desde que —en mi modo de ver— lo que Jaspers clasifica como culpa moral y culpa metafísica, pueden agruparse en una sola), para poder ver que es necesaria no ya la mera conciencia de un deber universal (Kant dixit) sino un obrar universal que reclama otras instancias de derecho, es decir: otras acciones.

De lo contrario, qué podemos hacer cuando el Presidente de la reputada como mayor democracia del mundo, se jacta públicamente de haber dado órdenes de asesinar a quien considera su enemigo y cientos de personas lo celebran en la calle, la ventana por la que se cuela el mal, queda abierta. El homicidio de masa, como diría Eugenio Zaffaroni, se avecina (Zaffaroni, 2010).

Es que explicar cómo la inmensa mayoría de un pueblo asiste impávido (o se solaza incluso) frente a la realización de tanta crueldad, no parece posible.

Por eso, cuando nos preguntamos cómo es posible afirmar el Nunca Más, la respuesta sólo puede ser: impidiendo con todas las armas de la resistencia democrática el avance del mal, construyendo una semántica social que inhiba la justificación de la perversión.

Una tarea que se nutre de fuentes diversas, una de ellas es la de la constitución simbólica del rechazo al crimen masivo, por ejemplo mediante la condena judicial, contribuyendo a construir una memoria que retenga el horror en las retinas, de allí que hayamos puesto la mirada en el concepto de “justicia de transición o transicional”.

4 | La justicia de transición

En su extenso y bien documentado estudio sobre lo que denomina “justicia transicional”, Jon Elster (2006), propone delimitar el problema en algunos conceptos que procuraré luego aplicar al caso argentino.

A través de la revisión de diversas experiencias, construye diversas categorías, entre las que cabe distinguir, en primer lugar, la de los países donde se decidió evitar la "justicia transicional" y la aquellos donde ésta adquirió diversas modalidades.

Cita como ejemplos del primer caso a España en 1978, a Rhodesia en 1979, y a Uruguay en 1989, aún cuando —como sabemos— en el primero y último de los casos hay cuestionamientos actuales a esta decisión (Elster, 2006, pág. 90).

En segundo lugar aparecen los casos en los que la justicia transicional fue adoptada como política central, pero de los cuales puede extraerse una diversidad de experiencias que diferencian unos casos de otros, tanto en los modos en que fueron concebidas, cuanto en cómo fue ejecutada. Sin perjuicio de lo cual, advierte, se pueden encontrar hilos conductores que permiten construir una teoría y no una mera descripción de casos ad hoc.

Por ejemplo: una distinción plausible tiene que ver con si el régimen reemplazado es exógeno o endógeno. También importa señalar si el proceso de justicia transicional que lo sigue ha sido iniciado, espontáneamente, por fuerzas endógenas, o ha sido inducido (o realizado) por una(s) potencia(s) extranjera(s).

Advierte, sin embargo, que aunque estas categorías parecen simples, resultan entremezcladas en los casos. Así por ejemplo en la justicia transicional en la ex Alemania Oriental, la transición en sí misma fue endógena, en tanto que el tratado de unificación fue celebrado entre ambas Alemanias como estados soberanos. Sin embargo, advierte, "...en la práctica, los ex alemanes orientales fueron juzgados por ex alemanes occidentales, dentro del marco jurídico y constitucional que la Alemania unificada heredó de Alemania Occidental. No obstante, los juicios fueron endógenos, dado que el Tratado de Unificación disponía que, para ser juzgado, todo acto debía ser considerado delito por los códigos penales de ambos países" (Elster, 2006, pág. 94).

Otra categoría que atiende al concepto es la de la duración del régimen y el de la propia justicia transicional. En los casos estudiados por el mismo autor, por ejemplo, la extrema brevedad de los regímenes impuestos por la oligarquía ateniense (menos de un año) o los Cien Días que mediaron

entre la primera y la segunda restauración en Francia,⁽⁵⁾ contrastan con las de la perpetuación de otros regímenes como el de la primera restauración en Francia (25 años), el del régimen de apartheid en Sudáfrica (45 años), el de Portugal (44 años), el de España (40 años), Brasil (20 años), Chile (26 años), Alemania Occidental (12 años), Inglaterra, antes de la restauración (11 años), Grecia y Argentina (7 años) (Elster, 2006, pág. 95).

No obstante, creo que el análisis de estos procesos puede complejizarse, si se introducen otros elementos, como por ejemplo extender la perspectiva histórica del período anterior. Así veríamos que en el caso argentino, antes de la dictadura de 1976/83, ya habíamos tenido una dictadura desde 1966 a 1973, y que en el breve intervalo democrático de 1973 a 1976 se comenzaron a dar los primeros signos de la formación de organizaciones criminales paraestatales que adelantaron los métodos y la ideología que luego la dictadura portaría como discurso.⁽⁶⁾ Adelanto, en suma, que sin analizar cuando menos esos dos períodos previos es imposible comprender la dimensión de la tragedia de nuestro país.

(5) El caso de Atenas y de la Francia postrevolucionaria: Relata Elster que entre el 411 y el 403 aC, los atenienses vieron sucederse rápidamente dos debacles políticas seguidas de medidas de "transición". En el primer caso, el principal objetivo del diseño de justicia parece haber sido la retribución (y posiblemente la incapacitación pues no había por entonces cárceles en Atenas donde alojar a aquellos que juzgaban peligrosos para el régimen). En la segunda se vivió una transición bajo la tutela de Esparta, donde el principal motivo fue la reconciliación (probablemente impulsada por la misma Esparta), allí en cambio se ofreció una amnistía de carácter amplio que evitaba el enjuiciamiento, y el exilio para los que no estaban comprendidos en la misma (aún si hay que recordar que el exilio comportaba en aquellas sociedades una de las penas más graves). Afirma Elster que, probablemente, por el hecho de que haya habido dos episodios oligárquicos, seguidos por restauraciones democráticas, "les permitió a los demócratas aprender de la experiencia y concentrarse en las causas de la tentación oligárquica, y es posible que los atenienses hayan extraído como conclusión del episodio anterior que la severidad puede volverse contra sí misma, al enfurecer a las víctimas en vez de disuadirlas (Elster, 2006, pág. 38/39). También sostiene que en esta experiencia queda claramente delimitado el elenco de los actores principales de la justicia transicional: los criminales, las víctimas, los miembros de la resistencia, los que se mantienen neutrales y los que se benefician de los crímenes (Elster, 2006, pág. 39). A su vez en las transiciones francesas del siglo XIX, ambas como resultado de las restauraciones monárquicas post-napoleónicas, la cuestión se centró principalmente en las indemnizaciones de tipo económico a los propietarios que habían sido confiscados durante el período revolucionario, pero también Luis XVIII realizó amplias purgas en la administración y durante el período denominado del "terror blanco" del verano de 1815 varios cientos de personas perdieron la vida.

(6) Pienso que ello es así, tanto como en el caso inglés citado por Elster, introdujésemos en el análisis todo el período que va desde la caída de Carlos I a la revolución de 1688.

Otra distinción que pienso relevante, es la de si estamos hablando de la justicia de transición impuesta por un gobierno reaccionario, tras un período revolucionario, como puede ser el caso de la llamada revolución gloriosa en Inglaterra o la de la restauración monárquica en la Francia postnapoleónica o, inversamente, tal como el caso de Argentina (y el de toda América del Sur en la segunda mitad del siglo XX), se trata de la sucesión de un gobierno democrático a uno autocrático.

Por último también importa, y mucho, para nuestra consideración, la dimensión temporal de la justicia de transición. Elster propone denominarla inmediata, cuando ocurre apenas caído el régimen y dentro de los cinco años posteriores a ese momento, prolongada porque comienza de inmediato pero luego continúa por un largo tiempo, patrón que pudo observarse en Alemania de posguerra y en la que denomina justicia transicional de segunda ola, donde luego de un inicio inmediato, se entra en un período de latencia hasta que en una tercera fase se inician nuevos procedimientos. Tal ha sido el caso de Argentina. En lo que sigue analizaré lo ocurrido en esas fases, aunque la última se esté desarrollando todavía, bien que con una firmeza y profundidad que permite suponer que se consolidará como un ejemplo universal.

5 | El caso argentino

Debo hacer una breve advertencia histórica sobre la historia argentina. Siguiendo una periodización que (como todas ellas) es arbitraria, podríamos dividir a la historia argentina en cuatro etapas:⁽⁷⁾ la primera va desde el movimiento emancipador de 1810 hasta la consolidación constitucional de 1860, caracterizado por violentas y sangrientas luchas intestinas y la podríamos llamar etapa de la definición institucional (el eje de la disputa si bien no fue el único, giró en torno a la forma de estado: si unitaria o federal⁽⁸⁾ aunque también suponía una lucha ideológica implícita entre

(7) En esto sigo parcialmente la propuesta de Carlos Nino, que era sólo de tres al publicar su libro sobre este tema *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso*.

(8) Esta disputa puede encerrarse en la disputa entre conservadurismo, asociado a los valores tradicionales y a la iglesia católica, y liberalismo, asociado al secularismo y los valores de cambio. Sin embargo, el liberalismo argentino no se ha caracterizado, sino en breves períodos, por una posición claramente progresista en cuanto a los derechos de los desfavorecidos

liberalismo y conservadurismo, entre laicismo y confesionalismo); la segunda, que podemos llamar como mucha doctrina constitucionalista de la organización, va desde 1860 hasta 1930, en ella se definió y organizó un modelo republicano de país, basado en la división de poderes, pero caracterizado por fuertes tendencias oligárquicas, que se manifestaban en lo institucional por la corrupción electoral y en lo económico por la distribución profundamente desigual de los recursos⁽⁹⁾ y la adhesión a la hegemonía británica en el orden internacional; el tercero que podríamos llamar el de la "inestabilidad constitucional" comienza, precisamente, en 1930 con el primer golpe de estado, de carácter fascista, al que legitimaría insólitamente una Acordada de la Corte Suprema de Justicia en el que dejó sentada de modo perturbador y trágico la doctrina de la "legitimidad por efectividad del poder".⁽¹⁰⁾ Ese golpe militar fue, sin duda, una de las consecuencias de la crisis de 1929, pero también el preanuncio de una

.....

económicamente, convirtiéndose muchas veces en un aliado de los conservadores, cuando no de las propias dictaduras, cayendo en una abominable contradicción en los términos. He marcado en otros estudios que en esta disputa los ejes en la Argentina han estado intercambiados, por un lado los federales han representado a las fuerzas del interior y del pueblo sojuzgado, al mismo tiempo que a los valores culturales reaccionarios, de la otra parte, los unitarios que representaban las ideas liberales de laicismo y progreso económico, mantuvieron un esquema político profundamente oligárquico, esto puede verse durante el período 1860-1916, año éste último en el que —por primera vez— es elegido por voto universal, secreto y obligatorio (aunque exclusivamente masculino) el Presidente de la Nación (Hipólito Yrigoyen, quien encabezaba la fórmula de la Unión Cívica Radical, partido que había luchado por esas reivindicaciones electorales desde 1890.

(9) En esta etapa se consolida claramente una oligarquía económica doblemente concentrada, en lo político y en lo territorial porque la mayor parte de las fortunas se asientan en el hinterland. De hecho, el que triunfa es el modelo "unitario", que, en mi opinión, se encuentra favorecido por el diseño constitucional, pese a su "pátina" de federalismo (Douglas Price, 1991).

(10) El 6 de septiembre de 1930 las Fuerzas Armadas ejecutaron un golpe de estado y derrocaron al Presidente Hipólito Yrigoyen. Sólo tres días después, la Corte Suprema de la Nación emitió una acordada legitimando la dictadura con fundamento en lo que se conocerá como la *doctrina de facto*. El texto de la Acordada, es el siguiente:

Que los gobiernos de facto se encuentran en posesión de las fuerzas militares y policiales y que las mismas son "necesarias para asegurar la paz y el orden de la nación".

Que un gobierno de facto debe tener "la posibilidad de realizar válidamente los actos necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos por él";

Que un golpe militar debe ser considerado como "vicio o deficiencia" en el nombramiento del gobierno que no puede afectar la protección del público y los individuos.

El fundamento de fondo para reconocer a los "gobiernos de facto", es el que establecen las "razones de policía y necesidad".

larguísima disputa que recién acabaría en 1983, entre diversas variantes de formas reaccionarias de política social y formas progresistas.⁽¹¹⁾ La cuarta etapa, que se prolonga hasta hoy, es la que se inicia con la restauración de la democracia en 1983 y que podría denominar, a propósito de nuestro tema, como la etapa de la justicia de transición.

Nino, sin lugar a dudas, uno de los más lúcidos filósofos del derecho de la segunda mitad del siglo XX en la Argentina, señalaba, en la obra ya citada, que tres son las características de la historia política de nuestro país: a) el dualismo ideológico (al que ya me he referido), b) el corporativismo (al que distingue como uno excluyente y uno incluyente, distinguiéndolo por la posibilidad de representar o no a los reclamos de la sociedad, particularmente de los menos favorecidos económicamente) y c) la anomia, nacida como práctica ya en la época colonial, pero extendida por el larguísimo período de fraude electoral que caracteriza a la segunda etapa de nuestra historia, a la que he denominado de la organización, pero fundamentalmente fortalecida por las doctrinas propiciadas desde el mismo poder judicial durante las dictaduras que diluyeron durante más de cincuenta años en nuestro país la diferencia entre legalidad e ilegalidad.

Nino se preguntaba si existe una obligación moral de obedecer al derecho, y se respondía que la respuesta es positiva si y sólo si el derecho es producto de procedimientos democráticos, los que para ser tales deben cumplir con el precepto de funcionar como sustitutos funcionales del debate moral ideal.

6 | La última dictadura

La Argentina sufrió entre el 24 de Marzo de 1976 y el 10 de Diciembre de 1983, la dictadura más sangrienta de su toda su historia. Pero, como ya he

Que los habitantes no pueden discutir el título de un gobierno impuesto por la fuerza, por razones de "orden y seguridad social".

Que el Poder Judicial puede dejar sin efecto ciertos actos de un gobierno de facto, una vez finalizado éste, en caso de graves ilegalidades constitucionales.

(11) Advierto que esta forma de caracterización pasa por alto tantos matices que podría ser cuestionada seriamente desde la ciencia política, pero ayuda en el brevisimo espacio de esta síntesis a comprender lo ocurrido en nuestro país en esos años. Tras el golpe de 1943, la Corte reiteraría esta doctrina.

advertido, ese período de nuestra historia, es parte de un ciclo más largo, pues ya otra dictadura había gobernado el país entre el 28 de Junio de 1966 y el 25 de Mayo de 1973 (una dictadura de tipo permanente, de la misma catadura de las que asolaron América Latina por esos años). Esto es que el país vivió, en un período de diecisiete años, catorce de dictaduras.

Pero estas dictaduras no pueden entenderse suficientemente si no se recuerda que ya en 1930 el orden constitucional había sido interrumpido por un golpe militar ante el cual la Corte Suprema de Justicia elaboró la funesta doctrina que serviría luego como basamento pseudo-jurídico de la larga cadena de golpes militares que asolaron a la Nación, así el de 1943, el de 1955 que derrocara a Juan Domingo Perón (previo a haber cometido una de las peores masacres hasta entonces en oportunidad de haber bombardeado una manifestación civil en la Plaza de Mayo, acto en el cual se estima que perecieron más de 300 personas), el de 1962 que desalojara del poder al presidente Arturo Frondizi y el de 1966 que hiciera lo mismo con el presidente Arturo Illia (aún si ambos presidentes habían sido elegidos con el peronismo proscripto).

Decía el mismo Nino que el "...reconocimiento judicial de la legitimidad de los golpes de Estado y de la capacidad de los regímenes de facto para sancionar leyes es tal vez el más claro ejemplo de anomia institucional. Los jueces argentinos han desarrollado la doctrina de las leyes de facto para legitimar normas sancionadas por los gobiernos militares... En 1947 la Corte Suprema expandió la doctrina de las leyes de facto declarando que los decretos promulgados por los gobiernos militares eran válidos aún luego de que los militares dejaran el poder y en tanto el gobierno constitucional no derogara explícitamente esa ley.⁽¹²⁾ Otras decisiones que siguieron a las

(12) Por ejemplo, en "Municipalidad vs. Mayer" (Fallos 201:266) la CSJN reconoció facultades legislativas a los gobierno de facto, pero estableció que perderían validez legal al finalizar el gobierno de facto. Por ello la prolongación de la vigencia de la norma dependía de una ratificación del Congreso. En 1947, se sancionó la ley 12921, que ratificó los así llamados "decretos-leyes" sancionados desde el golpe de estado en 1943 y hasta la asunción del gobierno de Perón en 1946 (hay que destacar que el mismo Perón había formado parte del gobierno de facto, así como que el gobierno depuesto pertenecía al ciclo de gobiernos fraudulentos instaurados después del derrocamiento de Irigoyen en 1930, tanto que a esa década se la conoce históricamente como la *década infame*). En "Arlandini" (Fallos 208:185) la Corte agravó esta doctrina al decidir que los jueces no podían revisar la oportunidad ni los fines de los decretos-leyes sancionados durante gobiernos de facto (aplicando en suma la teoría de los actos políticos no justiciables nacida del mismo *Marbury vs Madison* y adoptada por nuestra Corte desde antiguo). En el caso "Ziella" (Fallos, 209:26) la Corte, consagró está

mencionadas otorgaron aún mayores poderes legislativos a los gobiernos militares. Este proceso culminó en 1976 cuando la Corte Suprema de la Nación reconoció la autoridad militar para modificar y suspender la Constitución" (1997, pág. 85).

Las dictaduras de 1966 a 1973 y de 1976 a 1983 no sólo fueron las más extensas desde que Argentina se organizó constitucionalmente (1853), sino que sus apóstatas adoptaban cínicamente un doble discurso: por un lado esgrimían contra el gobierno democrático razonamientos propios del fascismo (tal como aconteció claramente en los golpes de 1930 y 1943 y más solapadamente en el de 1955 dada la contradicción interna de la propia cúpula golpista) pero por el otro decían hacerlo para recuperar una "democracia auténtica".⁽¹³⁾ En tanto, progresivamente, desnudaban en los hechos y en el discurso, con franca brutalidad, la denominada "doctrina de la seguridad nacional" que había sido implantada en todo el continente por influencia de las agencias de seguridad de los Estados Unidos de Norteamérica.⁽¹⁴⁾

En efecto, Estados Unidos, en plena Guerra Fría, alentaba por entonces la guerra sucia y la instalación de dictaduras militares permanentes en América Latina. Como bien sabemos, una de las primeras manifestaciones de esa política, fue la instalación en Brasil en 1964, de una dictadura de este tipo, tras derrocar al presidente constitucional, João Goulart.⁽¹⁵⁾

.....
doctrina en su forma más perversa, al establecer que: "los decretos-leyes dictados por el gobierno de facto son válidos por razón de su origen y, puesto que tienen el valor de leyes, subsisten aunque no hayan sido ratificados por el Congreso mientras no sean derogados de la única manera que éstas pueden serlo, es decir por otras leyes".

(13) Tanto en la instaurada en 1930, como en la de 1943 se advertían claramente los perfiles fascistas, pero el discurso público no renegaba del sistema.

(14) Las Fuerzas Armadas fueron instruidas por EE.UU. en la propia academia militar de West Point, pero más particularmente en la llamada Escuela de las Américas del canal de Panamá. La doctrina fue incorporada por las FFAA argentinas en sus documentos oficiales. El General Camps expresó, en una nota del 4 de enero de 1981, en el diario *La Razón*, lo siguiente: "En Argentina recibimos primero la influencia francesa y luego la norteamericana, (...) hasta que llegó un momento en que predominó la norteamericana ...". "...Francia y EE.UU. fueron los grandes difusores de la Doctrina Antisubversiva ... Enviaron asesores, instructores. Difundieron una cantidad extraordinaria de bibliografía"...

(15) Además de Argentina y Brasil se instalaron dictaduras en Bolivia, Chile, Paraguay (este régimen, fue instaurado en 1954 y se perpetuó mediante elecciones fraudulentas hasta 1989), Perú y Uruguay, que coordinaron entre sí y con Estados Unidos la represión, por medio del denominado "Plan Cóndor".

Juan Carlos Onganía, presidente de facto de la primera de ellas, declarado admirador de Francisco Franco (que impulsó varias leyes de facto análogas a las del dictador español), tras declarar que la dictadura (autodenominada "revolución argentina") "no tiene plazos sino objetivos", llegó a promover una reforma constitucional para asegurar un gobierno de facto que llegaría hasta el año 2013.

Por su parte, la dictadura de 1976/83 (autodenominada "proceso de reorganización nacional") si bien aducía, como dije antes, tener como propósito la reinstauración de la democracia,⁽¹⁶⁾ pocos días después del golpe de estado del 24 de Marzo de 1976, confirmó la suspensión de todas las garantías constitucionales de la Constitución Nacional, sancionando la Ley 21.275, suspendiendo el derecho constitucional de opción para salir del país (Constitución Nacional, art. 23).

Este sería el signo patético y trágico de este gobierno de facto: la utilización de un discurso siniestramente "doblado", el aparato de propaganda del régimen desviaba la crítica interna e internacional con un formidable aparato de propaganda, aliado al silencio de la prensa, pretendidamente independiente, pero subordinada al estado de cosas por el terror y la manipulación económica.⁽¹⁷⁾

(16) En el "Acta fijando el propósito y los objetivos básicos para el proceso de reorganización nacional" suscripta el mismo 24 de Marzo, por los Comandantes en Jefe de las tres Fuerzas Armadas, en su punto primero, definía como *PROPÓSITO* del mismo, al siguiente: "Restituir los valores esenciales que sirven de fundamento a la conducción integral del Estado, enfatizando el sentido de moralidad, idoneidad y eficiencia, imprescindibles para reconstituir el contenido y la imagen de la Nación, erradicar la subversión y promover el desarrollo económico de la vida nacional basado en el equilibrio y la participación responsable de los distintos sectores a fin de asegurar la posterior instauración de una democracia republicana, representativa y federal, adecuada a la realidad y exigencias de solución y progreso del Pueblo Argentino". En lo que definía como *OBJETIVOS BÁSICOS*, resulta útil distinguir los que definía como 2.2: Vigencia de la moral cristiana, de la tradición nacional y de la dignidad del ser argentino y 2.3: Vigencia de la seguridad nacional, erradicando la subversión y las causas que favorecen su existencia 2.4: Vigencia plena del orden jurídico y social. Amén de constituir una auténtica contradicción en los términos el documento inauguraba el discurso hipócrita de la dictadura, que se vería reflejado luego en sus mecanismos de propaganda.

(17) "En 1979, en vísperas de la visita al país de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la OEA, el ministro del Interior, general Albano Harguindeguy, ordenó comprar 250.000 calcomanías autoadhesivas, en dos tamaños, con el lema "Los argentinos somos derechos y humanos". El slogan había sido ideado, a pedido de la dictadura, por la empresa Burson Marsteller, ya contratada en 1978 para mejorar la imagen de Videla. El objetivo era neutralizar o revertir las denuncias realizadas por sobrevivientes de los centros clandestinos de concentración, los exiliados y familiares de las víctimas en el exterior, que la

El mismo 24 de Marzo impuso la pena de muerte y los Consejos de Guerra, definiendo nuevos tipos penales, y autorizando el uso de las armas en forma directa a las fuerzas policiales para el caso de los delitos así especialmente definidos, declarando —además— aplicable la ley a toda persona mayor de dieciséis años.⁽¹⁸⁾

La Junta Militar dictó también leyes e instrucciones disponiendo detenciones o cesantías masivas, en las que se diluía toda noción de tipo penal, o falta administrativa, sustituyéndola por la lógica de la guerra antisubversiva.⁽¹⁹⁾

Salvador María Losada explicó de manera proverbialmente clara en qué consistía la doctrina de la seguridad nacional, desde una perspectiva ideológica: se trata, decía, de invertir la famosa frase de Von Clausewitz (Von Clausewitz, 1832), si para aquél “la guerra es la continuación de la política por otros medios”,⁽²⁰⁾ para la doctrina de la seguridad nacional “la política es la continuación de la guerra por otros medios”, esta inversión, borra el concepto de ciudadano y de estado de derecho, reduciendo todo a la diferencia amigo/enemigo. La expresión más clara de esta concepción fueron las declaraciones publicadas el 6 de mayo de 1977 en el

dictadura llamó “campaña antiargentina”. También para ocultar los delitos cometidos por el terrorismo de Estado e intentar perpetuar y profundizar la ilusoria sensación de legalidad y normalidad. Además de condicionar las denuncias que las Madres de Plaza de Mayo y los organismos de derechos humanos planeaban realizar ante la CIDH. Los gobiernos de los EE.UU., bajo la administración de James Carter, y europeos presionaban a la dictadura para que pusiera fin a la violación a los derechos humanos.../ Es curioso analizar el expediente secreto 330/79 del Ministerio del Interior. Porque se prueba irrefutablemente que esta campaña fue digitada y planificada por el gobierno militar, y que no surgió espontáneamente de la clase media a la que se culpabilizó de la movida. Y que fue pagada con fondos públicos. El decreto secreto 1695/79 firmado por Harguindeguy aprueba la campaña y autoriza el uso de los fondos del Estado.../ Más allá de los aspectos comerciales, el expediente 330/79 secreto prueba la utilización de fondos públicos para ocultar lo que ya era inocultable: los delitos de lesa humanidad cometidos por el terrorismo de Estado. Sin embargo, el lema “los argentinos somos derechos y humanos” quedó como una marca indeleble en la cabeza de los argentinos. Un lema que muchos años después comenzó a avergonzarlos. Fuente: “Somos derechos y humanos: cómo se armó la campaña”. María Seoane, Diario Clarín, 23/03/2006.

(18) Ley de facto 21264.

(19) Ver Leyes 21.258, 21.260, 21.262, 21.274, entre otras.

(20) Si bien otras frases en su célebre tratado “De la Guerra” publicado tras su muerte, refieren la misma idea, la más concreta dice textualmente: “La guerra no es simplemente un acto político, sino un verdadero instrumento político, una continuación de las relaciones políticas, una gestión de las mismas con otros medios”.

periódico inglés *The Guardian*, por el General Alfredo Oscar Saint-Jean, por entonces gobernador militar de la Provincia de Buenos Aires, principal provincia del país, quien dijo: "Primero eliminaremos a los subversivos; después a sus cómplices; luego a sus simpatizantes; por último, a los indiferentes y a los tibios" (Harvey-Blankenship, Pham, & Shigekane, 2010).

Esta doctrina llevada a su extremo por los artífices ideológicos de la dictadura produjo en la Argentina según las estimaciones de las organizaciones de Derechos Humanos, más de 30.000 desaparecidos.

La Dictadura que entró en claro retroceso tras la derrota militar en Malvinas, pactó con los sectores políticos el llamado a elecciones para el 30 de Octubre de 1983, pero en Abril de ese año publicó un documento que calificaba de "documento final".

7 | La restauración de la democracia. Auto-amnistía y Juicio a las Juntas

Poco antes de abandonar el poder, en Abril de 1983, mediante ese documento, la Junta Militar pretendió establecer que las acciones, de la que denominó como "guerra sucia", eran consecuencia de los decretos dictados en 1975 por el gobierno constitucional que ordenaba "aniquilar" a la guerrilla. Admitía, el documento, que pudo haberse cometido errores o excesos en la represión, incluso violaciones a los Derechos Humanos, pero que ello debía ser dejado al juicio de Dios.

También ratificó que las acciones habían respondido a los planes aprobados por el comando superior de las fuerzas armadas, y que las acciones de las mismas tanto como las de las fuerzas de seguridad, fueron ejecutadas bajo su control operativo, desde la misma constitución de la Junta Militar.

Como explica acabadamente Nino, la misma decisión de las elecciones de 1983 y los primeros momentos del gobierno democrático, así como su posterior declinación y caída, estuvieron signadas por su política en materia de Derechos Humanos. En primer lugar, la denuncia del por entonces candidato Raúl Alfonsín sobre la existencia de un pacto militar-sindical que permitiría la impunidad fue una de las claves de su éxito electoral, tanto

como fue legitimante su decisión de iniciar los juicios que comenzaron en 1984; aunque, del mismo modo, comenzaron a corroer su imagen y legitimidad política, las decisiones que adoptó poco antes y poco después de la asonada militar de 1987, en el que un grupo de militares alzados en rebelión, que si bien se rindieron frente a su intervención, determinaron —en opinión de la mayor parte de los analistas— la sanción de la ley conocida como de “obediencia debida” que implicaba una claudicación en la política inicial (ya antes se había dictado la conocida como de “punto final”).

Apenas asumida su Presidencia, el Presidente Alfonsín, dispuso una medida cuya trascendencia histórica recién empieza a ser visualizada en la perspectiva adecuada y esta fue la de ordenar el juicio a los máximos responsables de la dictadura.

El mismo 13 de Diciembre de 1983, es decir tres días después de asumir, anunció a través de todos los medios de comunicación las medidas de su plan. Tal como recuerda Carlos Nino en el libro ya citado, el entonces Presidente anunció su paquete de medidas hacia el futuro, que incluía:

- La derogación de todas la leyes draconianas contra la subversión, sancionadas por los anteriores gobiernos, peronista y militar. En su lugar serían sancionadas leyes para apoyar la democracia, que convertirían en delito todos los actos que pusieran en peligro el sistema constitucional, especialmente por parte de las fuerzas armadas o de seguridad.
- La sanción de una ley que castigue la tortura con la misma sanción que la reservada para el asesinato. Haría responsables a los directores de prisiones, jefes de policía y miembros de cuarteles militares responsables por los actos de tortura cometidos dentro de su jurisdicción.
- La abolición de la jurisdicción militar para civiles.
- La reforma del Código de Procedimientos Federal en materia penal, limitando la duración de los procesos y haciendo más fácil la obtención de la excarcelación.
- La sanción de una ley que prohibiría la discriminación pública y privada.

- La ratificación de varios tratados internacionales de derechos humanos, incluyendo la Convención Americana de Derechos Humanos (lo que suponía aceptar como jurisdicción obligatoria la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), el convenio de las Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos y el convenio de las Naciones Unidas sobre derechos económico-sociales.
- La reforma del Código Militar para abolir efectivamente la jurisdicción militar sobre delitos comunes cometidos en conexión con actos de servicio.

Luego Alfonsín anunció su programa para enfrentar los hechos del pasado. Este programa incluía:

- Un procedimiento similar al del hábeas corpus a través del cual los civiles sentenciados por tribunales militares podían lograr la revisión de esas sentencias en tribunales civiles.
- Una ley que acortaba los tiempos de encarcelamiento para los detenidos por exagerados motivos de seguridad.
- La anulación de la ley de amnistía. Alfonsín llegaba a la conclusión de que la ley de amnistía violaba el principio de igualdad reconocido en el artículo 16 de la Constitución; otorgaba poderes extraordinarios al Ejecutivo violando el artículo 29 de la Constitución; y al ser una ley de facto moralmente inaceptable, carecía de la presunción de validez en el sentido de obligatoriedad.
- La modificación del Código Militar, reconociendo la jurisdicción militar, pero otorgando a la Cámara Federal de Apelaciones amplios poderes de revisión de las decisiones de aquella jurisdicción.
- La modificación de las normas del Código Militar respecto de la obediencia debida. Respecto de esta justificación se creaba una presunción iuris tantum a favor de aquellos que siguieron órdenes que en definitiva violaban derechos humanos y que cometieron un error respecto de la legitimidad de las órdenes. Esta presunción no debía alcanzar a quienes tenían capacidad de decisión.
- La sanción de decretos ordenando el inicio de procesos judiciales contra los líderes de los movimientos guerrilleros de subversión

y también contra los miembros de las tres juntas militares (Nino, 1997, pág. 114/115).

La decisión de Alfonsín, inspirada en las recomendaciones de Nino, atacó la ley 22.924, conocida como “ley de auto-amnistía” dictada por el dictador Bignone el 23 de septiembre de 1983. La argumentación de Nino, partía de un concepto metaético, según el cual la validez jurídica es un concepto evaluativo ligado completamente a la moral. Esto colisionaba frontalmente con la doctrina de las normas de facto instaurada por la Corte Suprema en 1930. Tal argumentación condujo a la derogación de la ley 22.924 en diciembre de 1983 (ley 23.040).

A partir la concepción de Nino, de interpretar el castigo como garantía del orden social hacia el futuro y no como retributivo, Alfonsín dictó los decretos 157 y 158. El primero ordenaba el enjuiciamiento de los líderes terroristas por delitos cometidos con posterioridad al 25 de mayo de 1973 y el segundo, el de los miembros de las tres primeras juntas militares, por los delitos de homicidio, privación ilegal de la libertad y aplicación de tormentos a detenidos.

La primera decisión del Congreso consistió en anular la ley de auto-amnistía dictada por los militares poco antes de abandonar el poder. El Congreso aprobó también la mayor parte del paquete de medidas propiciada por el gobierno. Entre ellas la Ley de Defensa de la Democracia y el Orden Constitucional (23.077), la ley que modificó el Código Penal respecto del delito de tortura (23.097), se modificaron también leyes sobre el cómputo de las condenas durante la dictadura y, en lo que constituyó un hito trascendental en la historia constitucional argentina, también mediante ley del Congreso, y tal como corresponde conforme el sistema institucional, la Argentina ratificó la Convención Interamericana de Derechos Humanos (23.054) (Nino, 1997, pág. 122).

Las leyes más controvertidas fueron las que trataban sobre la competencia jurisdiccional (si la civil o la militar) y sobre la obediencia debida (que pretendía establecer el criterio del gobierno sobre lo que definía como tres niveles de responsabilidad).

El intenso debate que siguió fue definido en primer lugar por establecer como jurisdicción inicial la militar, otorgando un plazo de 180 días a los

tribunales militares para expedirse sobre casos en los que se vieran involucradas cuestiones de Derechos Humanos y constituyendo a los Tribunales Federales en alzada de apelación; y, en segundo lugar, definiendo que la presunción a favor de la obediencia debida, no se "presumía" sino que se "podía presumir".

Una de las primeras decisiones del Presidente Alfonsín fue crear la CONADEP (Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas) la que publicó en 1984 el informe denominado "NUNCA MÁS".

Como relata Leonardo Filippini en un libro reciente: "...la CONADEP analizó miles de casos y cada uno fue registrado, se compilaron más de cincuenta mil páginas que incluían siete mil trescientos ochenta archivos, con declaraciones de los familiares, de personas liberadas de los centros de detención, y de los miembros de las fuerzas de seguridad que habían tomado parte en la represión. Asimismo, numerosas investigaciones realizadas en diferentes partes del país le permitieron recoger información de las fuerzas de seguridad y otros organismos públicos y privados. El informe oficial en español, presentado en 1984, constituye sólo un resumen de esa tarea. Frente a los miles de testimonios y hechos terribles, la comisión concluyó con una serie de recomendaciones para iniciar acciones legales contra los responsables, presentó pruebas ante los tribunales y ofreció una lista parcial de los desaparecidos, y de los miembros de las Fuerzas Armadas y de seguridad mencionados por las víctimas" (Filippini, 2011, pág. 22).

En 1985 los nueve miembros de las tres primeras Juntas Militares que gobernaron el país fueron procesados, juzgados y condenados los ex presidentes de facto Jorge Rafael Videla y Roberto Eduardo Viola, así como los almirantes Emilio Eduardo Massera y Armando Lambruschini y el general de brigada Orlando Ramón Agosti, esto es que los integrantes de la primera junta militar fueron todos condenados. Se presentaron más de 800 testigos y fueron analizados alrededor de 700 casos (Filippini, 2011, pág. 23).

Estos juicios comportaron un formidable avance, un punto de inflexión en la historia argentina y, puede decirse, universal, desde que por primera vez un gobierno democrático pos dictatorial juzgaba mediante tribunales de derecho del mismo país, a los responsables de crímenes cometidos mediante el aparato del Estado.

8 | La antítesis: las leyes de obediencia debida y punto final, los indultos

Esos juicios y el informe Nunca más comenzaron la historia de la justicia transicional en la Argentina, que aún no culmina.

En efecto, el período que siguió puede calificarse como el del retorno de la impunidad, a medida que las citaciones de los jueces avanzaban hacia escalones inferiores de la cadena de mando de las fuerzas armadas y de seguridad, los levantamientos antidemocráticos se comenzaron a suceder.

Como anticipé, bajo la presión militar el gobierno hizo la primera concesión, mediante la ley denominada de Punto Final, sancionada en 1986, mediante la cual se fijaba un plazo perentorio para presentar cargos criminales por violaciones a los Derechos Humanos.⁽²¹⁾

La segunda concesión se dio en 1987 con la Ley de Obediencia Debida.⁽²²⁾ La obediencia debida, como conocemos, es una excepción a la responsabilidad penal establecida en prácticamente todos los Códigos Penales, pero esa excepción para poder ser esgrimida, también establece condiciones como que dicha obediencia, para calificarse como “debida”, debe estar fundada en ley y proceder de un mandato legítimo que no infringe deber ni lesiona derechos de mayor importancia.

Según Carlos Nino tal ley fue planeada con anticipación a la revuelta militar ocurrida durante el feriado de Semana Santa de 1987. Es claro que la ley iba más allá del concepto penal clásico y, como afirma Filippini, en los hechos: “las leyes funcionaron como una amnistía general e implicaron el cierre de la gran mayoría de los centenares de investigaciones en marcha. Entre 1989 y 1990, los jefes militares condenados en 1985 y los pocos in-

(21) La Ley 23.492 fijó un plazo de 60 días para la extinción de las sanciones penales por crímenes cometidos en ocasión de la llamada “guerra sucia”.

(22) La Ley 23.521 creó la presunción iuris et de iure, es decir sin admitir prueba en contrario, a favor del personal militar que cometió crímenes durante la “guerra sucia”, de haber actuado en virtud del deber de obediencia, eximiéndolos de responsabilidad penal. La Ley incluso extiende dicha protección a los oficiales superiores que no tuvieron capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes. (Del informe 28/92 de la CIDH).

dividuos que continuaba siendo objeto de investigación por hechos no abarcados por las leyes de impunidad fueron indultados por Carlos Menem —el sucesor de Alfonsín— con el argumento de una alegada necesidad de pacificación nacional” (Filippini, 2011, pág. 24).

También debemos recordar que durante el posterior gobierno de Carlos Menem (que asumió anticipadamente el gobierno dada la renuncia de Alfonsín determinada por la hiperinflación de 1989), el 3 de Diciembre de 1990, se produjo un nuevo alzamiento de un grupo militar identificado con los “carapintada” de 1987, alzamiento que fue sofocado apenas nacido y marcó el final de esas intenciones contra la estabilidad de democracia.

No obstante, durante el gobierno de Menem, éste dictaría decretos de indulto para los que habían sido condenados en los primeros juicios, con lo que el primer impulso de justicia de transición democrática pareció entrar en un cono de sombras irreversible, vaticinando oscuramente el regreso de la mentalidad que había dominado a la Argentina durante más de medio siglo.

La cuestión, en este punto, no es menor; Argentina sufrió, como vimos, desde 1930 hasta 1990, 6 golpes de estado que triunfaron y significaron 25 años de gobiernos militares, es decir más del 40% del lapso que media entre una y otra fecha; pero, además, debemos contabilizar los innúmeros planteos militares o intentos golpistas, como los que minaron el gobierno de Arturo Frondizi (1958-1962), rematando en su deposición o los mismos episodios relatados en el gobierno de Raúl Alfonsín (1983-1989) y de Carlos Menem (1989-1995/1995-1999).

El propio Nino, llegó a atribuir al mismo sistema institucional argentino, sin duda excesivamente presidencialista, el ser parte de la cadena causal de esta cíclica historia, no obstante ello, y pese a que —en mi concepto— la reforma constitucional de 1994 no produjo una restricción de los poderes presidenciales sino que, antes bien, los aumentó, los gravísimos sucesos del “crack” de 2001, con una virtual licuación del poder político institucional, no condujeron a nuevo golpe de estado. La explicación, en buena parte, también tiene que ver —a mi modo de ver— con la “justicia de transición”.

9 | Resiliencia y Justicia: la resistencia de las organizaciones de Derechos Humanos

Es que, el período que denominamos de impunidad, no fue un período de resignación para las organizaciones nacionales e internacionales de Derechos Humanos, tanto no gubernamentales como las surgidas de Tratados, así como las fuerzas progresistas, pugnaron por alcanzar el castigo a los responsables del auténtico genocidio vivido en Argentina y ello deslegitimó de modo sustancial a las fuerzas armadas como la alternativa política en la que se habían constituido desde 1930.

Así, por ejemplo, en 1992, el informe 28/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró que las leyes citadas y los indultos presidenciales violaban la Convención Americana de Derechos Humanos y dijo expresamente que: "1) Concluye que las Leyes Números 23.492 y 23.521 y el Decreto Número 1002/89 son incompatibles con el artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2) Recomienda que el Gobierno de Argentina otorgue a los peticionarios una justa compensación por las violaciones a la que se refiere el párrafo precedente. 3) Recomienda al Gobierno de Argentina la adopción de las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar".

Pero esta vez la historia no iba a ser igual. La primera resistencia provino de las Madres de Plaza de Mayo, como durante "el Proceso".

Tenemos que recordar que el comienzo del reclamo por los Derechos Humanos nació, durante la misma dictadura, como una iniciativa de madres de detenidos y desaparecidos el 30 de abril de 1977 en Buenos Aires. Según ellas mismas relatan, se habían reunido para esperar una audiencia con el dictador Videla, ese mismo día 14 madres comenzaron a girar en torno al pirámide que se encuentra en el centro de la Plaza de Mayo, lugar en el que comenzara la gesta emancipatoria de la Argentina en 1810. Tres años después eran muchas más (llegaron a ser cuatrocientas), que

marchaban de a dos, con pañuelos blancos hechos con tela de pañales que simbolizaban los hijos desaparecidos (símbolo que está pintado en las aceras de numerosas plazas de toda la República); su reclamo: “aparición con vida”, marcó una diferencia sustancial en la lucha contra la impunidad.

A poco de comenzar tuvieron que soportar el secuestro de tres de ellas que, al decir de Hebe de Bonafini, histórica líder del movimiento, eran las tres militantes más esclarecidas.

En 1978 las Madres fueron entrevistadas por la televisión holandesa y europea y el movimiento alcanzó repercusión internacional. En 1979 realizaron una gira patrocinada por Amnesty International.

Las Madres de Plaza de Mayo siguieron girando, después de alcanzada la democracia, como desde 1977, todos los jueves en la histórica plaza. El movimiento fue creciendo en el interior del país y hacia el exterior. En 1987 Sting les dedicó, en un concierto en Buenos Aires, su ya célebre *They dance alone*, que compuso inspirado en las madres de desaparecidos chilenos.

Ya alcanzada la democracia, particularmente las Madres, mantuvieron una posición de vigilancia de los procesos, rechazando las medidas que pudieran importar una concesión a lo que estiman una necesidad: el juicio y castigo a los culpables.

Ellas impulsaron la consigna “aparición con vida”, lo que para algunos analistas implicaba el impulso del retorno de la política al análisis de la cuestión, desechando los remedios clásicos de otras experiencias como la de aceptar la muerte de los desaparecidos y reconducir el reclamo a las indemnizaciones económicas.

10 | Las reparaciones económicas

En efecto, siguiendo —por cierto— recomendaciones internacionales, ya durante el gobierno de Alfonsín se ofreció una reparación económica, que fue aceptada por algunas familias y rechazadas por otras, mostrando, por entonces, una disidencia en la posición al interior de la organización de las Madres de Plaza de Mayo (su línea mayoritaria pensaba que recibir la indemnización implicaba abdicar del reclamo).

Lo cierto es que de todos modos se presentaron miles de peticiones para reclamar por reparaciones y en 1990, mediante ley del Congreso se estableció un sistema de reparaciones administrativas de acuerdo con las directrices del informe 1/93 de la CIDH (Filippini, 2011, pág. 25).

II | Las purgas administrativas

También en los primeros años de retorno a la democracia se dio otro aspecto, menos trabajado de las medidas de "justicia de transición": las purgas explícitas o implícitas en ciertos lugares institucionales del Estado, tales como el Poder Judicial y las Universidades.

La Corte Suprema fue reemplazada en su totalidad y también muchos de los cargos de jueces inferiores, aunque no todos. Dichos cargos fueron cubiertos mediante el procedimiento constitucional, bien que entonces no existía aún el Consejo de la Magistratura, institución que se habrá de incorporar con la reforma constitucional de 1994.

Es recién en la última década que se ha perseguido la destitución de un juez por haber cooperado, desde su función, en la mecánica instaurada por "el Proceso".⁽²³⁾

En las Universidades, por otro lado, esta política adquirió otros ribetes, en la mayoría de ellas, prosiguiendo con una tradición de la Universidad pública argentina nacida en 1918, se dispuso la regularización institucional de las mismas, que implicaba sustancialmente dos aspectos: por un lado la elección de sus autoridades por sus claustros, y la normalización de los

(23) El Consejo de la Magistratura destituyó hoy al camarista mendocino Luis Miret, al término de un jury de enjuiciamiento donde se lo encontró culpable de "mal desempeño" y posible comisión de delitos. Con esta decisión, Miret perdió su jubilación, sus prerrogativas como magistrado nacional y quedará ahora sujeto a la causa penal que se sigue en su contra en Mendoza por delitos relativos a presunto encubrimiento o falta de investigación de delitos de lesa humanidad durante la última dictadura militar. El camarista había sido acusado de mal desempeño de sus funciones en cinco causas vinculadas con delitos de lesa humanidad. Los casos son previos al golpe de Estado y posteriores a 1983. Se lo responsabilizó de inacción a la hora de investigar denuncias por tortura y vejaciones en la D2 mendocina, y de haber cerrado en 1987 una causa por robo de bebés de desaparecidos aplicando la ley de Punto Final, cuando la norma no amnistiaba ese delito. Y, además, de haber investigado en 2007 una denuncia contra el jefe de la VIII Brigada de Montaña de Mendoza, Juan Pablo Saá, de quien era amigo.

misimos claustros que implicaba la elección de los profesores mediante concurso. Precisamente en esos concursos, en muchos estatutos universitarios, se impuso que sería condición para acceder a la cátedra el no haber tenido durante el proceso actividades antidemocráticas. Supuso, claro está, por un lado un límite a los más conspicuos colaboradores del proceso, por el otro algunos excesos, producto de cierto revanchismo en algunos casos, y de intenciones oportunistas en otros. No obstante, también implicó un antes y un después con los procesos pos-dictatoriales en la Argentina, también en este aspecto.

No se han verificado, estrictamente, “purgas” en otros sectores de la administración, bien que en casos donde se ha comprobado algún género de complicidad con los crímenes, los responsables (por ejemplo médicos del sistema de salud pública) fueron cesanteados. Claramente se trata de otro supuesto. Hoy también algunos de ellos están siendo juzgados.

12 | La resiliencia: resistencia tras la decepción

Como venía diciendo, tras la sanción de las leyes de punto final y obediencia debida por un lado, y los indultos por el otro, la justicia de transición argentina parecía revenir a la impunidad, como en el recordado caso griego, posterior a la dictadura de los coroneles.

Pero no fue así. En 1996 familiares de las víctimas presentaron varios casos ante tribunales españoles obteniendo órdenes de detención y solicitudes de extradición: “En el plano interno, los tribunales federales argentinos autorizaron, a instancia de los familiares, los llamados Juicios por la Verdad, es decir, procedimientos judiciales destinados a obtener o producir información sobre el destino de las víctimas antes los tribunales penales, aunque sin la posibilidad de imponer sanciones. Estos juicios fueron controvertidos por quienes reclamaban justicia penal ordinaria y también por los implicados, que consideraban que las leyes de impunidad prohibían incluso este tipo de investigaciones. Los Juicios por la Verdad contribuyeron al esclarecimiento de los hechos y las responsabilidades, y sentaron las bases para los desarrollos posteriores. Funcionaron, en definitiva, como un mecanismo de compromiso con la búsqueda de la verdad en un contexto de impunidad” (Filippini, 2011, pág. 24).

Al mismo tiempo, como desde 1977, todos los jueves, de todas las semanas del año, sin importar las condiciones climáticas, a las 15.30 horas las madres de la asociación de Madres de Plaza de Mayo lideradas entre otras por Hebe de Bonafini continuaron realizando la marcha alrededor de la Pirámide de Mayo y a las 16.00 realizaban una alocución desde el monumento a Belgrano donde opinaban sobre la actualidad mundial y nacional y mantuvieron viva la memoria de los crímenes.

13 | La búsqueda de las Abuelas de Plaza de Mayo

A su vez, la Asociación Civil Abuelas de Plaza de Mayo, que es otra organización de derechos humanos, que tiene como finalidad localizar y restituir a sus legítimas familias todos los niños secuestrados-desaparecidos por la última dictadura militar (1976-1983) y crear las condiciones para prevenir la comisión de ese crimen de lesa humanidad y obtener el castigo correspondiente para todos los responsables, mantuvo una incasable actividad buscando a los "nietos".

Para entender esto hay que saber que los hijos detenidos-desaparecidos fueron también secuestrados y mediante un plan sistemático, mediante falsificación de identidades y simulación de adopciones, finalmente, dolosamente apropiados. Las Abuelas estiman que alrededor de quinientos niños fueron apropiados y privados de su identidad de esta manera, en muchos casos obligados, sin saberlo, a vivir con personas que fungían como sus padres, pero, en realidad, eran autores, partícipes o encubridores del asesinato de sus verdaderos padres.

Las Abuelas nacieron del mismo movimiento que las Madres, pero delinearon como objetivo específico el de recuperar a los niños robados. Hasta abril de 2011, las Abuelas habían recuperado ya la identidad original de 103 nietos.

También alrededor de estos procesos el derecho en la Argentina ha realizado un verdadero giro copernicano, tanto sea en la concepción del derecho a la identidad, como en las mismas investigaciones realizadas por el equipo argentino de antropología forense.

14 | La reapertura de los juicios

Pero el mayor giro de la historia estaba por ocurrir: la resistencia de los familiares de las víctimas y de las organizaciones de Derechos Humanos, harían verdad, como recuerda el juez Baltazar Garzón en el prólogo al libro reciente de Lorenzetti y Kraut (Lorenzetti & Kraut, 2011, pág. 15), el mandato implícito en las palabras de Primo Levi: "Frente a lo irreparable, el perdón carece de sentido".

Tres juicios habrían de consolidar ese giro: "Los tres fallos emblemáticos son: Arancibia Clavel (2004: fallos CSJN 327:3312), en el que se decide acerca de la aplicación del principio de imprescriptibilidad en los delitos de lesa humanidad, sin importar la fecha en que se cometieron; Simón (2005: fallos CSJN 328:2056), en el que se resuelve la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida y Mazzeo (2007: Fallos CSJN 330:3248) en el que se pronuncia la Corte Suprema de Justicia por la inconstitucionalidad de los indultos diciendo que ningún tipo de medida de perdón puede oponerse para dejar sin efecto la persecución y condena de crímenes de lesa humanidad (Lorenzetti & Kraut, 2011, pág. 133).

Conforme la sentencia dictada en el primer caso mencionado, el imputado Arancibia Clavel integró una asociación ilícita chilena conocida como DINA y entre otros atentados fue acusado de haber asesinado mediante un coche bomba al general chileno Arturo Prats y su esposa Sofía Cubhert en 1974 en Buenos Aires. La Corte Suprema se planteó en el caso si el principio aplicado violaba a su vez el de nulla poena sine praevia lege, decidiéndose por la aplicación de los tratados y del ius gentium, y aplicando los tratados de DDHH que, desde la reforma de 1994, tienen rango constitucional, y estableciendo que estos hechos aberrantes y su configuración como crímenes de lesa humanidad los torna imprescriptibles, que ello se derivaba de que si bien cuando Arancibia Clavel cometió los crímenes aún no se había aprobado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, ella no hizo sino reconocer una norma ya vigente o de ius cogens. (Lorenzetti & Kraut, 2011, pp. 136-139).

Como recuerdan Lorenzetti y Kraut: "...la doctrina expuesta se sustenta en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 'Ba-

rrios Altos' y 'Velázquez Rodríguez'. En el primero se consideraron inadmisibles las disposiciones de amnistía y prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendieran impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos. En el segundo, la Corte estableció el deber del Estado de ordenar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de manera que sus instituciones fueran capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, incluido el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención" (Lorenzetti & Kraut, 2011, pág. 140).

En 1978, el ciudadano chileno José Poblete y su esposa argentina Gertrudis Marta Hlaczik, que formaban parte del grupo "Cristianos por la liberación" fueron secuestrados, él estaba en silla de ruedas, ella tenía una bebita de ocho meses en brazos, fueron torturados y la niña sustraída a sus padres. Continúan desaparecidos. Fue determinado que participaron en su desaparición Julio Simón y Juan Antonio del Cerro. El caso, conocido como "Simón", fue presentado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), y ya en el año 2001, un juez federal decretó por primera vez la nulidad de las Leyes de Punto Final y Obediencia debida, por ser incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado, fallo que fue confirmado por la Cámara y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el año 2003, siendo presidente Néstor Kirchner, el Congreso dictó la ley 25.779 que declaró la nulidad de aquellas leyes, declarándolas nulas de nulidad absoluta, como si nunca hubieran existido. Esto resulta extremadamente relevante porque bloquea, al mismo tiempo, tanto la pretensión de la aplicación de la ley penal más benigna, como el *ne bis in ídem* (Lorenzetti & Kraut, 2011, pág. 147).

En el voto del Dr. Enrique S. Petracchi (uno de los ministros de la Corte) se indicó que "...la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos ya no autorizaba al Estado a tomar decisiones, en pos de una 'convivencia social pacífica', cuya consecuencia fuese la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad (Lorenzetti & Kraut, 2011, pp. 148-149)" y que, como tal, las referidas leyes se oponían a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (cfe. art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

Pocos días después del fallo Simón, la Cámara Federal dispuso la remisión de los casos que habían sido archivados en los años 80, a los jueces competentes para que analizaran su prosecución.

Actualmente hay más de un millar de acusados ante Tribunales de todo el país, varios han sido condenados con penas severísimas y los juicios son seguidos por los medios masivos de comunicación y asisten a ellos ciudadanos comunes, estudiantes universitarios, etc.

Finalmente debemos señalar que en una causa en la que se investigaba la participación de varios agentes de las fuerzas armadas, por diversos homicidios, privaciones ilegítimas de la libertad, torturas, apremios, lesiones y violaciones de domicilio, todos ellos cometidos a lo largo del tiempo de la dictadura, el Presidente Carlos Menem había otorgado al imputado Santiago Omar Riveros, un indulto (Decreto 1002/89), en cuya consecuencia se dictó su sobreseimiento. Tal decisión fue confirmada por la CSJN en 1990, pero en el año 2004, la misma Corte, con otra composición hizo lugar al pedido de inconstitucionalidad del indulto, por pedido de la Liga Argentina por los Derechos Humanos y en 2007, la Corte, a pesar de aquella confirmación, declaró la inconstitucionalidad (Lorenzetti & Kraut, 2011, pág. 159).

La CSJN reiteró en el voto de la mayoría los argumentos que había dado en los casos 'Arancibia Clavel' y 'Simón', y declaró que las conductas imputadas y comprobadas eran delitos de lesa humanidad y por lo tanto imprescriptibles, que cuando se cometieron los crímenes ya existía un sistema internacional de protección obligatoria de los derechos humanos, fundado en una práctica consuetudinaria internacional (*ius cogens*) y esto se había fortalecido por los tratados sobre DDHH que la Argentina ha suscripto e incorporado a su Constitución.

En septiembre de 2006 otro juez declaró inconstitucionales los indultos a los miembros de las juntas militares y en julio de 2007 fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia (caso Mazzeo).

Como dice el mismo Filippini, el proceso de la justicia de transición parece haber llegado a un estadio de consolidación, el enfoque central sigue recayendo ...

15 | Resumen

Siguiendo las categorías de Elster podemos señalar que el proceso de Justicia de Transición argentino, siguió a la caída de un régimen endógeno, bien que, como señaláramos, contó con el auspicio del Departamento de Estado de los Estados Unidos, tal como sucediera en todo el subcontinente (no obstante pueden apuntarse diferencias en torno a esto bajo la administración de James Carter) y también que podría decirse que en el abrupto final de la dictadura tuvo mucho que ver la derrota militar en la guerra de Malvinas que terminó de deslegitimar al régimen —que antes de ella ya presentaba signos evidentes de agotamiento— y el propio cambio de la política del Departamento de Estado que ya no auspiciaba, al menos del mismo modo, los regímenes dictatoriales.

Las tres etapas de la justicia de transición en la Argentina muestran, paradójicamente, el anverso y reverso de la misma moneda: el crimen siempre busca la impunidad, pero la lucha paciente de los defensores de los Derechos Humanos que, debo resaltar, fue siempre enormemente pacífica, que siempre eligió las vías democráticas y de derecho para perseguir el castigo a los culpables, cuando ya todo parecía vencido, obtuvo dos victorias: la primera fue la derogación de las leyes y decreto que permitían la impunidad, la segunda, mediante los juicios que aún se desarrollan, es la de demostrar que la justicia puede alcanzarse por las vías pacíficas.

Es que un hecho notable, a contrastar también con otras experiencias de las analizadas por Elster, es que ni siquiera en la euforia de la recuperación de la democracia, ni tras el rechazo de la intentona golpista de 1987, o cuando el proceso de la justicia transicional parecía haber ingresado en un cono de sombras, hubo en la Argentina apelación a las vías de hecho, o reclamo por justicia sumaria o por la pena de muerte.

¿Puede el derecho enfrentar al mal absoluto?

¿En qué medida los juicios a los autores del mal pueden contribuir a contenerlo? No lo sabemos, la historia ya no puede ser presentada como una línea ascendente, pero en la Argentina la historia de los juicios ha sido la historia de la afirmación y expansión de la democracia, que es como decir la de la posibilidad de otorgar al Otro, al gran Otro que no soy Yo, una oportunidad de decidir qué hacer con su vida.

En la Argentina de los años '90 todavía era común escuchar de gente común, de modo desembozado decir "con los militares estábamos mejor", "que vuelvan los militares", esa letanía ya no se escucha y es gratificante descubrir que en las nuevas generaciones e incluso en cierto periodismo que hasta ayer no se expresaba sobre el genocidio como tal, existe un enérgico repudio. Es lo que sucedió hace pocas semanas al conocerse las declaraciones de Videla a un periodista español,⁽²⁴⁾ que podrían parangonarse con las realizadas por Eichmann en su juicio en Jerusalén (Arendt, *Eichman en Jerusalén*, 2010).

El cambio de sentido se ha producido, en gran medida, por la persistencia de los juicios que han tenido, por obra —reitero— del esfuerzo de las organizaciones de Derechos Humanos, como el ejemplo insoslayable de las Madres de Plaza de Mayo, una virtud paradójica: siempre se habla dentro del derecho penal garantista de evitar al procesado la pena consistente en "el proceso mismo", por esa resistencia a la impunidad, los genocidas en la Argentina han sufrido, sufren todavía, la pena del proceso que es mucho menos que lo que merecen, pero es —vuelvo a decir, paradójicamente— una piedra sobre la que se construye la memoria.

Pero la memoria, cuidado, como dice Raffaele De Giorgi, tiene las dos funciones: la de recordar y la de olvidar, dice: El recuerdo no es la memoria. Es una parte de la distinción con la cual trabaja la memoria. La otra parte es el olvido. El recuerdo es aquella parte que dispone del poder de acordarse. Recuerdo que recuerda a otro recuerdo. En ese sentido, entonces, la idea de Roma (o Roma como idea) [reemplace el lector a "Roma" por la idea que le sea conveniente o necesaria] pertenece a la memoria del observador. La unidad de la distinción recordar/olvidar —el punto ciego de la inobservabilidad de esa distinción—, eso es la memoria del observador. Un observador sin memoria no podría operar porque se encontraría privado de la posibilidad de recordar sus observaciones; desaparecería como evento incapaz de darse sentido y, por consiguiente, como operación incapaz de darse realidad. Por otro lado, si tratara de observar la unidad de

(24) Me refiero a las manifestaciones que realizara ante el periodista Ceferino Reato, quien recientemente presentó un fragmento de video de su extensa entrevista al ex dictador Jorge Rafael Videla, en la que el ex militar reconoce, por primera vez, que durante la dictadura militar hubo robo de bebés y que hubo un plan para detener y matar personas. Reato es el autor del libro *Disposición final*, que contiene la entrevista y donde Videla llega afirmar que: "Fue un error mantener la figura del desaparecido como una cosa turbia".

la distinción que constituye la estructura de su memoria para —digamos por ejemplo— entenderse mejor, se bloquearía. Y tendría que regresar —para evitar bloquearse— a observar su recuerdo mediante otro recuerdo. De esta manera, sin embargo, intercambiaría la descripción de sí mismo por la realidad de aquello que recuerda. Tratando de huir de la paradoja de la memoria, el observador incurriría en la paradoja de la auto-descripción (De Giorgi, 2006, pág. 3).

Por eso, lo que debemos recordar, como propone Eugenio Zaffaroni en un reciente trabajo premiado (Zaffaroni, 2010), es que la historia de creación de enemigos y homicidios masivos, no es, ni mucho menos, una invención reciente. Recientes son los medios tecnológicos con los que la matanza se ha hecho posible de modo más perverso y extendido.

El mismo autor que “el poder punitivo siempre es selectivo” y que el homicidio masivo doloso cometido desde el poder estatal ha sido un fenómeno recurrente en el siglo pasado y advierte que esto no mejora o no ha mejorado sustancialmente porque se cruce la ley internacional penal en el camino. Que parodias como el juicio a Saddam Hussein desacreditan los esfuerzos internacionales en el sentido de evitar que se repitan aquellas experiencias trágicas (Zaffaroni, 2010, pág. 27).

Esto no significa que haya que denostar los intentos por construir una jurisdicción internacional, habría que recordar señala que entre los más formidables opositores a esta idea se encontraba Carl Schmitt para quien “desde la perspectiva de su identificación de lo político con la paranoia del estado absoluto” su aceptación implicaba abdicar de la soberanía lo que implicaba, a su vez, renunciar a la elección (o construcción del enemigo). Por ello y porque su instalación podría devenir en un ordenamiento del principio o los principios penales, el advenimiento de un tribunal internacional que juzgue crímenes contra la humanidad si no se lo realizó ya en base al principio de territorialidad es un paso deseable (Zaffaroni, 2010, pág. 30).

Zaffaroni recuerda que los homicidios masivos los comete el poder punitivo del Estado que, cuando se descontrola, hace desaparecer el Estado de Derecho y aparecer el Estado de Policía, estado en el cual no hay propiamente jueces ni tribunales, sino agencias administrativas del poder (Zaffaroni, 2010, pág. 35), por ende tampoco hay juicios solo simulacros;

la diferencia en el caso argentino consistió en que los criminales fueron tratados por las vías legales, el estado no recurrió “a la hostis romana” privando al sujeto de su condición de persona, su condición humana, lo que constituye según el mismo autor, la peor versión del derecho penal del enemigo, el Estado argentino mantuvo la idea de preservar los principios del Estado de Derecho aún con quienes lo habían negado hasta en las mínimas condiciones.

Es esa la condición que avalaría, comparto con Zaffaroni, pese a las enormes dificultades y riesgos que atraviesa, la constitución de una justicia penal internacional; justamente porque evitaría caer en que las víctimas retrograden “a la misma barbarie degradante” a la que fueron sometidas.

Se pregunta entonces Zaffaroni, si se puede limitar el propio poder punitivo internacional, de tal suerte de no volverlo a él mismo en una amenaza planetaria. Recuerda cómo desde los siglos XI y XII que el poder punitivo reapareció en Europa fue constante su tendencia a fabricar enemigos y generar las condiciones para la matanza. El peligro acecha: “Al enemigo lo construye una agencia empresaria moral que hegemoniza el discurso punitivo y el poder criminal masivo, hasta que otra agencia se lo disputa, comenzando por negar la peligrosidad del enemigo, para construir otro, como el verdadero o nuevo peligro generador de otra emergencia (Zaffaroni, 2010, pág. 43)”.

Advierte también que si bien no se pueden pasar categorías de la psicología individual al análisis sociológico, lo cierto es que la creación del enemigo tiene forma de delirio paranoico y la paranoia ha sido teorizada positivamente como esencia de la política (Zaffaroni, 2010, pp. 46-47), de allí que, agregó, no pueda menos que estar de acuerdo con Albert Camus cuando señalaba que el siglo XX ha sido el siglo de los crímenes de la razón (Camus), y el siglo en que vivimos no muestra signos inequívocos de cambio.

Debemos tener el valor de Hannah Arendt para juzgar, con encomiable fe en el derecho y la razón, haciendo distinciones que pueden parecer inútiles frente a la magnitud del crimen, frente a la banalidad del acusado; y hacer ver que la justicia no puede obtenerse a costa de sus mismos principios.

Por eso, porque la historia no se detiene, y su juicio siempre puede ser revocado por el viento grave de los que piensan que el fin justifica los me-

dios, de los que inventan una nueva paranoia, un nuevo enemigo, concluyo con algo menos que una esperanza, con una advertencia que parafrasea a otra sí esperanzadora de Víctor Jara, que no quiere ser macabra, sino dura, aleccionadora: "no se debe bajar la guardia, el cadáver de Eichmann aún respira".⁽²⁵⁾

Bibliografía

- ARENDR, H. (2010). *Eichman en Jerusalén*. Barcelona: DEBOLSILLO.
- ARENDR, H. (1958). *The human condition*. Chicago: Chicago University Press.
- CAMUS, A. *El Hombre Rebelde*. Emecé.
- CAMUS, A. (1978). *El Hombre Rebelde*. Buenos Aires: Losada.
- CORSI, G., ESPÓSITO, E., y BARALDI, C. (1996). *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*. México: ITESO - Anthropos.
- DE GIORGI, R. (2006). *Roma come memoria dell'evoluzione*. (J. Monteros, Trad.) Lecce: ined.
- ELSTER, J. (2006). *Rendición de Cuentas. La Justicia Transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz Editores.
- FILIPPINI, L. (2011). *La persecución penal en la búsqueda de justicia en "Hacer Justicia. Nuevos Debates sobre el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad en la Argentina"*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- HARVEY-BLANKENSHIP, M., PHAM, P. N., & Shigekane, R. (2010). *Genetic Tracing. Disappeared Children and Justice, en Innocenti Working Paper*. Florencia: UNICEF - Innocenti Research Center.
- JASPERS, K. (1998). *El problema de la culpa*. Barcelona: Paidós.
- KELSEN, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: UNAM.
- KUNDERA, M. (1985). *La insoportable levedad del ser*. México: Tusquets.
- LORENZETTI, R. L., y KRAUT, A. J. (2011). *Derechos humanos: justicia y reparación. La experiencia de los juicios en la Argentina. Crímenes de lesa humanidad*. Buenos Aires: Sudamericana.
- MARRADES, J. (2002). La radicalidad del mal banal. *Logos*, 35, 79-103.
- NINO, C. S. (1997). *Juicio al mal absoluto. Los Fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso*. (M. F. Böhmer, Trad.) Buenos Aires: Emecé.
- VON CLAUSEWITZ, K. (1832). *De la Guerra*.
- ZAFFARONI, E. (2010). *Crímenes de Masa*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.

(25) Al inaugurar el Congreso Mundial de Teatro realizado en Chile en 1992, el gran dramaturgo Víctor Jara dijo "Despacito por las piedras, el cadáver de Marx, aún respira..."

Ciencias humanas y sociedades de consumo

por **HUGO HERNÁN GRINBERG**⁽¹⁾

*“En un rincón apartado del universo,
donde brillan innumerables sistemas solares,
hubo una vez un astro en el cual unos animales inteligentes
inventaron el conocimiento. Fue el minuto más soberbio
y falaz de la “historia universal”, pero sólo un minuto...”.*
(Friedrich Nietzsche, *Sobre verdad y mentira
en sentido extramoral*)

Resumen

Podemos ubicar la genealogía de las Ciencias Humanas en la Revolución Industrial. Los cambios tecnológicos, el crecimiento demográfico en Europa y Estados Unidos, la abolición de la esclavitud (el esclavo pasa a ser un trabajador) nos permiten hablar de un nuevo tipo de sociedad: la sociedad de masas. Con ésta, el hombre es ya objeto del saber científico. Si en el campo de la producción el objeto se produce fraccionadamente, lo mismo ocurre con la producción del conocimiento del “objeto humano”. El campo epistemológico se ve completamente fraccionado y aparecen así las nuevas Ciencias Humanas: la Psicología, la Sociología, la Antropología, tal vez la Historia y el Derecho. Y así, el sujeto es alienado en un objeto de estudio, de medición, de normas.

.....

(1) Abogado, Maestrando en Filosofía del Derecho (UBA).

Por la propia mecánica del proceso industrial, éste desarrolla su proceso *tempo*: la llamada aceleración del tiempo histórico supone que tiene que avanzar cada vez con más velocidad para permanecer en el mismo lugar, para que perdure su sistema vital. El sujeto alienado lo es ya en un sujeto de consumo. Las relaciones de producción se convierten en relaciones de consumo. Y las Ciencias Humanas, el saber pedagógico, se vuelcan al servicio de estas relaciones y, con ello, el saber de la ciencia se confunde con la técnica.

Fue en el siglo XIX, con el advenimiento de la Revolución Industrial, cuando el hombre pasó a ser considerado como un objeto científico. Es decir, aquéllo que hay que pensar y aquéllo que hay que saber. Así nacieron las Ciencias Humanas.

La industrialización impuso un nuevo modelo: la masificación, concepto que se va a aplicar no solamente a la producción sino también, y sobre todo, a la sociedad. En el proceso de producción y distribución de los productos industrializados van a intervenir nuevos actores, nuevas formas de dominación y, con ello, nuevos objetos de conocimiento.

No sólo los avances tecnológicos impulsaron este proceso; el cambio demográfico también resultó fundamental en la Revolución Industrial. La población del Reino Unido casi se duplicó entre 1800 y 1850 y casi se triplicó entre 1750 y 1850. La de Prusia casi se duplicó entre 1800 y 1846, como así también la de la Rusia europea (sin Finlandia). La población de Estados Unidos, en tanto, aumentó casi seis veces desde 1790 hasta 1850 (acrecida, obviamente, por la inmigración).

El abolicionismo,⁽²⁾ por su parte, lejos de significar una postura moral, resultaba imprescindible para el nuevo modelo en gestación ya que los trabajadores pasaban a ser aún más económicos que los esclavos o los siervos de la gleba; el cálculo era simple: mientras al esclavo había que mantenerlo, al obrero sólo se le pagaban mínimos salarios semanales y ese dinero que percibía se redestinaba al sistema económico. Así, la si-

(2) Si bien las posturas abolicionistas se escuchan con fuerza durante el siglo XVIII, es en el siglo XIX cuando se efectivizan. Así por ejemplo, la abolición de la servidumbre en Rusia se decreta en 1861 y en la guerra de secesión en EE. UU concluye en 1865.

tuación de los trabajadores en los países industrializados en la primera mitad del siglo XIX fue verdaderamente trágica, no sólo por la intensidad del trabajo y las paupérrimas condiciones en la fábrica, sino también por el hacinamiento en las grandes ciudades que incrementaron notoriamente su población.

Recién para 1840 surgen las críticas a los efectos sociales de la Revolución Industrial: el *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers*, de Villermé y *La situación de la clase obrera en Inglaterra*, de Engels, son algunas de las obras más importantes. De esta época también es *Oliver Twist*, de Charles Dickens, escrita entre 1837 y 1839: pese a ser una novela (o precisamente por serlo), es quizá la obra que más impacto causó en la sociedad inglesa sobre los efectos de la "explosión" industrial.

El modelo industrial conlleva otra consecuencia que se extenderá durante todo el siglo XX: la disciplina de los trabajadores. La vigilancia pasa a ser, pues, un operador económico decisivo; es a la vez una pieza interna en el aparato de producción y un engranaje específico del poder disciplinario. Así lo refiere Foucault en *Vigilar y castigar*:

"En la gran manufactura, todo se hace a toque de campana, los obreros son exigidos y reprendidos. Los empleados acostumbrados con ellos a una actitud de superioridad y de mando, que realmente es necesaria con la multitud, los tratan duramente o con desprecio; esto hace que esos obreros o bien sean más caros o no hagan sino pasar por la manufactura".⁽³⁾

El mismo mecanismo se impone en la organización de la enseñanza elemental, en los orfanatos, en los hospitales, etc. Como dice Foucault: "Una de las condiciones esenciales para el desbloqueo epistemológico de la medicina a fines del siglo XVIII fue la organización del hospital como aparato de "examinar".⁽⁴⁾

En este contexto, los nuevos actores van a interactuar en la sociedad, no como individuos sino como agentes de masas.

(3) FOUCAULT, MICHEL *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Madrid, Siglo XXI, 2008, p. 204.

(4) FOUCAULT, MICHEL, *Ídem*, p. 216.

Estas referencias históricas son decisivas para entender la genealogía de las Ciencias Humanas. Los procesos de industrialización marcan un modelo de positividad en donde el hombre va a ser analizado como objeto de estudio científico.

El positivismo, con sus cimientos en la razón, la ciencia y el progreso, resulta entonces funcional a la nueva época, conjuntamente con una nueva ideología secular.

Auguste Comte pretende así construir una Sociología como ciencia positiva (es así considerado uno de los fundadores de esta ciencia). Es que las clasificaciones (y luego las mediciones) devienen necesarias con la nueva sociedad de masas.

El modelo de positividad supuso, pues, un fraccionamiento del sujeto. Si en los procesos de producción el objeto se produce fraccionadamente, lo mismo ocurre con la producción del conocimiento del "objeto humano". Como señalamos, el campo epistemológico se ve completamente fraccionado y aparecen así las nuevas Ciencias Humanas: la Psicología, la Sociología, la Antropología, tal vez la Historia y el Derecho.

Así, para el nacimiento de estas ciencias fue necesaria, como dice Lacan en *La ciencia y la verdad*,⁽⁵⁾ cierta reducción (un recorte de la realidad). Esta reducción constituye su propio objeto, lo que lo lleva a Lacan a sostener que la apelación de Ciencias Humanas es el llamado mismo de la servidumbre. Para él, no hay ciencia del hombre porque el hombre de la ciencia no existe sino, únicamente, su sujeto.

Por lo cual el sujeto es un correlato antinómico de la ciencia: ésta se muestra definida por el no-éxito del esfuerzo para suturarla. El sujeto está así en exclusión interna de su objeto. Es por esto que el teorema de la incompletitud que Kurt Gödel⁽⁶⁾ formuló en 1930 no es aplicable a las Ciencias Sociales, sino sólo a sistemas cerrados.⁽⁷⁾

(5) En LACAN, JACQUES, *Escritos 2*, Siglo XXI editores, 1985.

(6) "Todo sistema axiomático recursivo y consistente que contenga suficiente aritmética tiene enunciados indecibles. En particular, la consistencia del sistema no es demostrable dentro del sistema", dice una de sus formulaciones.

(7) Como también lo muestran Alan Sokal y Jean Bricmont en su tesis (y crítica). Ver SOKAL, ALAN y BRICMONT, JEAN, *Imposturas intelectuales*, Joan Carles Guix (trad.), Barcelona, Paidós, 1999.

Este modelo de positividad influyó aún en el psicoanálisis: para Freud, y sobre todo en sus comienzos, el inconsciente se **muestra** como algo dado; es lo descubierto. Constituye el objeto de estudio y es tratado, a la postre, como cosa. Así pues, no fue nada casual que sus primeros estudios vinieran del campo de la neurología. Sus estudios, sus descubrimientos, corresponden al campo de la clínica. Ciertamente es que el inconsciente no es propiamente un objeto empírico pero su proceso de decodificación hace que se lo trate como tal: es a través de la asociación libre de conceptos que se **devela** el inconsciente. De ahí la crítica de Lacan: el psicoanálisis es análisis del lenguaje, es semiología; el inconsciente procede del significante, no es el objeto de referencia.

El mismo esquema positivista adopta la *Teoría pura del derecho* de Kelsen: "una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza" ⁽⁸⁾ era el paso necesario para constituir "la verdadera ciencia jurídica", ⁽⁹⁾ para delimitar y reducir a la norma el objeto de la ciencia del Derecho.

Es que el saber científico se convierte en un absoluto. Saber es saber científico. Pues la ciencia se pone al servicio del poder. Así es también como la especulación científica da lugar al saber tecnológico, ya que su carácter es instrumental.

Ahora bien, por su propia mecánica, pronto el modelo industrial debió incrementar su velocidad para mantener el esquema en funcionamiento. Fue necesario entonces imponer nuevas necesidades de consumo, cada vez más fugaces. El **progreso** adopta su propio **tempo**.

Por eso las crisis, lejos de lo que se piensa, contribuyen a mantener el *statu quo*, pues corrigen el desfase entre la producción y la realidad. Claro está: hay quien debe padecerlo para que todo siga igual.

Y este **tempo** es precisamente lo que se ha denominado la aceleración del tiempo histórico: los avances científicos y tecnológicos son menesteres para mantener el sistema vital; es como caminar en el sentido contrario a una

(8) En KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, Bs. As., Eudeba, 2004, p. 13. Véase prefacio a la edición alemana de 1934.

(9) KELSEN, Hans, *idem*, p.19.

plataforma eléctrica (como las que se ven en los aeropuertos): uno debe moverse a la misma velocidad que ésta para permanecer en el mismo lugar.

Las sociedades de masas se convierten así en sociedades de consumo. Sus agentes son ahora los consumidores, quienes van a interactuar en la carrera por el progreso. En tal sentido, dice Zigmunt Bauman: "en una sociedad de consumo todo es a elección, salvo la compulsión a elegir... que se convierte en adicción".⁽¹⁰⁾ Y aquél que no pueda seguir el tempo, quedará fuera de la sociedad de consumidores, o sea, quedará fuera de la **carrera**.

Y así como se habló del "hombre" como objeto científico —esto es, como saber positivo—, el consumidor se convierte en el objeto de estudio de la ciencia.

Tomemos por caso la psicología conductista (o *behaviorista*), hoy puesta sobre la palestra: aquí lo fundamental son las soluciones rápidas que permiten seguir en carrera. El sujeto no es puesto bajo estudio sino sólo aquello en lo que le impide "desenvolverse normalmente en la sociedad".

Lo mismo ocurre con la sociología pues, ¿qué tipo de comunidad es la que se estudia en la **época líquido/moderna**?

El filósofo y sociólogo Zigmunt Bauman lo explica bajo la designación "comunidad de guardarropa": en general, quienes asisten a un espectáculo concurren ateniéndose a un "código de sastrería" para la ocasión, lo que provee al "grupo" de cierto aspecto uniforme. Antes de comenzar el espectáculo, los asistentes dejan sus abrigos en el guardarropa, tal es así que, contándose los abrigos que hay allí, se puede estimar la cantidad de espectadores. Ya frente al espectáculo, los asistentes reaccionan de una manera bastante parecida: aplauden cuando **hay que aplaudir**, ríen cuando **hay que reír** y así sucesivamente. Al finalizar la función (o el espectáculo), este grupo de individuos toma cada uno su abrigo y, al salir, se dispersa entre la multitud de las calles.

O sea, la relación que existió en ese grupo de personas durante la función se asemeja a la relación que hubo entre los abrigos dentro del guardarropa. El "interés grupal" es solamente una ilusión compartida que dura nada más que lo que dura el espectáculo.

(10) En BAUMAN, ZIGMUNT, *Modernidad líquida*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 79.

En tal sentido, explica Bauman que “un efecto de la comunidad de guardarropa/carnaval es impedir la condensación de las “genuinas” (es decir, duraderas y abarcadoras) comunidades a las que imitan y las que (falsamente) prometen reproducir o generar nuevamente”, pero sólo logran dispersar la energía de los impulsos sociales y contribuir a la perpetuación de la soledad.⁽¹¹⁾

Es éste, precisamente, el tipo de comunidad que estudia e investiga la Sociología actual. Se miden las conductas y las reacciones de los consumidores (corredores) en tanto grupo de individuos alienados pero, así concebido, las agrupaciones son sólo ilusorias, como también lo es el propio concepto de comunidad.

Una última reflexión sobre el conocimiento científico en el “modelo líquido” —reflexión ésta que corresponde al campo pedagógico—: el saber científico se adquiere primero, vagamente, en los colegios y luego en las universidades; éstas son las “canteras del conocimiento”. Aquí, el estudiante **se prepara para la carrera en la sociedad** (nunca tan bien empleado el concepto de carrera): quien sale de la universidad es un **corredor preparado**. Por eso, lo que se ofrece principalmente es la salida laboral; el estudiante recibido debe contar con el conocimiento para insertarse en el sistema. Y así también sucede con los cursos de posgrado.

El saber, en tanto instrumento, va a estar orientado y delimitado desde sus comienzos. Esto es, la ciencia se pone al servicio de la técnica, para confundirse finalmente con esta.

Bibliografía

Además de la bibliografía citada, me fueron de gran utilidad para este trabajo las siguientes obras:

CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *Lecciones de historia de la filosofía del derecho*, Rosario, Ed. Zeus, 2000.

HOBBSAWM, ERIC, *La era del capital 1848-1875*, Barcelona, Ed. Crítica, 1998.

(11) BAUMANT, ZYGMUNT, ídem, p. 212.

FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, 28va. ed., México, Siglo XXI, 1998.

FREUD, SIGMUND, “La histeria, El mecanismo psíquico de los fenómenos histéricos, y Los orígenes del psicoanálisis” (Estudio preliminar de Ernst Kris), en *Obras completas*, tomos I y III, Madrid, Ed. Biblioteca nueva, 1967.

HOBBSAWM, ERIC, *La era de la Revolución 1789-1948*, Barcelona, Ed. Crítica, 1997.

MARX KARL y ENGELS, FRIEDRICH, *La ideología alemana*, edición digital en www.marxists.org

RAYMOND ARON, *Introducción a la filosofía de la historia*, Bs. As., Ed. Losada, 2006.



Corrientes críticas del derecho: un compromiso con la transformación social

por **MARIANO LANDRY**⁽¹⁾

Resumen

El presente trabajo pretende mostrar las distintas propuestas de la escuela crítica del derecho que nacieron en el siglo XX y marcaron el camino hacia una nueva lectura del derecho.

Estos puntos de vistas, cada uno con su especificidad, van a demostrar la necesaria vinculación del derecho como producto de las formaciones sociales, descartando la mirada que lo atomiza en la norma o lo expone como valor absoluto, y buscando, a su vez, la disputa de su hegemonía.

Esta lectura alternativa adquiere una doble significación: por un lado, como variante de la jurisprudencia y de los métodos teóricos tradicionales, y por el otro, la del cambio político cultural del sistema capitalista.

Para el análisis de ese proceso de cambio debemos entender al derecho como elemento que conforma la realidad social; como tal, no podemos pensarlo aislado, lejos de los ámbitos que buscamos transformar.

.....
(1) Abogado, Maestrando en Filosofía del Derecho (UBA) y profesor del Bachillerato Popular Casa Abierta -Villa 31 bis-.

En la actualidad podemos afirmar que muchas de estas propuestas no tienen el peso y el grado de influencia que tuvieron cuando nacieron.

La idea es recuperar sus aportes como herramientas que nos resulten útiles para disputar la resignificación de los conceptos jurídicos en el marco de la lucha política por un mundo más igualitario.

I | Introducción

En plena, y ya planteada por muchos, época de crisis de las ideas de la Modernidad, y considerando al marxismo como fuente que nutrió esa etapa histórica, resulta imprescindible recharacterizar los eslabones de una teoría crítica que nos ayude hoy a releer el mundo.

Con esa intención es necesario adoptar nuevamente la actitud filosa de Marx y Engels en *La Ideología Alemana*, tal como lo propone el filósofo polaco Zygmunt Bauman. En aquel momento las municiones de los alemanes se dirigieron hacia las teorías idealistas, al idealismo filosófico. En líneas generales los autores sostenían que el estudio de la sociedad debe situarse en el nivel donde se producen y reproducen las *condiciones materiales* de vida.⁽²⁾

Ahora, consideramos, es el momento —y ya desde hace algunas décadas se viene produciendo—, de desmontar el discurso y las prácticas que impone el libremercado como doctrina que tutela nuestras vidas con claro afán homogeneizador. Mercado que para funcionar requiere de la colaboración de los poderes político-jurídicos para sostenerse y otorgarle fundamento como único camino posible para la organización de las formaciones sociales.

Es insoslayable la influencia de las teorías críticas a lo largo y ancho de los siglos XIX y XX. De algunas de sus vertientes⁽³⁾ debe rescatarse su pre-

(2) Bauman, Zygmunt, *Legisladores e Intérpretes. Sobre la modernidad, la posmodernidad y los intelectuales*, Bs. As., Universidad Nacional de Quilmes, 2001, pp. 153/154.

(3) No nos olvidemos del pesimismo de Herbert Marcuse que en *El hombre unidimensional* sostiene como necesaria la revolución socialista, aunque la postula como improbable, por el fuerte peso del dominio del capital. Al respecto ver CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Panorama

tensión de cambio por otro mundo mejor y posible. Pienso que, en esa construcción, el derecho como disciplina debe asumir un papel primordial y necesario.

Varias son las propuestas dentro del ámbito de la crítica que caracterizan al derecho como una materia con potencial transformador y que, de manera interdisciplinaria, está en condiciones de aportar su cuota en la producción de las herramientas necesarias para la concreción de esa meta.

Entre ellas podemos encontrar, históricamente, contribuciones desde distintos sitios del mundo occidental y desde diferentes ámbitos del trabajo jurídico: los movimientos de jueces italianos ("*L'uso alternativo del diritto*") y brasileños (Movimento del Dereito Alternativo), los movimientos teóricos-prácticos (la *Critical Legal Studies* en el mundo anglosajón, la *Critique du droit*, en Francia, la Teoría Crítica en Argentina, etc.) y los espacios vinculados al ejercicio alternativo de la abogacía. Éstos son sólo algunos. No todos conservan la preponderancia y el grado de influencia que poseían cuando nacieron, pero esa circunstancia no alcanza para desautorizarlos como escuelas que nos siguen influyendo en los intentos actuales de construir otro derecho.

Con esta perspectiva, lejos de conducirnos a destinos trágicos, el panorama nos invita a, por lo menos, continuar la lucha por generar, desde nuestros espacios, la contrahegemonía para construir una noción de justicia que deje de ser "alternativa".

La idea del trabajo es realizar un recorrido, por las corrientes señaladas y analizar en qué momento de la teoría crítica nos encontramos. Nos interesó, principalmente, la idea de mostrar un panorama general, más que detenernos en algunas de las posturas en particular. Ello, con la intención de encontrar fuentes, objetivos y sueños comunes, sin que resulte un obstáculo el lugar del mundo donde estemos.

Comenzaré desarrollando algunas ideas sobre las características de los movimientos de jueces críticos occidentales más reconocidos.

.....
 Trialista de la filosofía en la posmodernidad", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n° 19, FIJ, Rosario, 1995.

2 | *L'uso alternativo del diritto*

En primer lugar, avanzaré sobre el trabajo de los jueces italianos, que nace en la década del sesenta del siglo XX, tiempos marcados por profundas transformaciones a nivel mundial. En el ámbito económico el capitalismo se imponía luego de la Segunda Guerra Mundial. La influencia de Estados Unidos generó cambios y adaptaciones al nuevo modelo industrial: incorporación de tecnologías y modos de trabajo. Esas complejas modificaciones desde ya que repercutieron en la vida social y política. Entre otras consecuencias, generaron su propia oposición. Provocaron el surgimiento de una considerable cantidad de microrevoluciones⁽⁴⁾ como la de los movimientos feministas, pacifistas y ecologistas; los movimientos estudiantiles y los artísticos, etc., y todo en el marco de un profundo activismo. Esa energía no dejó de llegar a las estructuras estatales, y en lo que nos interesa aquí, al mundo judicial.

“Gran parte de los cambios y las transformaciones conseguidos afectan no sólo las formas políticas, sino también las jurídicas: la exigencia de cambios en las legislaciones heredadas de la época anterior; la concreción y consolidación en leyes de las nuevas conquistas democráticas y garantías sociales (especialmente en forma de garantías constitucionales); la lucha por el reconocimiento jurídico de nuevos derechos y/o expectativas gestados en la sociedad; y principalmente, porque las exigencias de democratización también tenían como destinatario el propio poder judicial y sus operadores”.⁽⁵⁾

Así comenzaron a darse enfrentamientos e intensos debates entre los propulsores de los cambios y quienes los resistían, situación que en el ámbito jurídico produjo un desplazamiento de las discusiones iusfilosóficas a las iuspolíticas. Por un lado, se defendía la tradicional postura de la neutralidad del derecho, sus funciones de mediador y pacificador; por el otro, se destacaba su inexorable carácter político y, como consecuencia, la posibilidad de su utilización estratégica en la transformación de distintas si-

(4) SOUZA, MARÍA DE LOURDES, “El uso alternativo del derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil”, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derechos, Ciencias Políticas y Sociales, 2001, p. 44.

(5) SOUZA, MARÍA DE LOURDES, *Ibid.*, p. 45.

tuaciones jurídicas.⁽⁶⁾ Dentro de este debate, la interpretación de las leyes tuvo un papel clave, adquiriendo entonces gran importancia la función de los jueces.

Promediando los años 1968 y 1969, surge la intención de algunos magistrados, ya agrupados en un espacio denominado Magistratura Democrática, de encontrarle un uso alternativo al derecho, un uso que permitiera que las decisiones judiciales formen parte de las reformas consideradas necesarias para el desarrollo de un Estado con fines igualitarios. Esta intención tomó un impulso importante luego de dos hechos históricos puntuales, que dan cuenta de las intensas manifestaciones de la vida política italiana del momento. El primero es la detención y posterior condena por la publicación de un artículo del director de un diario de izquierda (*Potere Operaio*). Ante ello, los jueces asociados expresaron su total desacuerdo al considerar que esa sanción, a diecisiete meses de prisión, se oponía a los derechos de libertad de expresión y pensamiento garantizados por la nueva Constitución posfascista, y por lo tanto esa condena era ilegal e inconstitucional. El segundo episodio fue un atentado en la Piazza Fontana de Milán atribuido a los grupos de la izquierda y que fue utilizado como pretexto para recrudecer la represión contra los sectores obreros y estudiantiles fuertemente movilizados. Durante la investigación del hecho se produjeron varias detenciones injustificadas, allanamientos con dudosa autorización judicial, e interrogatorios que violaban los derechos humanos. Luego, por otra pesquisa más seria, se determinó que el ataque había sido generado por un grupo de extrema derecha en una maniobra para desestabilizar el impulso y las conquistas democráticas que se habían logrado.⁽⁷⁾

Esa toma de posición de algunos jueces ocasionó importantes consecuencias hacia adentro de la Magistratura Democrática, como así también en relación con los otros poderes del Estado. En el primer caso, se produjo el alejamiento de los sectores conservadores de la agrupación y el apartamiento de los jueces involucrados, de los cargos de la dirección. En el otro, se desató una intensa represión y persecución a los funcionarios comprometidos con aquellas acciones: sanciones, inicio de procesos penales, cambios de fueros y de jurisdicciones compulsivos. Estos factores gene-

(6) Ibid., p. 46.

(7) Ibid., pp. 69/70.

raron una aproximación ideológica entre la Magistratura Democrática y los aspectos teóricos del socialismo. Así comenzó a gestarse una praxis jurídica distinta a la tradicional, que se acordó llamar "uso alternativo del derecho" o "jurisprudencia alternativa" que, entre otros efectos, provocó una diferencia con la anterior asociación consistente en la identificación político-clasista de los jueces y su función.

Desde sus presupuestos se buscó privilegiar en las operaciones hermenéuticas el texto constitucional y, en especial, su art. 3 que sostiene:

"Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer distinción alguna por razones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas u otras circunstancias personales y sociales. Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando el derecho a la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país" (el resaltado nos pertenece).

La lectura en clave clasista de este artículo por parte de los alternativistas les permitió anclar sus decisiones en el marco constitucional necesario para contrarrestar los cuestionamientos opositores que los acusaban de promover el derecho libre o de ser defensores de la ilegalidad.

De ese modo, la hermenéutica alternativa adquiere una doble significación: por un lado como alternativa a la jurisprudencia y a los métodos teóricos tradicionales, y por el otro, como alternativa político cultural al sistema capitalista. Desde esta mirada los autores de las sentencias interpretan las distintas libertades plasmadas en el texto constitucional desde la perspectiva más típicamente democrática e igualitaria, es decir interpretan al texto constitucional como libertades para la minoría oprimida, a la cual debe privilegiarse y apoyar para modificar su condición.

Se buscaba concretar los programas emancipadores promovidos por el ordenamiento jurídico desde dos aspectos: los contenidos y el método. En relación con los primeros, la jurisprudencia alternativa aparece dirigida a la opción de decisiones judiciales en que se afirme la prevalencia de intereses funcionales a la emancipación de las clases subalternas. En cuanto al método, sostienen un procedimiento dirigido a reconocer y decidir, a

la luz del caso concreto, las innumerables ambigüedades y contradicciones, los criterios de valoración adecuados al hecho y tomados en su totalidad específica. Se trata de "...acabar con el uso burgués de la justicia que pretende someter al juicio de los tribunales sólo un aspecto cristalizado del hecho y hacer pasar unas briznas de verdad arbitrariamente elegidas, como toda la verdad, mientras ésta es sólo la realidad en toda su amplitud, comprensiva de un orden social discriminatorio, injusto y con frecuencia inhumano".⁽⁸⁾

Como ejemplo de ello se mencionan algunos

"...casos donde es posible la resolución de conflictos en sentido anticonservador y emancipador: tutela del derecho de huelga contra razones del 'bien común' o del 'bienestar general', tutela del derecho de libertad contra razones de autoridad o del orden público, tutela de los derechos del trabajador frente a razones de propiedad privada o de la 'libre iniciativa económica', tutela de la dimensión comunitaria y social de las instituciones y de los servicios públicos contra el autoritarismo burocrático. También por vía de la jurisprudencia alternativa es posible absolver por estado de necesidad la ocupación de casas populares por los sin techo o absolver como no arbitrarias la ocupación de fábricas o, incluso considerar como antisindical la pretensión del empresario o los directivos de presenciar las asambleas de los legisladores".

Asimismo, este movimiento sostiene que en el trabajo de la jurisprudencia alternativa es necesaria la participación de los magistrados en un ámbito global, desde donde se promueva y se luche por las transformaciones estructurales, imperiosas para lograr una sociedad más igualitaria.

A finales de los años setenta, se desató una crisis interna en el grupo, por lo que advierten dos posturas: unos continuaban defendiendo la necesidad de una actuación o mediación política y otros se escudaban en una actitud más prudente y autónoma sobre la base de la recuperación de ciertos valores formales. Se planteaba la sustitución de una jurisprudencia alternativa por una jurisprudencia "rigurosa y precavida". Así, la corriente alternativa fue perdiendo centralidad tanto a nivel teórico como práctico. Fue visto como un movimiento que tuvo su razón de ser en aquel momento

(8) Ibid., pp. 76/77.

histórico cuando era necesario promover el desarrollo y el fortalecimiento de los valores democráticos. Luego fue considerado, hasta por algunos de sus miembros, como un peligro para la legalidad constitucional y para el propio sistema de garantías en el texto fundamental. Otro factor que acrecentó la crisis del movimiento, que resulta innecesario desarrollar aquí y que merece su propio espacio, fue las dificultades y la falta de legitimidad que atravesaba (y atraviesa hoy) a los partidos de izquierda.

A partir de aquellos años, la Magistratura Democrática adoptó el garantismo como idea central para plantear su posición. Los miembros de esta corriente sostienen que el garantismo no era un descubrimiento improvisado y tardío sino que pertenecía a su patrimonio tradicional, pero que había quedado al margen en el momento en que la jurisprudencia alternativa proponía como vehículo directo la innovación y la transformación en el momento en que se asumía el conflicto como momento positivo y prepositivo de las soluciones, específicamente jurisprudenciales.

3 | *Movimento do Direito Alternativo (Brasil)*

La aparición del "Movimento do Direito Alternativo" resulta posterior al referido precedentemente. Aquí en nuestro continente surge promediando el año 1990 cuando, luego de una noticia periodística publicada en términos sensacionalistas, se conoce la existencia de aproximadamente "40 magistrados del estado de Rio Grande do Sul, que colocan el derecho por encima de la ley" y que conformaban un grupo denominado "Direito Alternativo". La publicación de esa nota tuvo una doble significación: por un lado, dio pie a la aparición de numerosos artículos donde se debatían las ventajas y desventajas, defensas y acusaciones sobre la actuación de este grupo, y por otro, permitió que desde los distintos ámbitos del derecho —no sólo el de los jueces, sino también abogados, sociólogos, filósofos, profesores—, se pudiera tomar conocimiento de su existencia y decidir alinearse a él.

Como nos enseñan Joaquín Herrera Flores y David Sánchez Rubio,

"... el Derecho Alternativo no es una teoría que dé cuenta del fenómeno jurídico; más bien nos encontramos con un movimiento que apuesta

a una práctica jurídica distinta a la tradicional, que parte del siguiente presupuesto: si toda solución judicial de un conflicto supone la imposición de elecciones previas tomadas en el ámbito de lo político, la interpretación, la aplicación y todo enjuiciamiento de casos concretos acaba por tener implicaciones políticas".⁽⁹⁾

Esta característica remarca la intención central de la corriente: develar el atributo político del derecho. Con ese tinte nuestra disciplina deja su posición en el pedestal del conservadurismo y ocupa un papel importante en la disputa por el poder y en favor de las clases subalternas. Desde allí intentará construir nuevos enfoques, más cercanos a la realidad de los sujetos y a los contextos cambiantes de las sociedades donde viven.

Uno de los referentes más importantes del movimiento, Amilton Bueno de Carvalho, distingue tres frentes relativos al uso alternativo del derecho: a) el que define como **el tradicional**, que consiste en aquella actividad cuyo margen de acción se desenvuelve en el seno mismo del ordenamiento jurídico positivo, en lo ya instituido. Acá advierte dos caminos: primero utilizando las contradicciones, ambigüedades y lagunas de la legislación oficial, partiendo desde una óptica democratizante, y el segundo, buscando por vía de una interpretación cualificada los avances obtenidos en las luchas populares, permitiendo que la norma adquiera rasgos más democráticos; b) **positivismo de combate**, —de acuerdo con Thomaz Miguel Pressburguer—, que se trata de un frente de lucha a través del cual se intentan hacer efectivas las disposiciones normativas que reconocen una serie de conquistas históricas que, pese a haber sido promulgadas, no se aplican. En este nivel, es necesario el apoyo de la movilización popular para poder lograr sus objetivos; c) lo que denomina **derecho alternativo** en sentido estricto, también llamado derecho insurgente. Constituye aquel conjunto de normas no estatales, situadas en el plano de lo instituyente, que pretenden coexistir con el derecho positivo.⁽¹⁰⁾

Resulta interesante conectar esta tesis planteada por el jurista brasileño con la propuesta de la de Torre Rangel, que rescata el carácter análogo del

(9) HERRERA FLORES, JOAQUÍN y SÁNCHEZ RUBIO, DAVID, "Aproximaciones al derecho alternativo en Iberoamérica", en revista *Jueces para la Democracia* n° 20, noviembre, pp. 87/93. Ver texto en: www.dialnet.unirioja.es.

(10) HERRERA FLORES, JOAQUÍN y SÁNCHEZ RUBIO, DAVID, op. cit.

derecho, como opuesto al unívoco que le otorgó la Modernidad. El autor mexicano alude al derecho desde cuatro realidades diferentes: como conjunto de normas, como las facultades que poseemos como seres humanos, como justicia y como ciencia.⁽¹¹⁾

Aquella intención reduccionista del concepto de derecho será combatida desde este movimiento, principalmente con el accionar del conjunto de jueces que lo forman. Frente a la función judicial observada desde la univocidad moderna, caracterizada por el acatamiento de la norma objetiva, sin expresa valoración sobre su legitimidad o visión de justicia, se opone el quehacer creativo de los jueces que sostiene una postura que refleje el cuestionamiento a las bases del *status quo*, cuya custodia se encuentra en manos de los magistrados conservadores. Una actitud que no sólo refleje los postulados de la ley positiva en las resoluciones, sino que busque alternativas de análisis a las visiones que vislumbran al derecho como entidad cerrada y completa que refleja en las resoluciones la letra de la norma.

Estas posturas fueron sostenidas por el movimiento de jueces aquí considerado. Son los valores, las necesidades y el concepto de justicia los mejores elementos a considerar a la hora de interpretar una norma jurídica. La idea de justicia se relaciona con las demandas de reconocimiento y satisfacción de las necesidades expresadas por la mayoría de los ciudadanos sometidos a la pobreza y a la marginación.⁽¹²⁾ En la búsqueda de ello resulta indispensable lograr una mayor flexibilidad de la concepción del derecho. Que el derecho como facultad de los seres humanos al que refería de la Torre Rangel, resulte posible y cercano con vista a las carencias de los apartados por la injusta organización de nuestras sociedades.

En ese camino, la legitimidad de una norma parece permanecer sobre la legalidad, sobre las reglas que determinan el criterio su de la validez. Frente a ello se ha reaccionado desde los sectores tradicionales sosteniendo que estos procedimientos redundarían en antijuridicidad o anomia. Lejos está de tal consecuencia, teniendo en una cuenta que la búsqueda remite

(11) DE LA TORRE RANGEL, JESÚS ANTONIO, "Algunos fundamentos teóricos del uso alternativo del derecho desde la judicatura", en revista *El Otro Derecho*, n° 26-27, abril, ILSA, Bogotá, 2002.

(12) HERRERA FLORES y SÁNCHEZ RUBIO, op. cit.

a la concreción jurídica de los derechos garantizados por el sistema cuyas formalidades y elusiones no permiten concretar.

El terreno de la disputa se encuentra en los conceptos que todo sistema democrático sostiene. ¿Qué consideramos justicia? ¿Qué entendemos por libertad? ¿Y por igualdad?, etc. En definitiva también constituye una lucha política, una lucha por el poder, una lucha por la democracia ¿Qué entendemos por democracia?

4 | *Critical Legal Studies* (Estados Unidos)

Los Estudios Críticos del Derecho nacieron en el campo académico de Estados Unidos hacia 1977. Su labor más importante consistió en elaborar una crítica detallada de la razón jurídica *american style* de los años setenta. En ese sentido, apuntaron a distintas instituciones del derecho privado de los contratos, del derecho laboral, de familia, penal, del derecho de la administración local. También a las metodologías legitimantes que utilizan los juristas para apoyar y desarrollar esos dominios, tales como el positivismo liberal, el funcionalismo sociológico, etc. “La intención de la crítica es poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas que construyen el derecho mientras se ven a sí mismos como un instrumento del mismo”.⁽¹³⁾

Kennedy nos recuerda que, desde 1977 a 1983, el movimiento se expandió rápidamente sumando adeptos entre profesores y alumnos, sobre todo en la Universidad de Leyes de Harvard, sin reacción notable por parte de las corrientes tradicionales de las Facultades de Derecho. En ese período, la escuela es caracterizada como extremista, pero seria, y logra institucionalizarse, dándose en su interior el primer debate importante entre racionalistas e irracionalistas. Los primeros, nos relata el autor en el artículo citado, son herederos de las tradiciones científicas de izquierda —sobre todo del marxismo— y buscan las grandes tendencias de la historia. Los otros practican un nuevo método de análisis doctrinal fuertemente influido por el estructuralismo y con pretensión de considerar más importante la idea

(13) KENNEDY, DUNCAN, “Nota sobre la CLS en los Estados Unidos”, en revista *Doxa* nro. 11, 1992. Alicante, España.

de desestabilizar que de fundar una escuela sobre premisas coherentes y con una jerarquía interna. Luego señala la existencia de una segunda fase que comienza en 1983 con el debate sobre los derechos de la persona, para finalizar en una tercera fase hacia 1992, donde va a predominar el interés por los debates europeos sobre el posmodernismo, el posestructuralismo y por la teoría literaria americana, posmodernista, feminista y anti racista.

El primer objetivo de los que militaban en los espacios académicos referidos, estaba dirigido a cuestionar duramente la forma en que las escuelas jurídicas dominantes enseñaban las materias tradicionales, como las ofrecidas en el primer año de la facultad. Gran parte del producto del movimiento hasta hoy ha sido un trabajo de demolición de esa producción académica. Otra gran parte se ha dedicado a la historia y ha contribuido en un intento por entender de qué modo ha penetrado en nuestras mentes la forma aceptada de pensar acerca del derecho.⁽¹⁴⁾

Esta corriente de pensamiento y de práctica académica reconoce como fuente importante en su composición teórica el importante aporte del realismo jurídico norteamericano, predominante en los años 1920 y 1930 y cuyos principales referentes son Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank y Karl Llewelyn. Estos autores consideraban al derecho como la predicción de las conductas de los magistrados frente a determinado episodio, aunque no se conformaban sólo con ello. Señalaban que las motivaciones que los jueces establecían en las sentencias no eran verdaderamente las que ellos consignaban, sino que aquéllas permanecían ocultas.

Julio Cueto Rua, en el prólogo a *Derecho e Incertidumbre* de Frank, señala que:

“Los jueces sienten pudor en enunciarlas porque se sienten fuertemente atados por la concepción popular, y hasta profesional, que los juzga aparatos lógicos, limitados a la tarea de desarrollar formalmente los conceptos normativos, libres de toda contaminación de elementos económicos, sociológicos políticos o éticos. La verdad es que todos

(14) GORDON, ROBERT, “Cómo ‘descongelar’ la realidad legal: una aproximación crítica al derecho”, en A.A.V.V., *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

los jueces denotan influencia de esos factores, al punto de constituir ellos la razón más profunda de sus decisiones".⁽¹⁵⁾

A esto lo llamaron indeterminación del derecho. Según esta idea "...en los pleitos judiciales suelen ser relevantes varias normas jurídicas —aún apuntando hacia soluciones y direcciones diferentes—, y porque las normas suelen presentar textura abierta —y esto es herencia de los realistas—, sino también por el conflicto existente al interior del derecho entre principios, valores e ideales, y ante todo, por la íntima relación entre derecho y política".⁽¹⁶⁾

Otra de las fuentes en las que abreva el *Critical Legal Studies* es el neomarxismo de la escuela de Frankfurt. Pérez Lledó señala algunos rasgos analógicos entre las dos corrientes: la crítica epistemológica al positivismo y al cientificismo en las ciencias sociales, especialmente a la distinción radical entre hechos y valores, conocimiento y política, sujeto y objeto de conocimiento; la concepción de la teoría como inseparable de la práctica; el carácter permanentemente autorreflexivo de la teoría crítica; el carácter interdisciplinar de dicha teoría crítica; la atención primordial a los aspectos ideológicos, culturales y psicológicos frente a la crítica de la economía política del materialismo histórico marxista clásico, entre otras.⁽¹⁷⁾

Finalmente, y durante los años noventa, esta corriente comenzó a adoptar los métodos de análisis provenientes de corrientes posmodernas, como la deconstrucción de Derrida. "A medida que se deconstruyen principios jurídicos, se deconstruye la ideología o la visión del mundo que los informa o se demuestra la incompletitud de las doctrinas y se pueden hacer deshacer los argumentos jurídicos a sí mismo".⁽¹⁸⁾

Este camino también apunta a marcar la imposibilidad de la existencia de la neutralidad judicial. Esa característica sostenida como bandera y garan-

(15) CUETO RÚA, JULIO, "Prólogo", en Frank, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, Buenos Aires, CEAL, 1968., p. 9.

(16) MESA, DIEGO, "Fisuras en el pensamiento jurídico contemporáneo: el movimiento Critical Legal Studies", en Revista *Criterio Jurídico*, n° 2, Santiago de Cali, 2002, pp. 129/159.

(17) PÉREZ LLEDO, JUAN ANTONIO, "El movimiento Critical Legal Studies", Madrid, Tecnos, 1996.

(18) MESA, DIEGO, op. cit.

tía de imparcialidad por los sectores tradicionales, es el marco de justificación de soluciones que no hacen más que anquilosar eventuales cambios conceptuales y prácticos en el ámbito jurídico, como en la sociedad en general, cuya conducta está regulada por el derecho.

En ese sentido, el *Critical Legal Studies* se niega a distinguir entre razonamiento jurídico y razonamiento político, en la medida que la lucha política está presente no sólo en el nacimiento del ordenamiento jurídico, sino también en su desarrollo, en cada uno de sus momentos, en su aplicación e interpretación, en la creación de las normas y en las estrategias de los abogados litigantes, etc. O sea que el ordenamiento jurídico no puede estar exento de las disputas políticas del resto de la sociedad. Desde los distintos discursos jurídicos conservadores se contribuye a cimentar una idea de desesperanza, un sentimiento complaciente y desalentador de que nuestra realidad es como es y modificarla resulta una tarea imposible.⁽¹⁹⁾

Algunos la caracterizan como "movimiento"; otros, teniendo en cuenta la heterogeneidad de posturas que coexisten al interior del *Critical Legal Studies*, prefieren denominarlo "corriente". Pese a esta disyuntiva, las ideas críticas nacidas en el seno del país más poderoso del mundo — que, como tal, cuenta con los medios y recursos necesarios para evitar la producción de cambios o el predominio de ideas y corrientes que intenten socavar los propios fundamentos políticos, económicos, ideológicos de su poder— nos transmiten cierta esperanza, que debe transformarse en compromiso para, desde nuestros contextos, continuar "descongelando la realidad legal".

5 | Teoría Crítica en Argentina

Se puede afirmar que durante la década del setenta del siglo pasado, se lograron conceptualizar profundamente las distintas manifestaciones sociales de acuerdo a los aires de las transformaciones político-sociales-culturales que habían parido en la década anterior.

.....

(19) GORDON, ROBERT, *ibid.*, p. 346.

En ese marco, el derecho argentino tuvo su propia corriente crítica que nació promediando el año 1975, durante la realización del Congreso Internacional de Filosofía Jurídica, en la Universidad de Belgrano. Allí expusieron los principales referentes de la propuesta entre los que se encontraban Enrique Marí, Alicia Ruiz, Ricardo Entelman y Carlos Cárcova.

Al igual que el resto de los exponentes críticos o alternativos que describimos anteriormente, nuestra corriente recurre a las herramientas marxistas de análisis, más cercanas a las posturas de Althusser, descartando y cuestionando los dogmatismos que circulan en esa línea.

El derecho es conocimiento que no sólo sirve para explicar al mundo, sino también para transformarlo (decimoprimer tesis sobre Feuerbach). El juez cuando interpreta el derecho no realiza un acto aislado, sino que efectúa un episodio contextual. Esa interpretación estará influida por una enorme cantidad de determinaciones culturales: no solamente lo decidido por otros colegas, o la opinión de la doctrina, sino también por los medios masivos de comunicación, su experiencia personal, su ideología y la multiplicidad de elementos que motivan al resto de la sociedad.⁽²⁰⁾

Contrariamente a las posturas tradicionales del derecho —iusnaturalismo y positivismo— que propugnan la idea de un Estado surgido como resultado de un interés general, y al orden jurídico que emana de él producto de la realización de intereses universales y ahistóricos, la escuela crítica propone que de la referencia abstracta al derecho pasemos a la sociedad histórica, con sus componentes materiales y culturales. Esos elementos van a permitir dar una explicación de las instituciones jurídicas insertas en una totalidad a la que no es en absoluto ajena, como tampoco implica lo mismo en las distintas etapas históricas, o en los diferentes sitios geográficos del planeta.

Reconocer la historicidad del derecho y su localización geográfica, implica otorgarle un contexto de funcionamiento y aplicación propio de una disciplina que permite y posibilita el control social con un resultado positivo verificable. Desde aquí el derecho no se aprecia como entidad estática o

(20) CÁRCOVA, CARLOS, "Acerca de las relaciones entre marxismo y derecho", en *Derecho, Política y Magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996.

abstracta, sino como una práctica social que interviene junto a otros discursos sociales construyendo la realidad.⁽²¹⁾

El derecho se materializa como discurso que, junto a otros, va configurando un entramado de relaciones entre los sujetos, y entre éstos con el Estado. Lo que se cuestiona es la naturalidad que adquieren esas relaciones luego de ser configuradas por espacios institucionales donde se reproducen la significación presentada como consensuada de los institutos jurídicos.

Lo discursivo desde ya que no está conformado sólo por palabras, sino que, como sostiene Cárcova, "... 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".⁽²²⁾ La construcción de un discurso jurídico, como cierto y efectivo, posee estrecha relación con la cuestión del Poder. Poder que, en este caso, no es visto como algo concreto estático, ubicado en un lugar determinado, sino como relación. En tanto tal, el discurso del derecho puede observarse desde dos puntos de vista ideológicos opuestos, lo que Cárcova (que a su vez lo recupera de Poulantzas) caracteriza como "la función paradójica" del derecho. Por un lado reproduce las condiciones de existencia de un sistema social, y por otro coadyuva a su transformación progresiva. Y aclara "El derecho se despliega como discurso ideológico en tanto promete, con la finalidad de organizar el consenso, lo que no da: igualdad, libertad, protección, garantías. Pero, como toda ideología, cuando desconoce, al mismo tiempo reconoce; cuando elude, alude. Así nos priva de igualdad pero nos reconoce iguales".⁽²³⁾

Este panorama sobre la teoría crítica vernácula no da cuenta de los espacios en donde se desenvuelve. Sin ser en absoluto una postura mayoritaria, más bien todo lo contrario, intenta posicionarse como alternativa a las corrientes positivistas y iusnaturalistas que históricamente se disputaron la hegemonía, tanto a nivel jurisprudencial, doctrinario como universitario. Esa batalla resulta tan difícil a esta corriente como a cualquier espacio

(21) RUIZ, ALICIA, "Derecho y derechos: una sociedad multicultural", en *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2001.

(22) CÁRCOVA, CARLOS, "Derecho y Política en los Tiempos de la Reconversión", en *Escritos sobre Derecho y Política*. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1993., p. 44.

(23) CÁRCOVA, CARLOS, *La opacidad del derecho*, Buenos Aires, Trotta, 2006, p. 162.

organizativo que intente observar desde otro punto los patrones de orden de nuestras formaciones sociales, para poder transformarlos.

6 | *La Critique du droit* (Francia)

Esta corriente surge hacia fines de la década del setenta del siglo XX. El eje de sus postulados fue dar forma a una auténtica ciencia jurídica conforme con el materialismo marxista. En ese tiempo, las resonancias de los acontecimientos del mayo parisino, el predominio de las ideas althusserianas, el redescubrimiento de la obra de Gramsci, la aparición de las primeras obras de Foucault, el impacto de la creación de un sindicato de magistrados y de abogados, dieron pie a la fundación de la Asociación Crítica del Derecho en 1978. El movimiento no nació en París, cuna de la tradicional Sorbona, sino en el área que gira en torno a Lyon, Grenoble, Montpellier y Niza.⁽²⁴⁾

En 1976 ya había aparecido la obra de Michel Miaille (*Une introduction critique du droit*) y más tarde, en 1978, se publicó el compendio "*Critique du droit*". La intención era difundir la corriente y generar desde los ámbitos de estudio los cambios de perspectiva con se analizaba al Derecho. Aportar materiales de trabajo y lectura con aires de renovación, lejos de las tradicionales posturas conservadoras, y comenzar a observar a nuestra disciplina como una herramienta de transformación social. Para ello entonces creían necesario contar primero con otra pedagogía, plasmada en nuevas ediciones de divulgación de las obras de la corriente. Del mismo modo que lo planteó la *Critical Legal Studies*, la batalla se libraba fundamentalmente en el ámbito académico.

Esta constituye la preocupación central de los críticos franceses durante la primera etapa de su aparición, donde el enfoque epistemológico estaba orientado, según Wolkmer, a la concepción de una teoría general del derecho alternativa, con lo pedagógico como punto nodal. Una segunda fase en el camino recorrido por la *Critique du droit* estaba dirigida a sistematizar una investigación concreta sobre los mecanismos de organización

(24) LOSANO, MARIO, "La ley y la azada: orígenes y desarrollo del derecho alternativo en Europa y en Sudamérica", en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, n° 8, Madrid, enero-junio, 2000, p. 291.

y reglamentación de la práctica jurídica (la tecnología de los modos de acción normativa) en el ámbito de la sociedad burguesa.⁽²⁵⁾ Aquí se descartan los enfoques generales para interesarse sobre la relación existente entre las normas y su aplicación práctica, su utilización por los operadores del derecho. En efecto, no se trata tanto de construir una verdadera teoría general, sino de superar el discurso de tipo formal positivista, dándole prioridad al análisis y a la descripción de la técnica jurídica como un conocimiento científico del derecho, en su función de dimensión de un todo social, y preocupándose igualmente por la investigación de las 'modalidades de producción social de las normas jurídicas'.⁽²⁶⁾

Esta corriente no gozó de la aceptación necesaria para lograr una fuerte difusión y a su vez anclarse en los sectores sociales que intentaba representar. Definitivamente resultó una experiencia apoyada en lo teórico más que en la práctica jurídica propiamente dicha. Si bien en el viejo continente no halló eco, sí lo obtuvo en Sudamérica, donde irrigó a las posturas alternativistas que por aquellos años ya estaban naciendo.

7 | Ejercicio alternativo de la abogacía

En el campo de las posturas críticas del derecho, también encontramos abogados en la rama de la asistencia jurídica técnica, del Derecho como herramienta de trabajo, reivindicativa, o sea de las prácticas que involucran el acceso a la justicia. Thomaz Miguel Pressburguer lo denomina, como lo mencionamos más arriba,⁽²⁷⁾ positivismo de combate.

Celso Fernandes Campilongo nos brinda un claro panorama del ejercicio de la abogacía presentando dos grandes tipos ideales de servicios legales. Esta obra,⁽²⁸⁾ por su claridad y poder de síntesis será el eje central de esta sección.

(25) WOLKMER, ANTONIO CARLOS, *Introducción al pensamiento jurídico crítico* (colección En clave de Sur, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y Derecho Alternativos), Bogotá, 2003.

(26) WOLKMER, ANTONIO CARLOS, op. cit.

(27) Ver Movimento do direito alternativo en este trabalho.

(28) CAMPILONGO, CELSO, "Asistencia jurídica y realidad social: apuntes para una tipología de los servicios legales", en *A Justiça em São Bernardo do Campo: perfil sócio-jurídico de clientes e profissionais da assistência jurídica*, vol. 2, São Bernardo do Campo, CEDISO.

El autor brasileño diferencia entre los Servicios Legales Tradicionales y los Servicios Legales Innovadores, y aborda el análisis de la comparación desde distintas características, de las que sólo mencionaremos algunas:

- Lo individual y lo colectivo: Mientras los servicios legales tradicionales vinculados al liberalismo se fundamentan en el individualismo orientado a la libertad de mercado, de elección y de contratación, los servicios legales innovadores estarían ocupados de casos que involucran 'intereses colectivos'. A la competencia se opone la idea de la solidaridad.
- El paternalismo y la organización: a los servicios legales tradicionales se les puede asignar la característica de asistencialistas, vinculado a profesionales con espíritu humanitario y caritativo; los servicios innovadores, sustituyen ese carácter por el trabajo de la organización comunitaria. 'La falta de conciencia de los propios derechos y la incapacidad de transformar sus demandas en políticas públicas son combatidas con el trabajo de esclarecimiento y organización popular para la defensa de sus intereses'.
- La apatía y la participación: La forma tradicional presupone una relación jerárquica entre abogados y clientes. Al cliente le corresponde exponer su problema, firmar e irse a su casa. Los servicios innovadores buscan establecer una relación de coordinación entre los sujetos. El abogado o la abogada resultan uno o una más entre los participantes de la reivindicación jurídica. Se trata de una relación horizontal. Además le corresponde a la "clientela" acompañar activamente el proceso manifestándose frente a los tribunales, ocupando el espacio público, llamando la atención de los medios de comunicación, etc.
- El misterio y el desencantamiento: 'El dominio de los secretos de la ley convierte al abogado tradicional en el prestidigitador de los derechos de su platea atónita'. El abogado conoce cada rincón de la Ley siendo su función hacer conocer al cliente el camino por donde avanza. La postura innovadora en cambio, busca desmontar la sacralización, mediante procesos de aprendizaje y entrenamiento de las comunidades para la autodefensa de los derechos.
- Lo legal y lo extralegal: No debe asociarse automáticamente a los servicios tradicionales con el empleo de caminos legales y a los innovadores con la elección de espacios extralegales o antiformalistas. Sin embargo, no tanto por la estrategia legal, sino por la concepción despolitizada y tecnicista se puede asociar el legalismo a los servicios tradicionales. Un derecho autónomo, divorciado de la política, preocupado de las cuestiones formales, de la regularidad del proceso, reduciendo la legitimidad a la mera legalidad, resulta una postura tradicional. La actitud innovadora se vale de una 'creciente politización de las demandas; la hermenéutica formal es sustituida por una exégesis socialmente orientada'.

- Demandas clásicas y demandas de impacto social: El criterio de definición de la clientela de los sectores tradicionales redunda en un agrupamiento de casos que comparten las mismas características individuales: divorcios, desalojos, reclamos laborales, sucesiones, etc. 'Lo que se resuelve tiende a restaurar el equilibrio individual de las partes, el "dar a cada uno lo suyo"'. Los servicios legales alternativos, en la reafirmación de los espacios comunitarios, busca esa justicia alternativa desde dos aspectos. En el primero, la adjudicación institucional-formal pasa a convivir con otros tipos de procesos: tribunales informales; énfasis en criterios de equidad, participación popular en la administración de justicia, incentivo a la negociación, etc. En el segundo, la restauración del equilibrio individual cede lugar a una justicia preocupada con la reducción de las desigualdades sociales, una racionalidad regulada según las exigencias de las mayorías postergadas.

Hasta aquí, la descripción realizada por el autor citado. Claro que no se trata de dos maneras de practicar la abogacía que se observen en nuestra cotidianidad tal como se presentan. Entiendo que plantea distintos criterios para definir las posturas sobre qué tipo de abogacía nosotros queremos ejercer, desarrollar.

Los y las profesionales que litigan, ya sea enmarcados en organizaciones o desde iniciativas particulares comprometidas con "otro derecho", se enfrentan a estructuras judiciales ancladas en el ideal individualista liberal, que concibió al poder judicial y la administración de justicia, "como un espacio institucional cerrado y homogéneo".⁽²⁹⁾ Ante ello, entonces, la batalla no es sólo jurídica, sino que adquiere características político-culturales, pensando en que el objeto no es nada más obtener un resultado favorable —en el sentido amplio del término y únicamente ganar el juicio—, sino contribuir a desmontar las estructuras legalistas que impiden el avance de los reclamos.

8 | Conclusiones

El presente trabajo intenta dar cuenta, someramente, de algunas de las escuelas críticas del derecho, las que nos muestran que no solamente no hay un único derecho, sino también que el derecho está inserto en nues-

(29) PRESSBURGER, THOMAZ "Derechos humanos administración de justicia y otros organismos del Estado", en revista *El Otro Derecho*, vol 5, n° 2, Bogotá, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y Derechos Alternativos, 1993.

tras sociedades y que, como tal, se funde en nuestras culturas como una disciplina compleja. Que no se refiere exclusivamente a las normas, sino también a un entramado de determinaciones que permiten abordarlo desde diferentes posiciones.

Desde el marxismo, la filosofía no tiene sólo una función. Ya no se trata únicamente de interpretar el mundo, sino de transformarlo (décimo primera Tesis sobre Feuerbach, de Karl Marx). Y aquí es claro Gramsci cuando señala que la historia de la filosofía "... es la historia de los intentos y las iniciativas ideológicas de una determinada clase de personas para cambiar, corregir y perfeccionar las concepciones del mundo en cada época determinada, y para modificar, por tanto, las normas de conducta coherentes con ellas, o sea para alterar la actividad práctica en su conjunto".⁽³⁰⁾

Esta es nuestra época. Aquí está nuestro desafío. Tenemos las herramientas que las corrientes descriptas nos brindan. A ello debemos sumarle las que nosotros y nosotras, desde nuestros propios lugares de trabajo y codo a codo con los sectores de la sociedad, cuyo desarrollo se vulnera, podemos crear, inventar y aplicar.

Para el análisis de ese proceso de cambio, debemos entender al Derecho como un elemento que conforma la realidad social: como tal, no podemos pensarlo aislado, lejos de los ámbitos que queremos transformar. Si observamos que en nuestros contextos puede desarrollarse una *praxis* diferente, es necesario que nos involucremos con quienes vienen sufriendo las consecuencias de la implementación de un sistema económico basado en la explotación del hombre por el hombre. En esa lucha se encuentran en disputa los privilegios de una clase. Sus miembros y quienes pretenden incorporarse a ella intentarán mantenerlos y defenderlos con diferentes argumentos. Entre dichos privilegios se encuentran las posturas dominantes del derecho, que encolumnan tras de sí el ordenamiento de la sociedad y moldean nuestras relaciones como sujetos (las concepciones de propiedad, igualdad, libertad, estado de derecho, democracia, etc). No es suficiente, entonces, la lucha por el significado de los conceptos jurídicos; se trata de una disputa política que nos obliga a tomar una posición y a actuar en consecuencia.

(30) GRAMSCI, ANTONIO, "Filosofía e historia", en *Antología*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2002, pp. 423/424.

Ideología y poder: ¿Dos perspectivas?

De Althusser a Foucault

por **RODOLFO MADARIAGA**⁽¹⁾

Resumen

A partir del texto clásico de Althusser *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, el autor pasa revista a buena parte de la obra de Foucault para comparar las ideas de uno y otro acerca del poder y la ideología.

Así, estima que media una implícita, pero clara oposición entre Foucault y la teoría de Althusser, que no tiene sólo raíz metodológica en razón del diverso por inverso enfoque de Foucault, sino básicamente obedece a la exclusión de la ideología del correspondiente esquema de análisis.

En orden al régimen de verdad resultante de la relación poder-saber, la disciplina significa, para Foucault, un obstáculo similar a la ideología, en orden al conocimiento de la realidad, para Althusser; y el discurso del poder, en el esquema de Foucault, ocupa un lugar semejante, con parecidas funciones a las que Althusser, en su teoría, asigna a la ideología.

Advierte finalmente que, aunque ambos convienen en punto a la cuestión política central: el problema de la verdad, Althusser sólo encuentra solución a partir del conocimiento científico, en tanto que Foucault estima que

.....
(1) Profesor de Derecho Procesal UBA, UCA, UFASTA, USAL. Maestrando en Filosofía del Derecho (UBA). Juez de Tribunal Oral en lo Criminal.

la clave es política antes que científica: la constitución de una política de la verdad, de suerte de separar el poder de la verdad de las formas hegemónicas en cuyo interior funciona.

Advertencias

Este trabajo, que tiene por objeto la comparación del pensamiento de Foucault con las ideas de Althusser acerca de esos conceptos tan inasibles de la filosofía política y jurídica como son el poder y la ideología, no es un ensayo ni una monografía, sino la rendición de cuentas de una investigación dirigida a determinar en la obra de Foucault algunos puntos útiles para un trabajo ulterior y más complejo. Simplemente, he tratado de poner cierto orden en el material reunido de modo que pueda servir, en el futuro, para alcanzar el objetivo antedicho.

Cumple igualmente avisar que tampoco ha mediado una investigación completa pues, de un lado, sólo computa la conocida obra de Althusser: *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, originalmente publicada en junio de 1970,⁽²⁾ y del otro atiende a varios trabajos de Foucault, algunos anteriores y en su mayoría publicados con posterioridad, de modo que no es inclusiva de buena parte de su producción intelectual.

Una última advertencia. A lo largo y al final de este trabajo doy cuenta de algunas conclusiones. No constituyen más que el resultado de una lectura naturalmente ejecutada con cierta reflexión. Tengo clara conciencia de que, por las razones señaladas más arriba, tales conclusiones carecen de una fundamentación suficiente, están en el plano de la opinión y, por tanto, son provisionales. Trátase en definitiva de presunciones y aún conjeturas, pero no pude resistir la tentación de transmitir las.

I | Althusser

Althusser tiene en la mira el desarrollo de la teoría marxista del Estado, en ese marco especifica primeramente que el Estado, como la existencia del

(2) Ver ALTHUSSER, LOUIS, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*. Freud y Lacan, 1ra. ed., Colección Teoría e Investigación en las Ciencias del Hombre. Dirigida por Jorge Sazbón, Bs. As., Nueva Visión, 1988.

mismo dentro de su aparato, sólo tiene sentido en función de su poder porque toda la lucha política de clases gira alrededor del Estado, más concretamente alrededor de la posesión de ese poder, es decir, de la toma y la conservación del poder de Estado por cierta clase o por una alianza de clases o de fracciones de clases. Sobre esta base distingue el poder de Estado y el aparato de Estado, pero soslaya toda definición de ese poder y se pronuncia acerca del mismo sólo en cuanto es objetivo de esa lucha política de clases; parece entonces que el poder de Estado consistiría en “conservación del poder de Estado o toma del poder de Estado”.⁽³⁾

A partir del pensamiento de Gramsci, en su teoría del Estado Althusser distingue: 1) el Aparato de Estado que funciona principalmente con la violencia y secundariamente con la ideología (razón porque pasa a llamarlo aparato represivo de estado: ARE), bajo la unidad de mando de la política de la clase dominante aplicada por los representantes de la última que tienen el poder del Estado, y 2) los aparatos ideológicos de Estado (AIE), realidades que se manifiestan junto al ARE y funcionan de suerte inversa, vale decir con predominio de la ideología sobre la violencia.⁽⁴⁾

Althusser estima que la unidad de acción del ARE está asegurada con su organización centralizada bajo la dirección de los representantes de la clase dominante que aplican la política de esta última, en el sentido de que no es tan sencilla esa unidad en el caso de los distintos AIE, ni su “armonía” con el ARE, a pesar de que el último tiende a garantizar, con la represión, las condiciones políticas de actuación de aquéllos, en la medida que los AIE son lugar y objeto de una lucha de clases que los desborda.

Esa unidad y tal armonía estarían, fundamentalmente, aseguradas por la ideología dominante, aunque frecuentemente de manera contradictoria pues, por razón de su multiplicidad, diversidad y “relativa autonomía”, los AIE serían susceptibles de ofrecer ese campo objetivo a contradicciones

(3) ALTHUSSER, LOUIS, *ibid.*

(4) Este doble funcionamiento del poder del Estado estaría impuesto por la realidad, en la medida que ninguna clase puede tener en sus manos el poder del Estado en forma duradera sin ejercer, al mismo tiempo, su hegemonía sobre y en los AIE, y se concretaría merced a un constante tejido de sutiles combinaciones explícitas o tácitas entre las acciones del ARE y los AIE. Parece entonces que, a juicio de Althusser, del ejercicio del poder del Estado participarían en mayor o menor medida las instituciones que forman parte del ARE como aquéllas integrantes de los AIE.

que, limitada o extremadamente según los casos, expresarían los efectos de los choques entre las lucha de clases capitalista y proletaria, como sus formas subordinadas. En esta idea parece estar necesariamente implícita la inestabilidad de las relaciones de fuerza en el campo de referencia.

En la obra de Althusser está clara entonces la participación en el ejercicio del poder, de múltiples, diversas y relativamente autónomas instituciones, y de ella puede colegirse, sin mayor esfuerzo, que la acción de tales instituciones se verifica en un campo caracterizado por la inestabilidad de las relaciones de fuerza. También está claro que el ejercicio del poder no tiene efectos puramente negativos, bien que su efecto positivo se traduce generalmente en el éxito de la interpelación ideológica porque, en definitiva, los sujetos "marchan solos".

Efectivamente, más allá de que los elementos del ARE se valen de la ideología para proponer determinados "valores", los elementos de los distintos AIE suelen utilizar una represión muy atenuada, disimulada, simbólica. La escuela (como la iglesia o la familia), para inculcar la ideología dominante o habilidades recubiertas de la misma y así proveer a cada uno la ideología conveniente para su rol social, se vale también de un poder disciplinario en la medida que "adiestra" con métodos inclusivos de sanciones, exclusiones, selección, etc.

Empero, la reproducción de las relaciones de producción, que hace a la misma existencia del Estado según Althusser, no estaría asegurada por los AIE con esa suerte de coerción principalmente, sino fundamentalmente merced a la ideología, esa representación imaginaria de los individuos de su relación con sus condiciones de existencia (por razón de la ilusión que implica su alusión a la realidad). Esa relación se materializa en actos insertos en prácticas reguladas por rituales que, a su vez, están definidos por el AIE que determina las ideas del individuo concreto para convertirlo en "sujeto".

Esta conversión se verificaría con una interpelación que traduce las dos funciones de toda ideología: el reconocimiento ideológico del individuo como sujeto real, concreto, inconfundible e irremplazable, con una subjetividad supuestamente libre, autor y responsable de sus actos, y el desconocimiento del efecto realmente producido, la constitución del individuo como sujeto en otro sentido: un ser sojuzgado, sometido a una autoridad superior, despojado de toda libertad, salvo la de aceptar libremente su sumisión.

Althusser estima que tal interpelación siempre da resultado positivo porque no se verifica fuera de la ideología, como parece suceder, sino en ella, puesto que uno de sus efectos es la negación práctica de su carácter ideológico, de manera que sólo desde el conocimiento científico (concretamente en las líneas de Spinoza y Marx) puede uno aceptar que está en ese círculo cerrado o afirmar que pudo salir del mismo.⁽⁵⁾

2 | Claroscuro

A partir de una primera, rápida y consiguientemente superficial lectura de la obra de Foucault parece que, con mayor o menor esfuerzo según los casos, pueden colegirse ciertas concordancias entre su pensamiento y las ideas de Althusser. El consenso se verificaría respecto de varios aspectos; por razones de brevedad sólo he de destacar algunos en los párrafos que siguen, aquéllos más relevantes en orden a la comparación que me ocupa.

Ya en 1970, aunque se vale principalmente de una concepción negativa del poder, Foucault reconoce el papel positivo y multiplicador que le asigna más adelante; asimismo, se pronuncia de manera semejante a Althusser respecto de las funciones de los AIE (sin hacer uso de esta terminología), en el caso concreto del sistema de enseñanza.⁽⁶⁾

En algunos artículos posteriores conviene con Althusser en que el ARE no funciona sólo con violencia; la lucha por el poder se concreta en el campo de acción de los que Althusser llama AIE, donde no media ejercicio exclusivo del poder por parte de los gobernantes, y el análisis tradicional de los aparatos de Estado no agota el campo de ejercicio y funcionamiento del poder.⁽⁷⁾

(5) Y porque, en la medida de una eternidad que le atribuye, la ideología "siempre-ya" ha interpelado a los individuos como sujetos y, consiguientemente, los individuos son "siempre-ya" interpelados, de modo que son abstractos respecto de los sujetos que ellos mismos son "siempre-ya", incluso antes de nacer, pues están destinados a ser sujetos en una familia ya configurada ideológicamente. Se concreta así una sujeción y preasignación ideológica.

(6) FOUCAULT, MICHEL, *El orden del discurso*, Barcelona, Fábula Tusquets, 2002, pp. 38, 45 y 46.

(7) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1992, pp. 54, 74, 85, 90, 101 y ss.

Más adelante advierte que los mecanismos represivos no se ciñen a la sanción, tienen por principal misión el sostén de los efectos positivos que generan, a partir de un principio al que recurren múltiples instituciones: ARE y AIE en términos de Althusser, y hacen marchar un poder relacional que se sostiene por sus propios mecanismos, sin recurrir excesivamente a la fuerza.⁽⁸⁾

Este principio, aplicado en escuelas, hospitales, etc. penetró en las familias con la escolarización y es apto para integrarse a toda función (policial, penitenciaria, administrativa, terapéutica y aún instancias preexistentes que la usan para reforzar y reorganizar sus mecanismos internos de poder (como las relaciones intrafamiliares) y para difundirse en el cuerpo social como una función generalizada para la economía y la eficacia de las fuerzas sociales.⁽⁹⁾

Así, se constituye un dispositivo funcional que mejora el ejercicio del poder volviéndolo más rápido y eficaz, diseñando coerciones sutiles que tienen un rol positivo: fabricar individuos útiles; aunque formalmente está en el ARE, se comunica con esa red de diferentes instituciones que alcanza las dimensiones del Estado.⁽¹⁰⁾

.....

(8) FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, Bs. As., Siglo XXI, 2005, pp. 30/32, 182, 184 y 213.

(9) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., pp. 141, 161, 188 y ss, 209 y ss; FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., p. 191; FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo*, La Plata, Altamira, 1993, p. 222.

(10) Ver FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., pp. 212 y ss.; FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo*, op. cit., pp. 42 y 227. En razón de ese principio, las instituciones tienden a sobrepasar el sistema propio y asumen fácilmente una dimensión estatal dentro de algunos aparatos, de manera que las grandes regulaciones globales están a nivel estatal y debajo del mismo, mezcladas con instituciones subestatales atendiendo a la ligazón del crecimiento del poder con el rendimiento de los aparatos (pedagógico, médico, industrial, militar) dentro de los que se ejerce para responder a una coyuntura histórica: el gran impulso demográfico y el crecimiento del aparato de producción (FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, pp. 201, 202; FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., p. 221; FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la Sexualidad. Vol.1. La voluntad del saber*, Bs. As., Siglo XXI, 2002, p. 171).

De ahí que a escuela y familia, constitutivas de una red de placeres-poderes articulada en puntos múltiples con relaciones transformables, se aplica ese principio cuando se quiere asignar un papel regulador al único tipo de sexualidad susceptible de reproducir la fuerza de trabajo y la forma de la familia. Un principio aplicado a instituciones susceptibles de asumir una dimensión estatal en cuyo campo, el propio de los AIE en la terminología de Althusser, media la inestabilidad de fuerzas que señala el último y así devino en una suerte de bio-

En síntesis, el ARE no funciona sólo con la violencia; del ejercicio del poder participan tanto el ARE como diversas y relativamente autónomas instituciones, en un campo que se caracteriza por la inestabilidad. Entre tales instituciones y el ARE media una red de combinaciones que se teje constantemente y comunica a unas y otro para asegurar cierta unidad de acción. El efecto positivo de su ejercicio se manifiesta más claramente en la acción de esas instituciones; los sujetos no son, se “fabrican” y “marchan solos” por aplicación de ese principio sin recurrir, por lo menos excesivamente, a la fuerza.

No puede, empero, colegirse que Foucault haya seguido la línea marcada por Althusser, tan sólo porque prácticamente no menciona a Althusser o a cualquiera de sus trabajos y porque la negativa está implícita en un texto de Foucault, en que admite haber usado una concepción puramente negativa del poder hasta su experiencia en las prisiones, entre 1971 y 1972,⁽¹¹⁾ o porque una lectura tan rápida y superficial no basta para colegir tal presunción.

Principalmente, no puede colegirse tal afirmación, porque, a poco de detener la lectura en cada texto y concretar una mínima reflexión, queda en evidencia que no media un real consenso acerca de los puntos antedichos, que las concordancias son aparentes y, en rigor de verdad, se trata de discordancias, de manera que no hay acuerdo, sino contradicción respecto del principio de funcionamiento de los llamados AIE: la ideología para Althusser, la disciplina para Foucault.

En efecto, más allá de que, a juicio de Foucault, la inestabilidad del campo de acción de los AIE obedece a múltiples relaciones de poder que existen en la base y no atiende sólo a la lucha de clases, la disciplina —no la ideología— es el modo principal, sino único, de participación de los AIE en el poder. La red que comunica ARE con AIE y asegura cierta unidad de acción, no es resultado de la ideología sino de la disciplina, y, esta última —no la interpelación ideológica— convierte en sujetos a los individuos que, además, no marchan solos por razón de la ideología sino del poder disciplinario que, con sostén en sus propios mecanismos y sin recurso mayor a la fuerza, hace marchar el respectivo poder relacional.

.....
poder indispensable para el desarrollo del capitalismo (FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, pp. 60 a 62, 112 a 114 y 170).

(11) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., p. 157.

3 | Contrapunto

A esta altura, además de preguntarme por la clave para descifrar tal clarooscuro (en tanto las discordancias se plantean precisamente en los puntos de concordancia), me asalta la tentación de suponer que Althusser es el principal interlocutor de Foucault, bien que en las sombras puesto que no lo cita ni a sus obras. Y me parece que la sospecha se confirma al llevar adelante la lectura y encontrar otros puntos de contradicción pues, por razón de su entidad y tenor, puede inferirse que Foucault se dirige y enfrenta a Althusser.

Así, admite haberse ahorrado una teoría del Estado, no porque sus análisis excluyan la presencia y los efectos de los mecanismos estatales, pues siempre hizo referencia a la estatización progresiva, fragmentada pero continua de prácticas o gubernamentalidades en cuyo centro está el problema de la estatización, sino porque no analizó en sí y por sí la naturaleza del Estado, ni trató de deducirla de esas prácticas, lo cual debe evitarse porque, amén de que la historia no es una ciencia deductiva, el Estado no tiene esencia, no es en sí mismo fuente autónoma de poder, sólo es efecto móvil de un régimen de gubernamentalidades múltiples.⁽¹²⁾

Además afirma: el poder no es nunca lo que alguien tiene ni lo que emana de alguien, no pertenece a una persona o a un grupo,⁽¹³⁾ porque se ejerce más que de lo que se posee, de modo que no es privilegio de la clase dominante, sino efecto de sus posiciones estratégicas que manifiesta y

(12) FOUCAULT, MICHEL, *Nacimiento de la biopolítica*, Bs. As., FCE, 2007, p. 95. Poco más adelante, después de recordar que se atribuye a Marx la omisión de un análisis del poder, y desde la perspectiva marxista se afirma que la teoría del Estado es insuficiente y es hora de hacerla, Foucault se pregunta si es importante contar con tal teoría, subrayando que los ingleses se gobernaron pasablemente bien sin contar con esa teoría; tuvieron la última en Hobbes, que apoyaba una monarquía de la que se desembarazaron, después vino Locke que no hizo una teoría del Estado sino del gobierno; y acota que lo que le falta al marxismo, en realidad, es una razón gubernamental (FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 116).

En otro texto insiste en su noción de Estado; después de anotar que no puede hablarse del Estado como si fuera un ser que se desarrolla a partir de sí mismo y se impone a individuos por una mecánica espontánea, afirma que el Estado "... es una práctica, no puede disociarse del conjunto de las prácticas que hicieron en concreto que llegara a ser una manera de gobernar, una manera de hacer, una manera de relacionarse con el gobierno ..." (FOUCAULT, MICHEL, *Seguridad, territorio, población*, Bs. As., FCE, 2006, p. 324).

(13) FOUCAULT, MICHEL, *El poder psiquiátrico*, Bs. As., FCE, 2007, p. 19.

a veces acompaña la posición de los dominados⁽¹⁴⁾ y, más allá de que la remisión a un poder que representa intereses de clase no explica la complejidad de sus mecanismos,⁽¹⁵⁾ no se trata de aparato de Estado o clase en el poder, sino del conjunto de pequeños poderes e instituciones situados en un nivel más bajo.⁽¹⁶⁾

Asimismo, el poder no tiene la sola función de reproducir las relaciones de producción;⁽¹⁷⁾ es relación de fuerza y no mantenimiento o reproducción de relaciones económicas, de modo que hay que dirigirse a la dominación y sus dispositivos de estrategia.⁽¹⁸⁾ No se superpone a las relaciones de producción, sino que está arraigado en aquello que las constituye,⁽¹⁹⁾ los mecanismos de poder son parte intrínseca de tales relaciones, de manera circular son su efecto y su causa.⁽²⁰⁾

De ahí que le parece un error, tanto metodológico como histórico, considerar que el poder es esencialmente un mecanismo negativo de represión, con la función principal de proteger, conservar o reproducir relaciones de producción, o que se sitúa en un nivel superestructural respecto del juego de las fuerzas, o que está esencialmente ligado a efectos de desconocimiento; concepción construida a partir de modelos históricos superados e inadecuada para la realidad contemporánea.⁽²¹⁾

(14) FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., pp. 33, 182.

(15) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., p. 160.

(16) FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995, p. 139.

(17) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., pp. 121 y ss.

(18) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, pp. 138 y ss.

(19) FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, op. cit., p. 140.

(20) Ver FOUCAULT, MICHEL, *Seguridad, territorio, población*, op. cit., p. 16. El análisis del poder no puede hacerse entonces a partir de la economía, donde el poder político encontraría la razón de su existencia, en cuanto subyace el siguiente problema: el poder siempre sería secundario respecto de la economía, que lo dirigiría y estaría exclusivamente destinado a hacerla funcionar, solidificarla y mantenerla, reproducir las relaciones esenciales para su funcionamiento; y de otra parte, el poder estaría modelado según una mercancía, o sea algo que se posee, se adquiere, se cede por contrato o por la fuerza; de ahí que, aunque las relaciones de poder están profundamente imbricadas en y con las relaciones económicas, se necesitan instrumentos distintos para analizarlos (FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., pp. 136 y ss.).

(21) FOUCAULT, MICHEL, *Los anormales*, Bs. As., FCE, 2007, p. 57.

Además, dice haber descuidado el aparato de Estado porque el poder no se localiza en él, sus mecanismos funcionan fuera de ese aparato, debajo, a su lado, de manera que la captación del poder en su complejidad y sus detalles no se compadece con un esquematismo tal que soslaye esos mecanismos que, aunque no pasan directamente por el aparato de Estado, lo afianzan, reconducen y dan mayor eficacia.⁽²²⁾

Es que la noción de aparato de Estado es demasiado amplia y abstracta para explicar la microfísica del poder.⁽²³⁾ La cuestión se simplifica cuando se plantea en términos de legislación o aparato de Estado, el poder es más complicado que una u otro.⁽²⁴⁾ No se trata de la microfísica del gobierno posfeudal, sino de la microfísica del actual poder disciplinario, modalidad que, en un plano metodológico, implica dejar de lado los problemas del Estado y los aparatos del Estado, como de la noción psicosociológica de autoridad.⁽²⁵⁾

A la par, advierte que con la genealogía del alma moderna, más que restos reactivados de una ideología, se reconocería el correlato de una tecnología, el alma no sería ilusión ni efecto ideológico sino producto de ella; el pensamiento de los ideólogos no fue sólo una teoría del individuo y la sociedad, se desarrolló en esa tecnología, de modo que no es a nivel de conciencia, representaciones y lo que se cree saber que se realiza la actuación política. El individuo es átomo ficticio de una representación ideológica de la sociedad, pero también realidad fabricada por esa tecnología.⁽²⁶⁾

Y afirma que no se trata de una cuestión de soberanía y obediencia, sino de dominación y sometimiento. El individuo no es el núcleo elemental o la materia sobre la que se aplicaría o contra la que golpearía el poder: en la práctica, lo que hace que cuerpo, gestos, discursos y deseos sean identificados y constituidos como individuos es uno de los primeros efectos del

(22) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., pp. 110, 121 y ss.

(23) FOUCAULT, MICHEL, *El poder psiquiátrico*, op. cit., p. 33.

(24) FOUCAULT, MICHEL, "El ojo del poder", en J. Bentham, *El panóptico*, Bs. As., La Piqueta, 1980.

(25) FOUCAULT, MICHEL, *El poder psiquiátrico*, op. cit., pp. 44 y 60.

(26) FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., pp. 36, 107, 190 y 198.

poder y, en esa medida, elemento de conexión y vehículo del poder que circula a través del individuo que ha constituido.⁽²⁷⁾

Parece que punto por punto, en cada uno de estos textos —seleccionados entre otros extraídos de distintas obras de Foucault a solo título de ejemplo— Foucault se dirige a Althusser para formular una negativa crítica a su teoría del Estado, prácticamente, en la totalidad de sus fundamentos.

4 | Enfoque

A partir de las contradicciones que acabo de señalar —y pueden colegirse sin esfuerzo de los textos antedichos, entre otros que considero a continuación— resulta posible establecer las razones del consiguiente contrapunto pues, de un lado, parece evidente que la oposición implícita en tales textos tiene raíz metodológica.

Es que, como anota Foucault, las leyes, los aparatos de Estado, las instituciones son inútiles como datos iniciales en tanto son formas terminales del poder; debe atenderse a las relaciones de fuerza propias del dominio en que se ejercen y constituyen su organización, su dinámica y estrategias que las tornan efectivas al tomar forma en aparatos estatales, leyes, hegemonías sociales,⁽²⁸⁾ en otras palabras: "... antes de vérselas con las instituciones hay que ocuparse de las relaciones de fuerza en esas disposiciones tácticas que atraviesan las instituciones ...".⁽²⁹⁾

Y apunta que el poder no pasa por un punto central del que irradiarían formas derivadas, sino por sus pedestales: las relaciones de fuerza que sin cesar inducen estados de poder, siempre locales e inestables, cuya omnipresencia no implica reagrupamiento, pues se produce a cada instante en toda relación de un punto con otro; está en todas partes porque viene de todas partes. En definitiva, el poder no es una institución, una estructura,

(27) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., pp. 143 y ss.

(28) FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la Sexualidad. Vol.1. La voluntad del saber*, op. cit., p. 112.

(29) FOUCAULT, MICHEL, *El poder psiquiátrico*, op. cit., p. 32..

ni cierta potencia: "... es el nombre que se presta a una situación estratégica compleja en una sociedad dada ...".⁽³⁰⁾

En consecuencia, aconseja que el método de análisis guarde precauciones varias: en vez de dirigir la investigación sobre el poder a soberanía, aparatos de Estado y las ideologías que conllevan, orientarlo a sus elementos fundamentales: las relaciones de dominación y sus operadores, las formas de sometimiento, las conexiones y utilizaciones de sistemas locales de sometimiento, dispositivos de estrategia.⁽³¹⁾

Sin perjuicio de que el poder, en cuanto es fundamentalmente relación de fuerza, bien puede ser analizado en términos de lucha,⁽³²⁾ Foucault encuentra dos hipótesis compactas: 1) los mecanismos del poder serían la represión, hipótesis de lucha; 2) la base de las relaciones de poder sería el enfrentamiento belicoso de la fuerza, hipótesis de Nietzsche. Esas dos hipótesis no son inconciliables, en cuanto la represión podría ser consecuencia política de la guerra.⁽³³⁾

(30) De ahí que, en otro sitio, define la política como una estrategia más o menos global que intenta coordinar y dar un sentido a las relaciones de fuerza existentes en la sociedad (FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., pp. 162; FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la Sexualidad. Vol.1. La voluntad del saber*, op. cit., p. 114).

(31) FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., pp. 151 y ss.

(32) La guerra continuada por otros medios, según agrega con esta explicación: las relaciones de poder, tal como funcionan, se instauraron bajo una determinada relación de fuerza en un momento determinado de la guerra; el poder político hace cesar la guerra, pero con la paz no suspende los efectos de aquella, sino reinscribe esa relación de fuerza con una especie de guerra silenciosa en el lenguaje, las instituciones, desigualdades económicas, cuerpos de unos y otros, por manera que la política sería corroboración y mantenimiento de fuerzas que se manifiestan en la guerra, pero también en el interior de esa paz civil, en consecuencia la lucha política, los enfrentamientos por el poder, con el poder y del poder son una continuación de la guerra.

(33) Ver FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., pp. 138 y ss; FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo*, op. cit., pp. 41/44. Así, al viejo sistema de análisis, que se articula en torno al poder como derecho originario que se cede para constituir la soberanía y al contrato como matriz de poder político, un poder que se arriesga a utilizar la opresión cuando sobrepasa los límites del pacto, vale decir un esquema de tipo jurídico a partir de la oposición legítimo-ilegítimo o contrato-opresión, contraponen un nuevo sistema, a partir de otro esquema, con la oposición lucha-sumisión o bien guerra-represión; una represión no es lo que era la opresión frente al contrato, o sea un abuso, sino el simple efecto y continuación de una relación de dominación, la puesta en práctica de una perpetua relación de fuerza.

Agrega que tampoco debe partirse de los sujetos, pues no son elementos preeliminarios de la relación de poder, sino de esta misma relación en tanto fabrica sujetos; hace emerger múltiples y diferentes relaciones de dominación y las deja funcionar en su especificidad y reversibilidad, para poner en evidencia la dinámica de sus operadores, como en el claro ejemplo de los aparatos de enseñanza, cuyo funcionamiento sólo es inteligible a partir de una estrategia inclusiva de una multiplicidad de sujeciones.⁽³⁴⁾

Y explica que el poder se ejerce a partir de puntos innumerables, en el juego de relaciones móviles y no igualitarias, inmanentes a otros procesos, puesto que “viene de abajo”, de las relaciones de fuerza que actúan en aparatos, familias y grupos.⁽³⁵⁾

De ahí su proyecto de “invertir el análisis” para hacer valer el hecho secreto de la dominación,⁽³⁶⁾ dejando de lado las otras direcciones desde las que pueden analizarse los efectos de poder de un discurso (la ideología que lo anima y los aparatos que lo sostienen) para aplicarse a la tecnología que utiliza, técnica que es condición de funcionamiento y eficacia de los aparatos, tiene por dispositivo tipo a la organización disciplinaria y termina en algo que puede denominarse normalización.⁽³⁷⁾

En definitiva, más allá de la probable identificación del interlocutor tácito con la persona de Althusser, los textos que acabo de reseñar confirman la hipótesis arriba señalada, en cuanto autorizan a colegir que buena parte de las contradicciones implicadas⁽³⁸⁾ tiene raíz metodológica: el diverso,

(34) Ver FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, pp. 42 y ss. En esa línea afirma que, entre cada punto del cuerpo social, pasan relaciones de poder que no son la proyección pura y simple del gran poder del soberano sobre los individuos, sino el suelo movedizo y concreto sobre el que se incardina el poder; para que el Estado funcione como lo hace, es necesario que haya de hombre a mujer, de adulto a niño, de maestro a aprendiz, relaciones de dominación específicas que tienen su configuración propia y su relativa autonomía (FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., p. 160).

(35) FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la Sexualidad. Vol.1. La voluntad del saber*, op. cit., pp. 114 y ss.

(36) FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., p. 143.

(37) FOUCAULT, MICHEL, *Los anormales*, pp. 27, 56.

(38) De las cuales debería paradójicamente excluirse la definición de poder. En efecto, a juicio de Althusser, el poder de Estado sería “conservación del poder de Estado o toma del poder de Estado”; y Foucault, que también define el poder como “una situación estratégica

por inverso, enfoque de Foucault con relación al esquema de análisis de Althusser.⁽³⁹⁾ Pero no se trata sólo del método.

5 | Soslayo

En efecto, al advertir que el problema del poder no debe plantearse en términos de soberanía o aparato de Estado, con reenvío al sujeto constituyente, lo económico y, en última instancia, al juego de las superestructuras y las infraestructuras y a la ideología, Foucault sugiere desechar al constituyente y dar cuenta de la constitución del sujeto en la trama histórica, y usar con precaución la noción de ideología, lo que resulta difícil porque siempre se refiere a algo como a un sujeto, está en oposición virtual a algo que sería la verdad⁽⁴⁰⁾ y subordinada a algo que debe ser su infraestructura o determinante económico, material, etc.⁽⁴¹⁾

También estima que no admite llanamente el análisis tradicional del marxismo en cuanto supone que el sistema capitalista se limita a transformar

.....
compleja en una sociedad dada" (FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la Sexualidad. Vol.1. La voluntad del saber*, op. cit., p. 114), en otro texto aclara que su análisis de los mecanismos de poder puede consistir en el bosquejo de una teoría del poder, con la condición de que se lo considere como un conjunto de mecanismos y procedimientos que tiende a asegurar el poder (FOUCAULT, MICHEL, *Seguridad, territorio, población*, op. cit., p. 16).

(39) FOUCAULT admite que es una cuestión de método, en cuanto aplicó el mismo punto de vista de sus estudios anteriores, para extraer las relaciones de poder de la institución y analizarlas desde las perspectivas de las tecnologías; como para sacarlas de la función y retomarlas en un análisis estratégico; y, por último, para liberarlas del privilegio del objeto y resituirlas desde la perspectiva de la constitución de los campos, dominios y objetos de saber (FOUCAULT, MICHEL, *Seguridad, territorio, población*, op. cit., p. 143).

Y trató de poner a prueba una grilla, válida para analizar el modo de encauzar las conductas de locos, enfermos, delincuentes o niños, en el caso de las relaciones de poder de una escala mayor, y así determinar en qué medida el análisis de los macropoderes no está por definición limitado a un ámbito preciso que se defina por un sector de la escala, pero debe considerarse un mero punto de vista, un método de desciframiento válido para toda la escala, cualquiera sea su magnitud; en otras palabras, que el análisis de los macropoderes no es una cuestión de escala ni de sector, es una cuestión de punto de vista (FOUCAULT, MICHEL, *Nacimiento de la biopolítica*, op. cit., p. 218).

(40) Cuando el problema no finca en hacer la participación entre lo que, en un discurso, evidencia la cientificidad y la verdad y lo que evidencia otra cosa, sino ver históricamente como se producen los efectos de verdad en el interior de los discursos que no son en sí mismos ni verdaderos ni falsos.

.....
(41) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., p. 184.

el trabajo, que sería la esencia concreta del hombre⁽⁴²⁾, en plus-ganancia; el sistema penetra más hondo; para que haya plus-ganancia debe haber un sub-poder capaz de fijar al hombre al aparato de producción, un sub-poder que generó varios saberes de los que surgieron las ciencias humanas. Por tanto, la descripción de la plus-ganancia implica el cuestionamiento del sub-poder y las ciencias humanas, en el sentido de que éstas no pueden colocarse al nivel de una ideología que es mero reflejo y expresión en la conciencia de las relaciones de producción.⁽⁴³⁾

Tales saberes y poderes están por encima de dichas relaciones, no las expresan ni permiten reconducirlas; están arraigados en la existencia de los hombres como en las relaciones de producción, cuya existencia no depende sólo de ciertas determinaciones económicas, sino además de la existencia de esas relaciones de poder y esas formas de saber; poder y saber que están sólidamente enraizados no se superponen a las relaciones de producción, pero están mucho más arraigados en aquello que las constituye; así, agrega Foucault, "... llegamos a la conclusión de que la llamada ideología debe ser revisada ...".⁽⁴⁴⁾

Más aún, estima que una adecuada analítica del poder exige apartarse de la perspectiva marxista, en tanto estudia los efectos del poder a nivel de la ideología, puesto que la última supone un sujeto con una conciencia en que el poder se ampara⁽⁴⁵⁾ de modo que el primer paso del análisis debe ser desembarazarse de esa noción tan importante para cierta concepción del marxismo.⁽⁴⁶⁾

(42) A cuyo respecto anota que el trabajo no es en absoluto la esencia concreta del hombre o la existencia del hombre en su forma concreta. Para que los hombres sean efectivamente colocados en el trabajo y ligados a él es necesaria una operación o una serie de operaciones complejas por las que los hombres se encuentran realmente, no de una manera analítica sino sintética, vinculados al aparato de producción para el que trabajan. Para que la esencia del hombre pueda representarse como trabajo se necesita la operación o la síntesis operada por un poder político.

(43) FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, op. cit., p. 138.

(44) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 140.

(45) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., pp. 103 y ss.

(46) En la medida que "... expone siempre, como fundamento de análisis la idea de que las relaciones de fuerza, las condiciones económicas, las relaciones sociales, les son dadas previamente a los individuos, aunque al mismo tiempo se imponen a un sujeto de conocimiento que permanece idéntico, salvo en relación con las ideologías tomadas como errores ...".

Es que, según anota, se presenta a la ideología como elemento negativo a través del cual se traduce el hecho de que la relación del sujeto con la verdad, o la relación de conocimiento, es velada por las condiciones de existencia, por relaciones sociales o formas políticas impuestas desde el exterior al sujeto de conocimiento; la ideología sería la marca de tales relaciones aplicada a un sujeto de conocimiento que, por derecho, debería estar abierto a la verdad.

Pero resulta que esas condiciones no constituyen tal obstáculo, son justamente aquello a través de lo cual se forman los sujetos de conocimiento y, en consecuencia, las relaciones de verdad; sólo puede haber ciertos tipos de sujetos de conocimiento, órdenes de verdad y dominios de saber, a partir de condiciones políticas, que son como el suelo en que se forman el sujeto, los dominios de saber y las relaciones con la verdad.⁽⁴⁷⁾

Precisamente porque no se trata del sujeto sino de cómo se fabrican sujetos, emergen relaciones de dominación y funcionan a partir de relaciones efectivas de sujeción,⁽⁴⁸⁾ y porque es menester dar cuenta de la constitución del sujeto en la trama histórica,⁽⁴⁹⁾ entiende que el análisis no debe llevarse adelante a partir de tipos de conciencia, modalidades de percepción o formas de ideologías, sino de tácticas y estrategias de poder.⁽⁵⁰⁾

Por tanto, no hay que encerrarse en una ideología, como la de la soberanía, “el gran fantasma” que supone un cuerpo social formado por la universalidad de las voluntades cuando no es el consenso sino la materialidad del poder sobre los cuerpos que hace aparecer ese cuerpo social,⁽⁵¹⁾ pues las relaciones de poder penetran en los cuerpos sin necesidad de ser sustituidas por la representación de los sujetos, de modo que la reducción del problema a la soberanía descalifica el análisis por el obstáculo de la representación.⁽⁵²⁾

(47) FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, op. cit., p. 32.

(48) FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo*, op. cit., pp. 41/42.

(49) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., p. 138.

(50) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 126.

(51) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, pp. 101 y ss.

(52) Ver FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, pp. 159 y ss. Sin perjuicio de que tal teoría también debe criticarse en cuanto implica una doble subjetivación: de un lado, el gran sujeto (imaginario

A partir de estos textos puede también presumirse que Foucault se dirige a Althusser para criticar su teoría del Estado y que su implícita oposición no tiene sólo raíz metodológica en razón del inverso esquema de análisis que propone, sino además porque soslaya un elemento con decisiva función en el esquema de Althusser: la ideología.

En otras palabras, a la inversa de Althusser, Foucault enfoca el poder desde abajo, y aparentemente deja a la ideología fuera de su esquema de análisis, o bien en una zona de sombra, por razón de su respectiva ineficacia.

Ello no quiere decir que Foucault se haya desentendido de la ideología, pero antes de tratar este punto resulta conveniente considerar el pensamiento de Foucault acerca de una cuestión sumamente relevante sobre el particular, como es la articulación entre el poder y el saber.

6 | Entrevero

Ya al considerar el estatus epistemológico del saber,⁽⁵³⁾ Foucault da cuenta de su íntima relación con el poder, pues afirma que el saber se define por

.....
o real, padre, rey o voluntad general) que ejerce el poder y articula la prohibición; del otro quien sufre el poder, al cual se tiende a subjetivar en el punto que asiente al poder; un montaje construido por los juristas y vigente aún en el análisis del poder; debe partirse entonces de las relaciones de poder en el punto que resultan útiles para ciertas estrategias (FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, pp. 172/174).

(53) La inteligibilidad del pensamiento de Foucault acerca del saber exige precisar el concepto de episteme, ese saber oscuro que no se manifiesta por sí en un discurso, pero cuyas necesidades son iguales que las de las teorías abstractas o las especulaciones sin relación aparente con la realidad, que está presente en una cultura y un momento dados, y que define las condiciones de posibilidad de todo saber, sea que se manifieste en una teoría o que quede silenciosamente investido en una práctica (FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, Bs. As., Siglo XXI, 2002, p. 183).

Como el de discurso: ese conjunto de un número limitado de enunciados en tanto dependen de la misma formación discursiva, para los cuales puede definirse un conjunto de condiciones de existencia, y consecuentemente es histórico. De ahí que la práctica discursiva sea ese conjunto de reglas anónimas, históricas y determinadas en el tiempo y el espacio, que han definido en una época y para un área social, económica, geográfica o lingüística, las condiciones de ejercicio de la función enunciativa (FOUCAULT, MICHEL, *La arqueología del saber*, Bs. As., Siglo XXI, 1970, p. 198).

Ahora bien, ese conjunto de elementos regularmente formados por una práctica discursiva, indispensable para constituir una ciencia, aunque no esté necesariamente destinado a darle lugar, se llama saber. Por tanto, un saber es aquello de lo que se puede hablar en una

las posibilidades de utilización y apropiación que ofrece el discurso, el cual surge como un bien que tiene sus reglas de aparición, pero también sus condiciones de apropiación y de empleo; desde su misma existencia (y no sólo en sus aplicaciones prácticas) plantea la cuestión del poder; se trata de un bien que, por naturaleza, es objeto de una lucha política.⁽⁵⁴⁾

Asimismo, al distinguir la historia de las ciencias de la genealogía de los saberes, apunta que la primera se coloca en el eje conocimiento-verdad, o que va, en todo caso, de la estructura del conocimiento a la exigencia de la verdad; en cambio, la genealogía de los saberes se coloca en un eje del todo diferente, el eje discurso-poder o bien, si se quiere, práctica discursiva-choque de poder.⁽⁵⁵⁾

En otro texto considera la dependencia que media entre poder y saber (el ejercicio del poder crea objetos de saber y el saber conlleva efectos de poder; el poder es fuerte porque produce efectos positivos a nivel del deseo y del saber, de modo que no lo estorba, lo produce; el saber funciona como un poder y reconduce a él sus efectos) y confiesa que cuanto más avanza más le parece que la formación de los discursos y la genealogía del saber no deben analizarse a partir de tipos de conciencia, modos de percepción o formas de ideología, sino de tácticas y estrategias de poder.⁽⁵⁶⁾

No debe entonces llamar la atención que, a partir de ciertos elementos hallados en la obra de Nietzsche,⁽⁵⁷⁾ Foucault proponga llevar adelante

práctica discursiva así especificada: el dominio formado por los objetos que adquirirán o no un estatuto científico, el espacio en el que el sujeto puede tomar posición para hablar de los objetos de que trata en su discurso, el campo de coordinación y subordinación de los enunciados en que los conceptos aparecen, se definen, se aplican y se transforman (FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 306).

(54) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, pp. 204, 306.

(55) FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo*, op. cit., p. 147.

(56) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., pp. 102, 109, 119 y 126.

(57) Que despierta su interés en la medida que contiene un discurso en que se hace el análisis histórico de la formación misma del sujeto, el nacimiento de cierto tipo de saber, sin admitir la preexistencia de un sujeto de conocimiento, puesto que el conocimiento fue inventado, es resultado de la lucha y el compromiso entre los instintos. Por tanto, entre el conocimiento y el instinto no hay continuidad sino una relación arbitraria de poder;

un análisis histórico de la política de la verdad para mostrar que el conocimiento es resultado histórico y puntual de condiciones que no son de su mismo orden, se concreta merced a determinadas relaciones de fuerza y, por tanto, es siempre una relación estratégica en la que el hombre está situado, de modo que cumple su papel sin fundamento en la verdad, siempre es un desconocimiento.⁽⁵⁸⁾

De ahí el problema de la formación de ciertos dominios de saber en orden a nuevos objetos, conceptos o técnicas y formas de sujetos de conocimiento, cuya solución exige excluir la ideología y concretar un análisis histórico de las prácticas judiciales que generaron los modelos de verdad vigentes para la política, el comportamiento cotidiano o la ciencia, en la cual hay modelos de verdad cuya formación es producto de estructuras políticas que no se imponen al sujeto de conocimiento desde afuera, sino que son constitutivas de tal sujeto.⁽⁵⁹⁾

Así se registra la aparición de la indagación: un modo de ejercicio del poder, y de adquisición y transmisión del saber, que pasó a ser el medio para autenticar la verdad, adquirir cosas que serán consideradas verdaderas y transmitir las. Una forma de saber-poder cuyo análisis lleva a un estudio más estricto de las relaciones entre conflictos de conocimiento y determinaciones económico-políticas, y deriva de cierto tipo de relaciones de poder⁽⁶⁰⁾ pero también del pensamiento de los ideólogos, que se desarrolló en esa tecnología.⁽⁶¹⁾

.....

tampoco media adecuación al objeto ni asimilación, sino distanciamiento, dominación; y el conocimiento no exige un abordaje filosófico sino político, pues sólo la comprensión de las relaciones de lucha y de poder que pueden aprehenderse en su raíz permiten comprender en qué consiste.

(58) FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, op. cit., p. 29.

(59) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 33.

(60) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 88.

(61) De manera que no niega la existencia de la ideología sino su vigencia, como en este otro texto: "... es muy posible que las grandes máquinas de poder hubieran estado en compañía de producciones ideológicas (...) pero en el fondo no creo que lo que se formen sean ideologías, es mucho menos y mucho más. Son instrumentos efectivos de formación y acumulación del saber (...) que no son construcciones ideológicas ..." (FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., p. 149).

En definitiva, a partir del entrevero del poder y el saber se forman esos instrumentos efectivos de formación y acumulación del saber, métodos de observación, técnicas de registro, procedimiento de indagación y pesquisa, aparatos de verificación, que integran el poder disciplinario, cuya constitución significa "... que el poder, cuando se ejerce por estos mecanismos sutiles, no puede hacerlo sin formar, organizar y poner en circulación un saber, o mejor unos aparatos de saber que no son construcciones ideológicas ...".⁽⁶²⁾

7 | Elisión

En cuanto el ejercicio del poder crea objetos de un saber que depende del poder porque éste produce saber, tampoco puede sorprender la preocupación de Foucault por los procesos de control, selección y redistribución en la producción del discurso,⁽⁶³⁾ habida cuenta además de que el discurso es "... el poder del que uno quiere adueñarse ..."; por esa voluntad de verdad, con una base y una distribución institucional, que ejerce sobre los otros discursos una especie de presión y de poder de coacción, de modo que "... no se está en la verdad ..." más que obedeciendo las reglas de esa policía discursiva.⁽⁶⁴⁾

Como en relación a la vinculación de las doctrinas religiosas, políticas o filosóficas, la adecuación social del discurso, los rituales del habla y las sociedades de discursos, que aseguran la distribución de los sujetos que hablan en los diferentes tipos de discursos y la adecuación de los discursos a ciertas categorías de sujetos, procedimientos de sumisión que, en definitiva, se traducen en una elisión de la realidad del discurso.⁽⁶⁵⁾

.....

(62) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 150.

(63) Ni su parejo interés por la aparición de las universidades de tipo napoleónico que, en orden a la selección de saberes, pasan a ejercer un monopolio, de hecho y de derecho, según el cual un saber no ha nacido si no se formó dentro del campo institucional constituido por la universidad y los organismos oficiales de investigación, y que fue de la mano con un cambio en la forma de dogmatismo, en tanto se cambió el discernimiento ortodoxo entre enunciados conformes o no a cierta verdad por un control que ya no se ocupa del contenido de los enunciados sino más bien de la regularidad de las enunciaciones: "... El problema será, entonces, el de saber quién ha hablado, si está calificado para hacerlo, en qué niveles se sitúa el enunciado, en qué totalidad se lo puede inscribir, en qué y cuánto se adecua a otras formas y otras tipologías del saber ..." (FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo*, op. cit., pp. 150).

(64) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, pp. 14 y ss.

(65) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, pp. 43 y 47.

De ahí su intención de mostrar cómo una serie de prácticas coordinadas en un régimen de verdad pudo hacer que lo que no existía se convirtiera en algo que, no obstante, siguió sin existir; no cómo pudo nacer un error o la ilusión, sino cómo cierto régimen de verdad, y no un error, hizo que algo inexistente se convirtiese en algo que no es una ilusión porque ha sido establecido y así marcado en lo real por un conjunto de prácticas reales; el acoplamiento de una serie de prácticas-régimen de verdad forma un dispositivo de saber-poder que inscribe lo inexistente en lo real y así lo somete legítimamente a la división de lo verdadero y lo falso.⁽⁶⁶⁾

De ahí también que se haya ocupado de una historia de la verdad, en rigor de una de las dos historias de la verdad, pues no atiende a su historia interna, que se corrige a partir de sus propios principios de regulación, como se hace en o a partir de la historia de las ciencias, sino a una historia externa de la verdad, que se forma en otros sitios de la sociedad, donde se definen ciertas reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto y tipos de saber.⁽⁶⁷⁾

Y que tales razones lo llevaran a analizar el sistema de exclusión para señalar, entre otras cosas, cómo se hizo, repitió, prorrogó y desplazó "... esa elección de la verdad en cuyo interior estamos prendidos pero que renovamos sin cesar ...", cómo el discurso eficaz, pero cargado de poderes y peligros se ordenó hacia una separación entre discurso verdadero y falso.⁽⁶⁸⁾

Es que, anota Foucault, el saber transmitido adopta siempre una forma positiva, mas funciona realmente con un juego de represión y de exclusión, impone cierto tipo de saber, oculto bajo el aspecto desinteresado y objetivo del conocimiento. Existen circuitos reservados de saber que sólo dejan percibir lo que se ha convertido en inteligible porque ha sido extraído del pasado para hacer inteligible el resto, excluyendo así del saber el suceso y el poder, de modo que aquél, en lo que tiene de peligroso,

(66) FOUCAULT, MICHEL, *Nacimiento de la biopolítica*, op. cit., p. 36. Y acota que lo inexistente como real, como elemento de un régimen legítimo de verdad y falsedad marca el nacimiento de la bipolaridad disimétrica de política y economía, que no son cosas que existen ni errores, ni ilusiones; sin embargo, están inscriptas en lo real, y corresponden a un régimen de verdad que divide lo verdadero de lo falso.

(67) FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, op. cit., p. 17.

(68) FOUCAULT, MICHEL, *El orden del discurso*, op. cit., pp. 59 y ss.

queda sometido y disuelto en la continuidad de un poder de clase que no se nombra.⁽⁶⁹⁾

En tal sentido denuncia el concurso del humanismo, conjunto de discursos que dice al hombre: "... si bien tú no ejerces el poder, puedes sin embargo ser soberano. Aún más, cuanto más renuncies a ejercer el poder y cuanto más sometido estés a lo que se te impone, serás más soberano ...", inventa esas soberanías sometidas: el alma soberana sobre el cuerpo, sometida a Dios; la conciencia soberana en el orden del juicio, sometida al de la verdad; el individuo soberano de sus derechos, sometido a las leyes de la naturaleza o de la sociedad; la libertad interiormente soberana, exteriormente adaptada a su destino, y obstruye el deseo de poder.⁽⁷⁰⁾

En resumen, Foucault afirma la íntima relación entre poder y saber, la influencia del poder en la transmisión de un saber que parece verdadero por razón de su sostén en un conocimiento objetivo pero que no lo es, en cuanto elide la realidad precisamente en orden al poder que produce el discurso del saber transmitido y la sujeción que implica, como es el caso del humanismo y su teoría jurídico-política de la soberanía, clave a la hora de justificar el poder político.

8 | Develamiento

Como se dijo más arriba, Foucault no se desentiende de la ideología, bien que, a diferencia de Althusser que da por supuesto el poder de la ideología y teoriza acerca de la ideología en general, atiende a una ideología en particular, la antedicha teoría jurídico-política de la soberanía, que constituye la ideología del poder,⁽⁷¹⁾ para poner en cuestión el poder de

(69) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., p. 32.

(70) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 33.

(71) Esa teoría del poder que sólo puede responder a uno de sus roles fundamentales, el feudalismo (FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., pp. 151 y ss.); ese montaje construido por los juristas (FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., pp. 172 y ss.), esa máscara del poder que fue instrumento efectivo de constitución del poder monárquico para luego ser usado contra el mismo (FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo*, op. cit., p. 173) y, finalmente, devino en medio indispensable para el desarrollo del capitalismo (FOUCAULT, MICHEL, *El orden del discurso*, op. cit., pp. 169 y ss.), respondiendo a la necesidad

la misma y en definitiva descartarlo, como lo hace al analizar la tecnología del poder disciplinario.

Vale recordar su proyecto de invertir el análisis, para mostrar el hecho secreto de la dominación⁽⁷²⁾ y cómo el derecho es instrumento de legitimación del poder, razón por la que discurso y técnica tendieron a disolver, dentro del poder, el hecho de la dominación, haciendo aparecer los derechos legítimos de la soberanía y la obligación legal de la obediencia,⁽⁷³⁾ y su aplicación a la técnica general de ejercicio del poder, reverso de las estructuras jurídico-políticas de la representación, condición de funcionamiento y eficacia de esos aparatos.⁽⁷⁴⁾

A su juicio, ese instrumento de transformación de los individuos en que consiste la disciplina⁽⁷⁵⁾ y que se integró a toda función ordenadora de conductas hasta formar la sociedad disciplinaria, con la amenaza de un castigo que no atiende a la expiación o la represión sino, como la vigilancia que lo acompaña y con la cual principalmente se maneja, a normalizar,⁽⁷⁶⁾ conlleva el nacimiento de la norma.⁽⁷⁷⁾ Así, se va desnaturalizando el poder

de otro tipo de controles para la nueva disposición espacial y social de la riqueza (FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, op. cit., p. 114).

(72) Decisivo en la medida que, a juicio de Foucault, la aceptación del poder no pasa tanto porque no pesa como fuerza negativa, produce cosas, induce placer, etc. (FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., p. 105), sino por una razón general y táctica: el poder es tolerable bajo condición de enmascarar una parte importante de sí mismo, su cinismo, de ahí que el secreto sea indispensable para su funcionamiento (FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la Sexualidad. Vol.1. La voluntad del saber*, op. cit., p. 105).

(73) FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., pp. 143, 144; FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., p. 143.

(74) FOUCAULT, MICHEL, *Los anormales*, op. cit., 27, 56.

(75) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., pp. 82, 90; FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., p. 134.

(76) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, pp. 141, 187, 208.

(77) Que no se define como ley natural, sino por el papel de exigencia y coerción que puede ejercer respecto de los ámbitos en que se aplica, es entonces portadora de una pretensión de poder; no es un principio de inteligibilidad sino un elemento a partir del cual puede fundarse y legitimarse cierto ejercicio del poder; la norma, por último, trae aparejados a la vez un principio de calificación y otro de corrección, su función no es excluir, por el contrario, está siempre ligada a una técnica positiva de intervención y transformación (FOUCAULT, MICHEL, *Los anormales*, op. cit., p. 57).

pues, aunque a cierto nivel está regido legalmente a otro más fundamental, funciona como poder normativo.⁽⁷⁸⁾

Y explica que no es un modo ajeno a las estructuras jurídico-políticas, o un infraderecho que prolonga las formas jurídicas al nivel de las existencias singulares, ni modos de aprendizaje para integrarse a sus exigencias, o el derecho cambiado de escala, sino un contraderecho pues, aunque la disciplina suspende —no totalmente— al derecho,⁽⁷⁹⁾ parece institucional y ajustada a los límites jurídicos, mas funciona realmente a contrapelo del derecho para reforzar y multiplicar la disimetría de los poderes, vuelve vanos esos límites, y significa la contrapartida política de las normas jurídicas de distribución del poder.⁽⁸⁰⁾

Esa generalidad de las disciplinas permitió llevar adelante la gran economía de poder⁽⁸¹⁾ cuya fórmula se buscó en el siglo XVIII con la técnica ideológica de los signos y las representaciones; la sociedad disciplinaria tiene por soporte distintos dispositivos disciplinarios, no puede entonces justificarse con el contrato social, teoría que sólo responde con la ficción

(78) Ver FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., pp. 189, 310; FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, op. cit., pp. 97 y ss., 118. En tal sentido apunta que la importancia creciente de la norma, a expensas del sistema de la ley, no conlleva la sustitución del último sino lo hace funcionar cada vez más como norma; en tanto la disciplina se integra a un continuo de aparatos que tienen básicamente funciones reguladoras (FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la Sexualidad. Vol.1. La voluntad del saber*, op. cit., pp. 172 y ss.); de modo que, aunque están en distintos niveles, una y otros se articulan merced a la norma, que circula entre lo disciplinario y lo regulador, haciendo posible una sociedad disciplinaria y normalizadora (FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo*, op. cit., pp. 202 y ss.).

(79) Puesto que crea vínculos diferentes a la obligación contractual, en tanto se traducen en una relación de coacciones que impone la subordinación irreversible de unos respecto de otros, el exceso de poder fijado siempre del mismo lado, la desigualdad de posiciones respecto del reglamento común; tampoco califica a los sujetos según normas universales, sino los caracteriza, especializa, jerarquiza a unos en relación a otros, y en el límite los descalifica e invalida.

(80) FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., pp. 224, 225; FOUCAULT, MICHEL, *Seguridad, territorio y población*, op. cit., pp. 74/75.

(81) Ligada intimadamente al proceso porque la burguesía llegó a ser la clase dominante y se puso a cubierto con un marco jurídico formalmente igualitario y una organización parlamentaria y representativa que permite formar la instancia fundamental de la soberanía a partir de la voluntad general, un contrato imaginado como fundamento ideal del derecho y el poder político, mas dejando en el subsuelo de las libertades formales a ese poder disciplinario, que trabajó en la profundidad de las estructuras jurídicas para hacer funcionar mecanismos efectivos de poder en oposición a esos marcos formales (FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., pp. 224).

de un sujeto jurídico que da a los demás el poder de ejercer sobre sí el derecho que el mismo tiene sobre ellos.⁽⁸²⁾

Y apunta que la teoría debería haber desaparecido, pero persiste como ideología del derecho y principio organizador de códigos porque sobrepuso a los mecanismos de disciplina un sistema de derecho que ocultaba los procedimientos y su técnica de dominación, garantizando a cada cual, con la soberanía del estado, el ejercicio de sus propios derechos soberanos; así el ejercicio del poder se juega entre límites tan heterogéneos como el derecho de soberanía y la mecánica disciplinaria (que es lo que realmente asegura la cohesión del cuerpo social), las cuales resultan irreductibles.⁽⁸³⁾

Parece entonces que, poniendo el funcionamiento de la disciplina al desnudo, deja en evidencia la ineficacia de dicha ideología, llámese de la soberanía o del contrato social, en orden a su legitimación, de modo que no puede tener lugar en una analítica ajustada a la realidad, habida cuenta, además, de que el poder disciplinario puede ejercerse sin auxilio de esa ideología, a contrapelo del derecho, que sólo opera como cobertura de la norma.

9 | Disciplina

También parece que la disciplina no precisa mayor justificación que su propio funcionamiento, pues fija una gradación que permite pasar sin esfuerzo del desorden a la infracción, sumada a la obsesión por la desviación, el peligro de desorden,⁽⁸⁴⁾ y en tanto no difiere esencialmente de las funciones de curar o educar que le dan el aval de la técnica y la racionalidad, se vuelve natural y legítima, se borra lo que puede tener de violento y arbitrario, y se termina por oponer una gran fuerza de inercia a quien quiera cambiarla.⁽⁸⁵⁾

(82) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, pp. 309 y ss.

(83) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., p. 152.

(84) FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., pp. 305 y ss.

(85) Ver FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, op. cit., pp. 309 y ss. De ahí la importancia de estos procedimientos, como el temor de deshacerse de ellos si no se les encuentra sustituto, el aserto de que están en el fundamento de la sociedad y de su equilibrio, cuando son una serie de mecanismos que desequilibran definitivamente y en todas partes las relaciones de poder, y la obstinación de hacerlos pasar por la forma humilde pero completa de toda moral, cuando son solamente un haz de técnicas físico-políticas (FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 227).

Además, porque su mismo ejercicio conlleva cierta formación de saber mediante:

1. La vigilancia que permanentemente induce un estado conciente visibilidad, genera mecánicamente una sujeción real de una relación ficticia, pasando la fuerza coactiva al lado del que se sabe vigilado y así reproduce por su cuenta las coacciones del poder, al inscribir en sí la relación de poder en que juegan los dos papeles a la vez, así se convierte en el principio de su propio sometimiento.⁽⁸⁶⁾
2. El examen de individuos acondicionados como objetos descriptibles en un sistema comparativo con que se elabora el juego de coerciones; método de control y dominación que constituye al individuo en objeto y efecto del poder como del saber, "fabrica" una individualidad correlativa de esa tecnología y no tiene sólo efecto negativo, además produce realidad y, por lo tanto, verdad.⁽⁸⁷⁾

A partir de la información resultante, la disciplina funciona como máquina para reeducar, experimentar con los individuos, analizar transformaciones.⁽⁸⁸⁾ También se integra a toda función dirigida a ordenar la conducta de múltiples individuos, conduce los efectos de poder hasta los elementos más sutiles.⁽⁸⁹⁾ Así, domina toda fuerza desde su constitución, neutraliza todo contrapoder, haciendo crecer la utilidad de cada elemento, y de la misma multiplicidad para que sea más útil que la suma de sus elementos.⁽⁹⁰⁾

(86) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, pp. 192, 204 y ss; FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, op. cit., pp. 117 y ss.

(87) FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., pp. 192 y ss.; FOUCAULT, MICHEL, *Los anormales*, op. cit., pp. 77 y ss.; FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, op. cit., pp. 117 y ss., 129 y ss. Es decir que ese poder inmaterial ejercido a través de la vigilancia está ligado a una extracción permanente de saber; en otras palabras, el centro de poder es, al mismo tiempo, un centro de transcripción de comportamientos; por manera que el efecto primordial de esa relación de poder es la constitución de un saber permanente (FOUCAULT, MICHEL, *Los anormales*, op. cit., p. 101).

(88) De ahí su aptitud para definir las relaciones del poder con la vida cotidiana de los individuos, y su polivalencia para integrarse a cualquier función como mecanismo en que las relaciones de poder y saber puedan ajustarse a los procesos que hay que controlar, sin que el ejercicio del poder se agregue desde el exterior como coacción rígida o un peso sobre las funciones en que influye, en tanto está sutilmente presente para aumentar su eficacia, haciendo funcionar unas relaciones de poder en una función, y una función por esas relaciones de poder, en definitiva "fabricar" individuos útiles (FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., pp. 207 y ss.).

(89) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 219; FOUCAULT, MICHEL, *Los anormales*, op. cit., pp. 103, 111 y 143.

(90) Ver FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., pp. 223 y ss. Y agrega que, merced a su integración desde el interior a la eficacia productiva de los distintos aparatos, además, esta tecnología fina y calculada del sometimiento resuelve el problema de la acumulación de

Se concreta así una composición y generalización de la disciplina a un nivel en que formación de saber y aumento de poder se refuerzan y franquean el umbral “tecnológico”, al punto de que todo mecanismo de objetivación puede valer como medio de sujeción y todo aumento de poder da lugar a conocimientos posibles, y porque en la misma disciplina, a partir del vínculo de los sistemas tecnológicos, se forman las ciencias humanas;⁽⁹¹⁾ media un doble proceso: desbloqueo epistemológico por afinamiento de las relaciones de poder y multiplicación de efectos de poder por la formación y acumulación de nuevos conocimientos.⁽⁹²⁾ De ahí que las ciencias humanas⁽⁹³⁾ han sido posibles merced a una política que exige implicación de relaciones de saber en relaciones de poder, técnica para entrecruzar sujeción y objetivación que comporta procedimientos nuevos de individualización, para que el hombre cognoscible sea efecto y objeto de esa dominación-observación. Como todo dispositivo disciplinario, tienden a esa normalización que permite la constitución del individuo, y, en definitiva, constituyen objetos para discursos que son elementos de una estrategia política.⁽⁹⁴⁾

individuos con el crecimiento del aparato de producción capaz de mantenerlos y utilizarlos, mediante la maximización de los cuerpos de los individuos como fuerza útil y su minimización como fuerza política (FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 224; FOUCAULT, MICHEL, *Los anormales*, op. cit., pp. 94 y 137).

(91) La disciplina constituye ese sub-poder capaz de fijar al hombre al aparato de producción que generó los saberes de los que surgieron las ciencias humanas, como los modelos de verdad vigentes para la política y dichas ciencias, que no pueden entonces colocarse al nivel de una ideología que sea mero reflejo y expresión en la conciencia de las relaciones de producción (FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, op. cit., pp. 33 y 138).

(92) FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., p. 227.

(93) Ajenas al pensamiento clásico, huérfano de una conciencia epistemológica del hombre como tal (FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, op. cit., p. 322), son propias de la episteme moderna, que registra la aparición de esta nueva figura e instaura al hombre en un saber (FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, pp. 322 y 340), de modo que tales ciencias, que toman por objeto al hombre en lo que tiene de empírico, nacen recién cuando se hace pasar al hombre al lado de los objetos científicos (FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 357).

E integran la episteme como la química o la medicina pero no son realmente ciencias, tampoco ilusiones, quimeras ni ideología pues, aunque no responden en rigor a los criterios de objetividad y sistematización que definen a las ciencias, pertenecen al dominio positivo del saber; se trata sólo de que se disponen de otra manera en la episteme, lo cual no es un defecto sino constituye su figura, aquella propia de otras configuraciones del saber enraizadas, al lado de las ciencias, en el mismo suelo arqueológico (FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, pp. 376 y 377).

(94) Ver FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, op. cit., pp. 311 y ss. En otro texto agrega: las disciplinas crean aparatos de saber y dominaciones de conocimiento, su discurso es extraño

En resumen, guardando silencio acerca de la ideología, Foucault se pronuncia nuevamente sobre la relación entre poder y saber, la influencia del poder en la transmisión de un saber que parece verdadero, por razón de su sostén en un conocimiento objetivo, pero que no lo es porque elide la realidad en orden al poder que produce el discurso del saber transmitido y la sujeción que implica.

Así, pone de manifiesto cómo ese dispositivo de saber-poder inscribe lo inexistente en lo real, con la vigilancia que produce una sujeción real a partir de una relación ficticia, de modo que el que se sabe vigilado reproduce por su cuenta las coacciones del poder, inscribiendo en sí la relación de poder en la cual juegan los dos papeles, y se convierte en el principio de su propio sometimiento.

También se extiende sobre el examen, con el uso del saber por el poder para constituir un saber que facilite el control y la dominación, y conlleva la "fábrica" de una individualidad correlativa a esa tecnología, produce realidad y, por tanto, verdad, y tiene aptitud para ajustar relaciones de poder y saber a los procesos que deben controlarse, sin que el ejercicio del poder se agregue como un peso sobre las funciones en que influye.

Y en cuanto a la influencia del poder, con sus modelos de verdad, en la formación y desarrollo de las ciencias humanas que —amén de integrarse al poder con el aval de la técnica y la racionalidad— aportan un discurso que tiene precisamente la función de acoplar individuo jurídico e individuo disciplinario, hacer creer que el primero tiene por contenido concreto, real y natural lo que la tecnología política recortó y constituyó como individuo disciplinario.⁽⁹⁵⁾

.....

al de la ley, es el discurso de la regla natural, la normalización, propio de las ciencias humanas que no se constituyeron con el progreso de racionalidad de las ciencias exactas, sino merced al choque de esos discursos heterogéneos del derecho y la disciplina; en consecuencia la sociedad disciplinaria no puede entenderse sino a partir de una cada vez mayor colonización de los procedimientos legales por los de normalización, por razón de ese poder disciplinario ligado al saber científico (FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., p. 152).

(95) FOUCAULT, MICHEL, *El poder psiquiátrico*, op. cit., pp. 79 y 80. Habría entonces una especie de tenaza jurídico-política del individualismo: el individuo jurídico, sujeto abstracto definido por derechos individuales, al que ningún poder puede limitar salvo si él lo acepta por contrato; por debajo y junto a ello, una tecnología disciplinaria que puso de manifiesto al individuo como realidad histórica, elemento de las fuerzas productivas y políticas, atrapado en un sistema de vigilancia y sometido a procedimientos de normalización (FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 79).

10 | Quid

Parece ser ésta la clave para descifrar el claroscuro planteado en el punto 2, en tanto el régimen de verdad, resultante del entrevero poder-saber así concretado por la disciplina, significaría en orden a la verdad misma, a juicio de Foucault, un obstáculo similar al que impone la ideología, en orden al conocimiento de la realidad, a juicio de Althusser, y que Foucault asignaría al discurso del poder, en su esquema de análisis, un lugar semejante y parecidas funciones a los que tiene la ideología, en la teoría de Althusser.⁽⁹⁶⁾

A ello puede sumarse que, según Foucault, el discurso del poder no es perspectivo, sino establece un vínculo entre relaciones de fuerza y de verdad, disuelve la neutralidad de modo que más verdad se dirá cuanto más se esté situado en cierto campo, pues la verdad es un “plus” de fuerza y se despliega a partir de una relación de fuerza sólo cuando puede llegar a ser un arma en esa relación; pertenece a la asimetría, la lucha, la guerra, está inscripta en ese discurso; así se trata de “instituir un discurso marcado por la asimetría, de fundar una verdad ligada con una relación de fuerza”.⁽⁹⁷⁾

A partir de las razones señaladas más arriba, aquéllas con que resulta posible esclarecer el dilema planteado en el acápite 2, puede igualmente colegirse que Althusser y Foucault están contestes en cuanto a la cuestión política central: el problema de la verdad,⁽⁹⁸⁾ respecto de cuya solución

.....

Sin perjuicio de ello, esta mixtura entre el individuo jurídico, instrumento de la burguesía para reivindicar el poder en su discurso, y el disciplinario, resultado de la tecnología usada por la misma burguesía para constituir el individuo en el campo de las fuerzas productivas y políticas, se corresponde con el antedicho aserto de Foucault, en el sentido de que el pensamiento de los ideólogos se desarrolló en esa tecnología, de modo que el individuo es átomo ficticio de una representación ideológica de la sociedad pero también realidad fabricada por esa tecnología.

(96) Como apunté en el acápite 1: el reconocimiento ideológico del individuo como sujeto real, concreto, inconfundible e irremplazable, con una subjetividad supuestamente libre, autor y responsable de sus actos; y el desconocimiento del efecto realmente producido, la constitución del individuo como sujeto en otro sentido, un ser sojuzgado, sometido a una autoridad superior, despojado de toda libertad, salvo la de aceptar libremente su sumisión.

(97) FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo*, op. cit., p. 50.

(98) Cuestión filosófica, y no histórica, sociológica ni económica, en cuanto “de una u otra manera, y por meras razones de hecho, tiene que ver con la filosofía, es decir con la política de la verdad, pues no veo otra definición de la palabra ‘filosofía’ que no sea ésta. Se trata de la política de la verdad. Y bien, en cuanto se trata de eso y no de sociología, historia o

vuelven a oponerse pues, como se dijo, Althusser estima que del callejón correspondiente sólo puede salirse mediante el conocimiento científico, en la línea de Spinoza y Marx, en tanto que Foucault, según queda seguidamente en evidencia, amén de contradecirlo, no es tan optimista.

En efecto, más allá de afirmar la dependencia entre poder y saber, dado que el ejercicio del poder crea objetos de saber y el saber conlleva efectos de poder, de modo que lo produce, funciona como un poder y reconduce a él sus efectos,⁽⁹⁹⁾ Foucault estima que es un error ligar el poder con efectos de desconocimiento, porque el poder sólo puede funcionar gracias a la formación de un saber que es efecto y condición de su ejercicio,⁽¹⁰⁰⁾ por razón de los efectos de verdad⁽¹⁰¹⁾ que el mismo poder produce, transmite y lo reproducen, mediante determinados discursos de verdad.

No hay entonces ejercicio de poder sin economía de los discursos de verdad, la producción de la verdad está sujeta al poder que, a su vez, no puede ejercerse sin producir la verdad,⁽¹⁰²⁾ porque la verdad no está fuera del poder ni carece de él, es producida por múltiples imposiciones y tiene efectos reglamentados de poder, cada sociedad tiene su régimen o política general de la verdad, los discursos que hace funcionar como verdaderos, mecanismos e instancias para distinguir enunciados verdaderos o

.....
economía, podrán ver que los análisis de los mecanismos de poder tienen, a mi juicio, el papel de mostrar cuáles son los efectos de saber que se producen en nuestra sociedad por obra de las luchas, los enfrentamientos, los combates que se libran en ella, así como por las tácticas de poder que son los elementos de esa lucha" (FOUCAULT, MICHEL, *Seguridad, territorio, población*, op. cit., p. 17).

(99) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., pp. 102 y ss.

(100) FOUCAULT, MICHEL, *Los anormales*, Bs. As., FCE, 2007, pp. 57, 59.

(101) Aquí procede recordar ese modo de ejercicio del poder, y de adquisición y transmisión del saber, ese medio de autenticación de la verdad (FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, op. cit., p. 88), con sus reglas jurídico-políticas de establecimiento de la verdad (FOUCAULT, MICHEL, *El poder psiquiátrico*, op. cit., p. 274), que instituye un régimen de verdad apto para inscribir lo inexistente en lo real y someterlo así legitimamente a la división de lo verdadero y lo falso (FOUCAULT, MICHEL, *Nacimiento de la biopolítica*, op. cit., p. 36), a partir de ese discurso que, sobre la base de una distribución institucional, ejerce sobre los otros discursos una especie de presión y de poder de coacción, al punto que "no se está en la verdad" más que obedeciendo las reglas de esa policía discursiva (Foucault, Michel, *El orden del discurso*, pp. 14 y ss.).

(102) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., pp. 141 y ss.

falsos, en fin, el estatuto de aquellos encargados de decir qué es lo que funciona como verdadero.⁽¹⁰³⁾

En consecuencia, Foucault entiende que el problema no pasa por la ideología, en cuanto está en oposición a algo que sería la verdad, tampoco radica en "... hacer la participación entre lo que, en un discurso, evidencia la cientificidad y la verdad y lo que evidencia otra cosa, sino en ver históricamente cómo se producen los efectos de verdad en el interior de los discursos que no son en sí mismos ni verdaderos ni falsos ...".⁽¹⁰⁴⁾

Al efecto propone llevar adelante una historia de la verdad⁽¹⁰⁵⁾ unida a la historia del derecho, una genealogía de los regímenes veridiccionales que implica el análisis de la constitución de cierto derecho a la verdad a partir de una situación de derecho, donde la relación derecho y verdad encontraría su manifestación privilegiada en el discurso en que se formula el derecho y lo que puede ser verdadero o falso, puesto que el régimen de veridicción no es una ley determinada de la verdad, sino el conjunto de reglas que

(103) Ver FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 191. De ahí que, entre otros rasgos característicos de la "economía política de la verdad" (como que está sometida a constante incitación en orden a la producción económica y el poder político; es objeto de inmensa difusión mediante los aparatos de educación o información, con el consiguiente consumo; y es núcleo de debate político y enfrentamiento social), Foucault anota que está centrada en la forma del discurso científico y las instituciones que lo producen; como que es producida y transmitida bajo control no exclusivo pero sí dominante de algunos grandes aparatos políticos o económicos (FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 191).

De ahí también que Foucault se haya abocado al análisis del sistema de exclusión para señalar cómo se hizo, repitió y desplazó "esa elección de la verdad", cómo el discurso se ordenó hacia una separación entre discurso verdadero y falso (FOUCAULT, MICHEL, *El orden del discurso*, pp. 59 y ss.), y que el saber transmitido adopta una forma positiva mas funciona con un juego de represión y exclusión, impone cierto saber, bajo el aspecto desinteresado y objetivo del conocimiento, mediante circuitos reservados que ocultan del saber el suceso y el poder (FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., p. 32).

(104) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 185.

(105) Es consecuente entonces con el señalado propósito de aplicarse a esa historia externa de la verdad que se forma en determinados sitios de la sociedad, donde se definen ciertas reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto y tipos de saber (FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, op. cit., p. 17), como con su propuesta de llevar adelante un análisis histórico de la política de la verdad para mostrar que el conocimiento es resultado histórico y puntual de condiciones que no son de su mismo orden, se concreta merced a determinadas relaciones de fuerza y, por tanto, es siempre una relación estratégica en la que el hombre está situado, de modo que cumple su papel sin fundamento en la verdad, siempre es un desconocimiento (FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 29).

permiten, con respecto a un discurso dado, establecer los enunciados que podrán caracterizarse en él como verdaderos o falsos.⁽¹⁰⁶⁾

Y explica que un análisis con alcance político no debe referirse a la génesis de las verdades o la memoria de los errores, no tiene importancia saber cuándo tal o cual ciencia comenzó a decir la verdad, sino cuál es el régimen de veridicción que se instauró en un momento dado, a partir del cual se permitió afirmar como verdaderas una serie de cosas que, según se acierta a saber hoy, quizás no lo fueron tanto; en definitiva, "... lo que políticamente tiene importancia no es la historia de lo verdadero ni la historia de lo falso, sino la historia de la veridicción ...".⁽¹⁰⁷⁾

Es que, a su juicio, la clave radica en el estatuto de la verdad y el papel económico y político que juega,⁽¹⁰⁸⁾ pues lo esencial no pasa por la crítica de los contenidos ideológicos ligados a la ciencia o la ejecución de una práctica científica acompañada de una ideología justa, ni por cambiar la conciencia de la gente; tampoco se trata de la quimera de liberar la verdad de todo sistema de poder, porque la misma verdad es poder.

Lo esencial consiste en saber si es posible constituir una nueva política de la verdad, cambiar el régimen político, económico e institucional de producción de la verdad; se trata de separar el poder de la verdad de las formas hegemónicas (económicas, sociales, culturales) en cuyo interior funciona. "... La cuestión política, en suma, no es el error, la ilusión, la conciencia alienada o la ideología, es la verdad misma ...".⁽¹⁰⁹⁾

(106) FOUCAULT, MICHEL, *Nacimiento de la biopolítica*, op. cit., p. 53.

(107) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 55.

(108) De modo que, reitera, el problema no debe plantearse en términos de ciencia-ideología sino, agrega, de verdad-poder, a partir de estas proposiciones: la verdad es un conjunto de procedimientos reglamentados por la producción, la ley, la repartición, la puesta en circulación y funcionamiento de los enunciados; la verdad está ligada circularmente a sistemas de poder que la producen y mantienen como a efectos de poder que induce y la acompañan; el "régimen de la verdad" no es sólo ideológico o superestructural, fue la condición de formación y desarrollo del capitalismo y con modificaciones funciona en la mayor parte de los países socialistas (FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, op. cit., p. 192).

(109) FOUCAULT, MICHEL, *ibid.*, p. 193.

Bibliografía

ALTHUSSER, LOUIS, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, Bs. As., Nueva Visión, 1988.

FOUCAULT, MICHEL, *La arqueología del saber*, Bs. As., Siglo XXI, 1970.

FOUCAULT, MICHEL, “El ojo del poder”, en J. Bentham, *El Panóptico*, Barcelona, La Piqueta, 1980.

FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1992.

FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo*, La Plata, Altamira, 1993.

FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995.

FOUCAULT, MICHEL, *La vida de los hombres infames*, La Plata, Altamira, 1996.

FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, Bs. As., Siglo XXI, 2002.

FOUCAULT, MICHEL, *El orden del discurso*, Barcelona, Fabula/Tusquets, 2002.

FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la Sexualidad*, Bs. As., Siglo XXI, 2002, vol. 1: *La voluntad del saber*.

FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la Sexualidad*, Bs. As., Siglo XXI, 2004, vol. 2: *El uso de los placeres*.

FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la Sexualidad*, Bs. As., Siglo XXI, 2004, vol. 3: *La inquietud de sí*.

FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, Bs. As., Siglo XXI, 2005.

FOUCAULT, MICHEL, *Seguridad, territorio, población*, Bs. As., FCE, 2006.

FOUCAULT, MICHEL, *Nacimiento de la biopolítica*, Bs. As., FCE, 2007.

FOUCAULT, MICHEL, *El poder psiquiátrico*, Bs. As., FCE, 2007.

FOUCAULT, MICHEL, *Los anormales*, Bs. As., FCE, 2007.

La intensidad de los permisos

por **PABLO E. NAVARRO**⁽¹⁾

Resumen

El análisis de los permisos ha estado tradicionalmente conectado con el problema de las lagunas normativas y la coherencia de los sistemas normativos. En particular, Alchourrón y Bulygin han mostrado que estos temas clásicos de la filosofía jurídica ejemplifican la necesidad de distinguir cuidadosamente entre normas y proposiciones normativas. Sin embargo, Arendt Soeteman señala en un importante trabajo sobre las lagunas normativas que el análisis correcto de los permisos también afecta la distinción misma entre normas y proposiciones normativas elaborada por Alchourrón y Bulygin. Según Soeteman, esa distinción no puede dar cuenta de la *intensidad* con la que ciertas conductas son permitidas en un ordenamiento jurídico, i.e., no distingue entre permisos fuertes y débiles de diferente fortaleza. Este trabajo tiene por objetivo analizar la propuesta de Soeteman y examinar si es preciso revisar la teoría de Alchourrón y Bulygin acerca de los permisos fuertes y débiles. Defenderé aquí que el aporte de Soeteman no puede considerarse una alternativa a la propuesta de AB. Sus principales defectos provienen de (i) sus presupuestos, (ii) su estrategia y (iii) sus consecuencias:

- (i) El presupuesto de que el derecho es completo y coherente no parece una manera adecuada de reconstruir a los sistemas jurídicos y, por consiguiente,

(1) Investigador Independiente de CONICET. Profesor Titular de Filosofía Jurídica de la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca) y de la Universidad Blas Pascal (Córdoba).

no ofrece una razón para sostener que la “lógica de las proposiciones normativas tiene que reflejar a la lógica de normas”.

- (ii) El análisis de la intensidad de los permisos puede lograrse mediante la introducción de nociones vinculada a la dinámica normativa, e.g. rechazo por adelantado.
- (iii) Las lagunas normativas implican a la permisión débil. Aunque en esas situaciones los individuos pueden (de hecho) desarrollar ciertas conductas sin infringir normas del sistema. Eso no garantiza que no existan diferencias entre permisos fuertes y débiles, que no existan lagunas normativas, o que las reglas de clausura sean irrelevantes.

I | Introducción

Uno de los aportes notables de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (en adelante, AB) a la lógica deóntica y a la filosofía del derecho ha sido la caracterización rigurosa de la diferencia entre normas y proposiciones normativas.⁽²⁾ En gran medida, sus esfuerzos pretendían mostrar que es preciso elaborar lógicas diferentes para el nivel prescriptivo y descriptivo de los discursos normativos. Así, von Wright señala que Alchourrón y Bulygin “subrayaron la necesidad de contar con lógicas *separadas* para los dos tipos de entidades (norma, proposición normativa)” y añade que esta distinción.⁽³⁾

Tiene consecuencias de gran alcance, por ejemplo, para el tratamiento de dos dificultades notorias en la teoría tradicional del derecho, es decir, la posibilidad de algunas y de contradicciones en los sistemas normativos.

(2) Sin lugar a dudas, la referencia más importante es Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems* (New York/Wein: Springer, 1971). Las referencias a ese libro remiten a la versión en castellano: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires: Astrea, 1974) En adelante, *IMCJ*. La importancia de ese libro no debe ocultar la importancia de otros trabajos de Alchourrón y Bulygin. Así, son especialmente importantes las siguientes obras: Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de normas jurídicas* (Valencia, Venezuela: Universidad de Carabobo, 1979) y Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

(3) VON WRIGHT, GEORG HENRIK, ‘Prólogo’ en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, p. xii (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

Lo que los autores han escrito acerca de esta problemática me parece ser de suma importancia.

Una lógica de las proposiciones normativas permite también distinguir entre tipos de permisiones que no pueden ser diferenciados fácilmente dentro de una “lógica deóntica” de tipo corriente.

La distinción entre normas y proposiciones normativas, con frecuencia, es pasada por alto en virtud de la sistemática ambigüedad de los enunciados normativos,⁽⁴⁾ que son expresiones deónticas que se emplean ya sea para prescribir o describir ciertas acciones o estados de cosas. Así la frase: “No se puede estacionar en las zonas pintadas de amarillo”, puede entenderse tanto como la formulación de una norma que prohíbe cierta acción o como la descripción del modo en que una cierta norma regula una conducta. De igual manera, la expresión “Está permitido estacionar a 45 grados de la acera” puede ser tanto la expresión de un permiso que cumple la función de autorizar expresamente una cierta acción como también una descripción de una cierta situación, a saber: (i) que una determinada norma autoriza una cierta conducta (permiso fuerte), o (ii) que no existe una norma que prohíba esa acción (permiso débil).

Esta distinción entre los diferentes sentidos descriptivos de “permitido” adquiere una relevancia crucial para mostrar las diferencias entre una genuina lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas. En casos de lagunas normativas, una cierta acción está débilmente permitida pero no está permitida en sentido fuerte y, en casos de incoherencias normativas, una cierta acción está permitida en sentido fuerte, pero no en sentido débil. Esta falta de coincidencia entre permisos fuertes y débiles es resaltada por AB para mostrar la diferencia entre una lógica de normas y lógica de proposiciones normativas. Sólo en la reconstrucción de sistemas completos y coherentes la distinción entre ambas lógicas pierde gran parte de su atractivo.⁽⁵⁾

(4) La diferencia entre enunciados normativos y proposiciones normativas fue introducida en von Wright, Georg Henrik, *Norm and Action*, p. 106 (Londres: Routledge & Kegan Paul, 1963)

(5) Véase, ALCHOURRÓN, CARLOS, ‘Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas’ en Alchourrón, Carlos y Bulgin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, op. cit., pp. 46 y ss. También véase, Alchourrón, Carlos y Bulgin, Eugenio, *IMCJ*, op. cit., pp. 177 y ss.

La ambigüedad de “permitido” no ha pasado desapercibida por los juristas, pero con frecuencia, ellos no parecen preocupados por la diferencia entre la autorización (expresa o implícita) de una conducta y la ausencia de prohibición porque precisamente ellos asumen que el derecho es necesariamente un sistema normativo completo y coherente. Una de las razones que se invocan para sostener la necesaria completitud de los sistemas normativos es el papel que juegan las reglas de clausura (e.g., ‘Todo lo que no está prohibido está permitido’). Sin embargo, uno de los notables aportes de AB fue despejar las ambigüedades e imprecisiones de este tipo de argumentos. Para ellos, la existencia de una regla que clausure un sistema normativo, preservando a su vez la coherencia del sistema, sólo puede ser una norma permisiva. De esta manera, AB muestran al menos un caso en que las normas permisivas cumplen una función irremplazable, pero señalan reiteradamente que la existencia de este tipo de normas es una cuestión contingente. En el caso de que un sistema contenga una norma de ese tipo, entonces será verdadero que todas las acciones que no están prohibidas están también permitidas (en sentido fuerte).⁽⁶⁾

Aunque es difícil negar la importancia de los trabajos de AB, su propuesta ha sido objeto de persistentes críticas. Por ejemplo, en un breve trabajo publicado hace más de una década —y que, en lo sucesivo, utilizaré como hilo conductor de mi análisis— Arend Soeteman desarrolla diversos argumentos que forman parte del núcleo clásico de las discrepancias sobre las lagunas en el derecho, *i.e.* la tesis de la equivalencia pragmática entre diferentes tipos de permisos y la tesis de la asimetría en las sentencias denegatorias y de condena.⁽⁷⁾ Sin embargo, en mi opinión, el desafío filosófico más interesante del trabajo de Soeteman no surge de su análisis de esas tesis clásicas, sino de las consecuencias que se pueden derivar para los fundamentos y utilidad de una lógica de proposiciones normativas. Para AB, la lógica de proposiciones normativas es una lógica acerca de las normas de un cierto sistema normativo. En este sentido, los enunciados

(6) ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *IMCJ*, op. cit., pp. 189 y ss

(7) Véanse al respecto, los trabajos reunidos en Atria, Fernando et al, *Lagunas en el derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2005). También véanse los trabajos reunidos en Bulygin, Eugenio, Atienza, Manuel y Bayón, Juan Carlos, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009) y las contribuciones de Bulygin y Bayón en *Doxa* 33 (2012). Para un análisis contemporáneo de las normas permisivas, véase. Poggi, Francesca, *Norme permissive* (Turin: Giapichelli, 2004).

normativos (i.e., aquellos enunciados que señalan que una cierta acción es permitida o prohibida) se reducen a enunciados acerca de la pertenencia de normas a un determinado sistema. Por el contrario, Soeteman reivindica la necesidad de dar cuenta de lo que se puede o debe hacer y trata de mostrar que ello es relativamente independiente de las normas que forman parte de un cierto sistema normativo.

Para Soeteman, el conocimiento del derecho se asocia básicamente a la identificación de *posiciones normativas* (i.e. calificaciones normativas de la conducta) y ello no puede reducirse a la descripción de las normas que forman parte de un sistema normativo.⁽⁸⁾ Como ejemplo de la necesidad de distinguir entre la descripción de las normas que forman parte del sistema y la descripción del status normativo de una conducta, Soeteman introduce el problema de la *fuerza* de los permisos. En su opinión, aunque una cierta conducta esté permitida, esa información todavía no dice nada acerca de la “intensidad” con que ella es permitida por el derecho. Por consiguiente, las proposiciones normativas acerca de las normas que pertenecen a un sistema no garantizan que conozcamos en qué medida (con qué fuerza) podemos hacer determinadas cosas. En otras palabras, la descripción de aquéllo que se puede o se debe hacer y de la intensidad de los permisos y obligaciones no puede ser reducida a proposiciones normativas.

La conclusión de este argumento es que la lógica de proposiciones normativas dejaría de lado una parte relevante del discurso descriptivo de las posiciones normativas en una cierta comunidad. Los derechos y obligaciones serían valiosos en función de la *fuerza* que tienen para determinar qué se debe (puede) hacer y, por ello, el conocimiento del derecho no puede separarse de la fuerza institucional que poseen las normas. Más allá de los méritos teóricos o del interés práctico que pueda ofrecer una lógica de proposiciones normativas, ella no daría cuenta de nuestros razonamientos normativos y sería insuficiente para el análisis lógico de las conexiones entre modalidades normativas.

(8) SOETEMAN, AREND, ‘On Legal Gaps’ en Garzón Valdés, Ernesto et al. (eds), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin*, pp. 323-332. (Berlin: Duncker, 1997). En gran parte, este artículo está reproducido en la entrada ‘Legal Gaps’ del diccionario online de la IVR. Véase, Soeteman, Arend, ‘Legal Gaps’ en *IVR-Encyclopedie*, 2009, http://ivr-enc.info/index.php?title=Legal_gaps. En adelante se cita según la versión original de 1997

Soeteman extrae un buen número de conclusiones adicionales en su breve ensayo. Dos de esas conclusiones son de especial interés: (i) el derecho carece de lagunas, (ii) las reglas de clausura son irrelevantes para completar los sistemas normativos, (iii) los jueces tienen discreción sólo cuando la ausencia de normas no es el resultado de valoraciones previas, etc. En general, estas tesis se encuentran estrechamente vinculadas al análisis de la fuerza de los permisos. Por ello, el principal objetivo de este trabajo es evaluar críticamente este aporte de Soeteman e, incidentalmente, revisar la plausibilidad de esas tesis adicionales acerca de la completitud del derecho, la función de las reglas de clausura y la discreción judicial. La estructura de este trabajo es la siguiente: en la sección II presentaré brevemente el contexto general de la crítica de Soeteman. En las secciones III y IV revisaré las propuestas de Soeteman acerca de la fuerza de los permisos, en V me ocuparé del problema de la clausura de los sistemas normativos y, en VI, analizaré sucintamente a la conexión entre lagunas y discreción judicial.

2 | Tipos de proposiciones normativas

Soeteman señala que en la distinción de AB entre normas y proposiciones normativas "...hay una cierta ambigüedad (...) que provoca que ella sea menos evidente de lo que parece" (p. 326). La ambigüedad surge de la siguiente afirmación de AB:⁽⁹⁾

"Las proposiciones normativas son enunciados *descriptivos* que se usan para informar acerca de las normas o acerca de las obligaciones, prohibiciones o permisiones establecidas por las normas."

En otras palabras, las proposiciones normativas serían (i) afirmaciones acerca de nuestras posiciones normativas (e.g., la acción de matar está prohibida), o (ii) afirmaciones acerca de la existencia de una norma (e.g., hay una norma que prohíbe matar). Si el conocimiento de las posiciones normativas fuese exactamente lo mismo que el conocimiento de las normas que forman parte de un cierto sistema normativo, entonces no habría problema alguno. Pero, Soeteman señala que "es claro que las formulaciones normativas (*normative sentences*) pueden guardar silencio o ser

(9) ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *IMCJ*, op. cit., p. 173.

inconsistentes respecto de algún acto p. Pero de allí no se sigue necesariamente que el sistema normativo guarde silencio o sea inconsistente”.⁽¹⁰⁾ Por ejemplo, los sistemas jurídicos suelen introducir criterios de resolución de conflictos (e.g. *lex superior*) y, de este modo, aunque diversas normas impongan soluciones contradictorias, el sistema normativo puede ofrecer una calificación uniforme para la acción en cuestión. Una conclusión similar puede elaborarse para las situaciones en que las normas guardan silencio para un determinado caso. Aunque ese caso no esté regulado por ninguna norma, otros elementos jurídicamente relevantes (e.g. principios o razones subyacentes) pueden resolver la calificación normativa de la acción en cuestión.

A diferencia de AB, Soeteman insiste en que la lógica de las proposiciones normativas tiene que reflejar a la lógica de las normas. En su opinión, un proceso interpretativo razonable del material jurídico es el que conduce desde el conocimiento de las formulaciones normativas (*normative sentences*) al conocimiento de lo que los individuos pueden o deben jurídicamente hacer. El resultado de este proceso interpretativo es el que identifica las normas válidas. Así, según Soeteman (p. 327):

“Para conocer si una norma es jurídicamente válida tenemos que interpretar el sistema jurídico y determinar si la norma existe en una aceptable interpretación del sistema. Y puede sostenerse que una interpretación que permite normas inconsistentes en el mismo sistema no presenta una interpretación aceptable. En ese caso, las proposiciones normativas que describen ambas normas contradictorias no pueden ser ambas verdaderas”.

Una conclusión similar también se aplica al caso de la interpretación de un conjunto normativo que resulta en la identificación de lagunas. Por ello, Soeteman subraya que “si las formulaciones normativas (*normative sentences*) de algún sistema guardan silencio acerca de algún acto, no se sigue que el sistema mismo guarde silencio” (p. 327) y cita de manera aprobatoria a Radbruch cuando sostiene que, hablando en términos estrictos, la ausencia de derecho es imposible ya que: “cuando un sistema guarda silencio, regula en una manera negativa, negando consecuencias

(10) SOETEMAN, AREND, ‘On Legal Gaps’, op. cit., p. 326.

jurídicas”(p. 327). Este enfoque le permite a Soeteman defender la siguiente conclusión (p. 327):

“De todos modos, la verdad de las proposiciones normativas parece depender de la validez de las correspondientes normas, al menos si las proposiciones normativas no se entienden como la descripción de formulaciones normativas (*normative sentences*), sino de las obligaciones, prohibiciones y permisiones existentes. Por esa razón, hay un argumento *prima facie* para que la lógica de las proposiciones normativas refleje a la lógica de las normas”.

La conclusión de Soeteman es que el conocimiento de las soluciones que ofrece el sistema normativo, como algo distinto a las soluciones que ofrecen cada una de sus normas, es una cuestión de interpretación del material jurídico relevante. Esta interpretación utiliza a la información que suministran las normas como punto de partida en el proceso del conocimiento jurídico, pero va más allá de la información de qué normas son parte del sistema jurídico. Esa interpretación tiene por objetivo describir las posiciones normativas —nuevamente: como algo que no puede reducirse a informar qué normas hay en el sistema— y este proceso de identificación de las posiciones normativas está guiado por los ideales de completitud y coherencia.

Sin embargo, Soeteman no ofrece ningún argumento que pueda respaldar su intuición de que una meticulosa interpretación del derecho inevitablemente resultará en la identificación de un sistema normativo completo y coherente. Por supuesto, siempre es posible definir las nociones de completitud y coherencia para que se ajusten a nuestras intuiciones, o incluso es posible que los juristas usen un concepto de completitud que invariablemente conduzca a negar la existencia de lagunas. Todo ello es posible, pero no pone en cuestión la utilidad del enfoque de AB. Como ellos sostienen:⁽¹¹⁾

“Nuestra intención (...) no ha sido reconstruir un uso vigente entre los juristas. Hemos querido hacer explícito algo así como un ideal que los juristas comparten con los demás científicos. Podríamos llamarlo el ideal de completitud: consiste en la exi-

(11) ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *IMCJ*, op. cit., p. 22

gencia de que todo sistema científico —empírico, formal o normativo— sea completo. Este ideal de completitud tiene vigencia en el sentido de que constituye un presupuesto real de toda investigación científica”.

Siguiendo a AB, podría decirse que existen ideales racionales que guían nuestra tarea de análisis, y nos conducen a esforzarnos en encontrar soluciones coherentes y a evitar lagunas.⁽¹²⁾ Pero no hay garantías de que ese ideal pueda ser siempre satisfecho, ni tan siquiera incorporando a la moral como complemento de nuestros razonamientos jurídicos. Más bien, creo, como dice Hart, que: “es insensato creer que cuando el significado del derecho es dudoso la moral puede dar siempre una respuesta clara”.⁽¹³⁾

3 | Permisi3n fuerte y débil

Soeteman no defiende expresamente la conexi3n entre prácticas interpretativas y los ideales formales característicos de un buen sistema normativo (i.e., coherencia y completitud); más bien él *presupone* (asume) esa conexi3n como parte de una estrategia de análisis de la relaci3n entre diferentes permisiones. En su opini3n, la distinci3n entre permisos fuertes y débiles sirve sólo para mostrar que (i) ciertas normas permisivas forman parte del sistema (permiso fuerte), o bien (ii) que ciertas normas de prohibici3n no forman parte del sistema (permiso débil). Pero, esa distinci3n no informa acerca de la *intensidad* de nuestros permisos y prohibiciones. Esta preocupaci3n de Soeteman se refleja claramente en el siguiente comentario:⁽¹⁴⁾

“Por tanto, la clase de actos fuertemente permitidos (en alg3n sistema normativo) est3 incluida en la clase de actos débilmente permitidos (i.e., si el sistema normativo es consistente en su parte relevante). ¿Qué aña3de la permisi3n fuerte a la permisi3n débil? Los criterios son claros, pero ¿cuál es la diferencia *jurídica* entre un acto fuertemente permitido y un acto que est3 sólo débilmente permitido?”

(12) ALCHOURR3N, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *IMCJ*, op. cit., pp. 225-226.

(13) HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd edition, p. 204 (Oxford: Oxford University Press, 1994).

(14) SOETEMAN, AREND, ‘On Legal Gaps’, op. cit., p. 328.

Numerosos filósofos del derecho niegan que la permisión fuerte de una conducta débilmente permitida tenga alguna relevancia.⁽¹⁵⁾ Soeteman sigue esa línea y compara lo que ocurre con las conductas sin regular en un sistema de derecho penal y un sistema de derecho civil. En el derecho penal contemporáneo, si una conducta no se encuentra regulada por una determinada norma, entonces se asume que está permitida en virtud de la regla *nullum crimen*, pero no ocurre lo mismo en el derecho civil. Cuando no hay una norma que regule una cierta acción, en el derecho penal esa conducta está permitida en sentido fuerte, mientras que en el derecho civil sólo se encuentra débilmente permitida. Por consiguiente, ¿qué añade una regla permisiva —en este caso, la regla *nullum crimen*— a la situación jurídica de una conducta que no es regulada? La respuesta clásica a esta pregunta es que esa permisión limita las competencias de jueces y legisladores. En opinión de Soeteman: ‘... aquí encontramos lo que la permisión fuerte añade a la permisión débil. Bajo ambas permisiones el sujeto normativo puede realizar la acción. Pero la permisión fuerte, de cierta manera, garantiza esa situación, al prohibir a las autoridades normativas el acto (o castigarlo)’.⁽¹⁶⁾

En principio, esa consecuencia es la misma que AB extraen en diversos trabajos. Ellos defienden una tesis *general* acerca de la asimetría en la conexión entre, por una parte, los permisos y los márgenes de discrecionalidad de las autoridades (i.e., “tesis de la asimetría”).⁽¹⁷⁾ Aun cuando la permisión de una conducta sin regular no fuese directamente relevante para el sujeto normativo, ella sería indirectamente relevante porque las calificaciones que ofrecen las normas del *sistema primario* (que regula las acciones de los individuos) tienen una incidencia clave en las normas del *sistema secundario* (que regula las acciones de las autoridades que crean

(15) Al respecto, véase, Guibourg, Ricardo et al., *Lógica, proposición y norma*, pp. 153-158 (Buenos Aires: Astrea, 1980).

(16) SOETEMAN, AREND, ‘On Legal Gaps’, op. cit., p. 328.

(17) Una fuente importante de la versión contemporánea es el estupendo libro de Juan Ruiz Manero sobre la función jurisdiccional. Véase, Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas*, pp. 37 y ss (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990). Luego, ese análisis fue retomada, con argumentos propios, por Fernando Atria, en su importante libro sobre el razonamiento jurídico. Véase, Atria, Fernando, *On Law and Legal Reasoning* (Oxford: Hart Publishers, 2002). Para una reconstrucción de la polémica sobre la tesis de la asimetría, véase, Chiassoni, Pierluigi, ‘El deber de juzgar y las lagunas en el derecho’ en Moreso, José Juan y Redondo, Cristina (eds), *Un dialogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, pp. 97-108 (Madrid: Marcial Pons, 2007).

y aplican el derecho). Por esa razón, puede decirse que AB no niegan la “equivalencia pragmática” entre acciones no reguladas y acciones permitidas expresamente, pero, en cambio, defienden la relevancia *indirecta* de las permisiones.⁽¹⁸⁾

Sin embargo, Soeteman no sólo destaca esa reducción en los márgenes de discrecionalidad como consecuencia de normas que autorizan conductas, sino que también añade que las conductas fuertemente permitidas puede imponer diferentes grados de restricciones. A su vez, las acciones que no han sido reguladas (y por eso se encuentran débilmente permitidas) también pueden tener manifestar consecuencias similares. En ese sentido, la intensidad de una conducta débilmente permitida puede tener diferente graduación, es decir, habría conductas más débilmente permitidas que otras. A diferencia de lo que ocurre con la existencia de normas en un cierto sistema jurídico —que no pueden pertenecer a un sistema con mayor o menor intensidad—, las posiciones normativas pueden retener diferente fuerza institucional.⁽¹⁹⁾ En mi opinión, es un mérito del trabajo de Soeteman recordar que muchos problemas relativos a la fuerza institucional del derecho todavía esperan un análisis adecuado, pero en la próxima sección intentaré mostrar de qué manera sus sugerencias podrían acomodarse en la teoría de AB.

4 | La fuerza de los permisos

Las conductas permitidas en sentido fuerte poseen diferente fuerza institucional conforme al tipo de restricción que ellas imponen. Por ejemplo, un permiso derivado de la regla *nullum crimen* para ejecutar una acción restringe la prohibición retroactiva de A y, en este sentido, los legisladores no pueden válidamente promulgar esa norma retroactiva y los jueces no pueden aplicar retroactivamente la prohibición de A. Sin embargo, nada impide que el legislador prohíba prospectivamente esa conducta.

(18) RUIZ MANERO, JUAN, ‘Algunas concepciones del derecho y sus lagunas’ en Atria, Fernando et al., *Lagunas en el derecho*, p. 119 (Madrid: Marcial Pons, 2005). Recientemente, Eugenio Bulygin ha insistido en la relevancia de los permisos y ha criticado la tesis de la ‘equivalencia pragmática’. Véase, Bulygin, Eugenio, ‘Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición’ en *Doxa* 33 (2010).

(19) Acerca de la fuerza institucional del derecho, véase, Waluchow, Will, *Inclusive Legal Positivism*, pp. 31-80 (Oxford: Oxford University Press, 1994).

Por el contrario, si existe un permiso fuerte que se deriva de una garantía constitucional, entonces esa conducta no puede tampoco ser prohibida prospectivamente por una decisión legislativa ordinaria.⁽²⁰⁾ En este sentido, las conductas permitidas por esa garantía constitucional tiene mayor intensidad que la permisión derivada de la regla *nullum crimen*. Por consiguiente, aunque las acciones reguladas por la regla *nullum crimen* y por las garantías constitucionales están permitidas en sentido fuerte, las proposiciones normativas que afirman que esas conductas están fuertemente permitidas no capturan la diferente intensidad de esas permisiones.

Sin embargo, ¿hay realmente diferencias entre la reconstrucción de Soeteman y el análisis de AB? Para responder a este interrogante es preciso destacar algunos elementos del enfoque de AB que son omitidos por Soeteman. Así, respecto a la creación de normas AB marcan una clara diferencia entre la regulación de una conducta que no ha sido regulada y una conducta que ha sido permitida por una cierta autoridad A ya que, en este último caso, las autoridades inferiores a A no pueden alterar esa situación normativa. Para AB, las permisiones pueden surgir no sólo de las autorizaciones expresamente formuladas por una autoridad sino también a partir de actos de rechazo de contenidos normativos.⁽²¹⁾ Estos actos de rechazo pueden tener por objeto eliminar contenidos normativos existentes en un sistema o impedir la incorporación de ciertos elementos (rechazo por adelantado).⁽²²⁾ Según AB,⁽²³⁾

“Al rechazar ciertas proposiciones de acción, la autoridad normativa declara su voluntad de que esas proposiciones no deben ser miembros del conjunto Cn(A). Eso significa que ellas tienen

(20) SOETEMAN, AREND, ‘On Legal Gaps’, op. cit., p. 329.

(21) ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Sobre la existencia de normas jurídicas*, pp. 83 y ss; Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, ‘La concepción expresiva de las normas’ en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, pp. 131 y ss. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, ‘Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas’ en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, pp. 162-167.

(22) La idea de que un permiso puede surgir a partir de la cancelación anticipadas de prohibiciones había sido adelantada por Raz en Raz, Joseph, ‘Legal Reasons, Sources and Gaps’ en *The Authority of Law*, p. 65 (Oxford: Oxford University Press, 1979).

(23) ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, ‘Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas’ en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, op. cit., p. 163

que ser eliminadas de ese conjunto si pertenecen a él, y no ser incorporados a Cn(A) sino forman parte de él”.

Por ello, en esos casos de rechazo, AB sostienen que “si p es rechazado, entonces –p es positivamente permitido y viceversa: si p es positivamente permitido, entonces –p es rechazado”. Para el caso de los derechos y garantías constitucionales, AB extraen una consecuencia similar a la subrayada por Soeteman: “la constitución rechaza por anticipado ciertos contenidos normativos (aquellos que afectan los derechos básicos), previniendo su promulgación por el poder legislativo, pues si un contenido tal es promulgado por el parlamento, puede ser declarado inconstitucional por los tribunales y no será agregado al sistema”.⁽²⁴⁾

Ahora bien, supongamos que la regla de clausura estuviese expresada en la constitución, ¿sería el permiso positivo que surge del rechazo por adelantado de ciertos contenidos constitucionales más intenso que el permiso constitucional obtenido a partir de la regla *nullum crimen*? La respuesta depende del modo en que evaluemos las semejanzas y diferencias entre ambos permisos. Por una parte, esa regla de clausura limita al parlamento ordinario de manera similar a otras disposiciones constitucionales en el sentido de que ella no puede ser derogada expresa o tácitamente por una legislación incompatible. Cualquier legislación ordinaria incompatible con esa cláusula constitucional es inválida en el mismo sentido en que es inválida una legislación ordinaria incompatible con derechos constitucionales. Pero, también es cierto que los permisos obtenidos a partir de la regla *nullum crimen* desaparecen del sistema una vez que el legislador ordinario ejerce sus competencias normativas y prohíbe conductas que antes no habían sido reguladas. Por tanto, podríamos señalar que los permisos derivados de la regla de clausura no son genuinos permisos fuerte, o también que ellos son *menos intensos* que otros permisos constitucionales.

Sin embargo, este rasgo específico de los permisos derivados de la regla de clausura no exige modificación alguna en nuestra lógica de proposiciones normativas y, por consiguiente, no son una alternativa a la reconstrucción de AB. La regla de clausura es una regla de segundo grado, que

(24) ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, ‘La concepción expresiva de las normas’ en *Análisis lógico y derecho*, op. cit., p. 137.

contiene una estructura condicional peculiar: autoriza a inferir una norma que permite una cierta acción A si no hay una norma que prohíba A. La regla de clausura es una norma expresamente formulada y, en cambio, la norma que permite A es una norma derivada. La validez (pertenencia) de esa norma derivada depende de dos factores (i) de la regla de clausura y (ii) de la inexistencia de la prohibición de A. Si una autoridad competente prohíbe A, entonces el sistema se transforma en dos sentidos: se *expande* con la introducción de la nueva prohibición y se *contrae* con la eliminación de la permisión. De este modo, la menor intensidad de ese permiso —en comparación con otros permisos de rango constitucional— surge de la posibilidad de alterar deliberadamente las condiciones necesarias para la derivación del permiso que establece la regla de clausura.

Para Soeteman, la necesidad de analizar la fuerza de los permisos no se agota sólo en la diferente intensidad de los permisos fuertes, sino que también incluye a los permisos débiles (ausencia de prohibiciones). Comparemos las siguientes situaciones.

(A) Una autoridad no ha regulado una cierta acción R porque no ha advertido su relevancia en un cierto caso, y

(B) Una autoridad ha evaluado a una cierta acción R y ha decidido no regularla. Tanto en A como en B, la acción R se encuentra débilmente permitida, de acuerdo a la definición de “permiso débil” que exige como condición suficiente y necesaria que la acción no se encuentre prohibida en el sistema normativo. Pero, según Soeteman, en (A) la intensidad del permiso es escasa ya que tanto los jueces como los legisladores ordinarios pueden modificar esa situación. Por el contrario, en (B) el permiso débil tiene mayor valor normativo porque surge de una decisión expresa de la autoridad. Por ejemplo, supongamos que una cierta autoridad debate acerca de la conveniencia de prohibir una conducta no regulada y decide expresamente que es mejor dejar esa acción sin calificar normativamente. Esta decisión normativa no puede ser ignorada por autoridades inferiores, que tendrán que respetar esa valoración.⁽²⁵⁾ En estas situaciones, según Soeteman, hay algo más que un simple “silencio” en las normas. Después

.....

(25) SOETEMAN, AREND, ‘On Legal Gaps’, op. cit., p. 329.

de todo, por utilizar una metáfora de Raz, el silencio normativo puede ser más elocuente que las palabras.⁽²⁶⁾

La fuerza que posee una permisión débil en un sistema depende de distintos factores y Soeteman ilustra este hecho señalando que los jueces pueden negarse a decidir sobre una determinada cuestión, señalando que carecen de competencia para ese tipo de asuntos (e.g. determinar cuál es la verdadera religión). El efecto que esas decisiones tienen dependerá de la estructura institucional de cada sistema jurídico ya que las reglas que regulan los efectos de los precedentes judiciales pueden diferir significativamente. Pero, según Soeteman, en esos casos en los que no hay competencia judicial en absoluto para prohibir una determinada conducta, la permisión es más fuerte.⁽²⁷⁾

“... ya que las (potenciales) partes reciben el mensaje de que ningún juez debe prohibir sus actos (la permisión es aún más fuerte si el juez admite el caso y decide que el acto no está prohibido: una situación que es usualmente bautizada como permisión fuerte)”.

Luego, vuelve a enfatizar “que el juez establece una no-prohibición, dado que él no establece norma alguna, pero lo que él hace está en el nivel de las normas y se basa en valoraciones”.⁽²⁸⁾

¿Qué diferencias existen entre este enfoque de Soeteman y el análisis de AB? En primer lugar, hay que destacar que las expectativas que las partes en un litigio pueden tener acerca de las decisiones judiciales es una cuestión empírica y tiene más relación con las disposiciones de los diferentes jueces a seguir ciertos precedentes. Así, en un sistema —como el derecho argentino— en el que las decisiones de los tribunales no son vinculantes para otros jueces, los enunciados sobre la fuerza que tiene una cierta decisión judicial de rechazar pronunciarse sobre un determinado problema

(26) Raz señala que los jueces no tienen libre discreción para cambiar el derecho cuando las normas guardan ‘silencio’. Véase su análisis de la relevancia de las reglas de clausura para el problema de la discreción en Raz, Joseph, ‘Law and Value in Adjudication’ en *The Authority of Law*, op. cit., pp. 192-193.

(27) SOETEMAN, AREND, ‘On Legal Gaps’, op. cit., p. 330.

(28) SOETEMAN, AREND, ‘On Legal Gaps’, op. cit., p. 330.

son conjeturas acerca de la existencia o no de buenas razones para creer que los jueces (u otras autoridades) mantendrán ese silencio.⁽²⁹⁾ Es importante destacar que AB no niegan que las decisiones que discrecionalmente elaboran los jueces en casos de lagunas (donde las conductas están débilmente permitidas) tengan un ulterior impacto. Según AB⁽³⁰⁾

“... el rechazo de la demanda implica permitir al demandado la no realización de la conducta exigida por el actor. Para convencerse de que esto es así, considérese la siguiente situación. Supóngase un sistema jurídico con una laguna: no hay ninguna norma que contemple la conducta p en el caso q(...). Supóngase, además, que a partir de un cierto momento los jueces proceden invariablemente a rechazar todas las demandas en la que la parte actora pretenda que el demandado está obligado a hacer p en las circunstancias q ¿No sería justificado decir que el sistema ha sido modificado, que ha aparecido una nueva norma de origen jurisprudencial conforme a la cual p no es obligatoria en el caso q? Y si se admite que hay una norma que dice que p no es obligatorio en el caso q, entonces p es permitido en sentido fuerte (ya que las normas $\neg Op$ y $P\neg p$ son sinónimas)”.

En otras palabras, la negativa de acoger la pretensión del demandante en casos de ausencia de regulación no añade intensidad a la permisión débil sino que resulta en la creación de una norma permisiva y, consiguientemente, en la permisión fuerte de la acción en cuestión.

5 | La regla de clausura

Soeteman sostiene que el derecho carece de lagunas y fundamenta esa conclusión la fuerza de los permisos y en el hecho de que los individuos pueden hacer todo lo que no está prohibido. Soeteman cree que el hecho de que una conducta no esté regulada (sea débilmente permitida) es suficiente para garantizar que el sujeto no enfrenta restricciones normativas y que, por tanto, *puede genuinamente* ejecutar esa conducta. En su opinión:⁽³¹⁾

(29) Al respecto, véase, Bulygin, Eugenio, “El concepto de vigencia en Alf Ross” en *Análisis lógico y derecho*, pp. 344 y ss.

(30) ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *IMCJ*, op. cit., p. 223.

(31) SOETEMAN, AREND, “On Legal Gaps” op. cit., p. 331

"Parece que las permisiones débiles es todo lo que queda de la permisión en el nivel primario de los sujetos normativos. Si la única permisión que queda en ese nivel primario es una permisión débil, y si esa permisión débil es lo mismo que la ausencia de prohibición, se sigue que las lagunas son imposibles".

Que la ausencia de prohibiciones conlleve algún efecto adicional no es una verdad que pueda asegurar la lógica, sino que será una tesis específica de una *teoría* acerca de las consecuencias que el derecho atribuye a los estados de cosas no regulados. Por ejemplo, podría elaborarse una tesis metafísica sobre las modalidades para mostrar que las conductas que no están reguladas están 'naturalmente' permitidas.⁽³²⁾ O, podría señalarse que en nuestros sistemas institucionales, las conductas que el derecho no regulan son privilegios que afectan a las decisiones que los jueces pueden justificar.⁽³³⁾ En ocasiones, los juristas señalan que las conductas débilmente permitidas están también autorizadas por reglas de clausura.⁽³⁴⁾ Sin embargo, según Soeteman:⁽³⁵⁾

"... las reglas de clausura, aún si estuviesen presentes, son irrelevantes para el problema de las lagunas jurídicas o la ausencia de derecho. Ello es así porque las reglas de clausura no establecen normas para los sujetos. Ellas son normas secundarias para las autoridades, prohibiendo a esas autoridades, bajo ciertas circunstancias, establecer una prohibición... pero una regla de clausura, al no establecer una norma para los sujetos primarios, no da una solución maximal para la cuestión de si ellos tienen permitido o no la ejecución de un cierto acto".

Este argumento de Soeteman es problemático. En primer lugar, no hay razón alguna —ni Soeteman da un argumento específico— para asumir

(32) Al respecto, véase la crítica de AB a Cossio, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, "Libertad y autoridad normativa", en *Análisis lógico y derecho*, op. cit., pp. 239-247. También, Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *IMCJ*, op. cit., p. 189.

(33) Al respecto, véase: Bayón, Juan Carlos, "Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas" en Bulygin, Eugenio et al., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, op. cit., pp. 65-73.

(34) Por ejemplo, Raz, Joseph, "Legal Reasons, Sources and Gaps" en *The Authority of Law*, op. cit., pp. 76-77.

(35) SOETEMAN, AREND, 'On Legal Gaps', op. cit., p. 331.

que la regla de clausura no regula la conducta de los sujetos, sino que impone prohibiciones a los jueces. Por supuesto, podría existir un sistema en el que los jueces tuviesen prohibido decidir de cierta manera en casos no regulados, pero ello no significa que esa regla sea una norma de clausura. Más bien, dado que la función principal de una regla de clausura es ofrecer una solución a los casos que no están regulados en un sistema normativo, se sigue que una norma —dirigida a los jueces o a cualquier otro individuo— que no elimina las lagunas no es una regla de clausura.

Pero, ¿qué función tendría una regla de clausura si las lagunas no existen? La respuesta de Soeteman es que esas reglas añaden intensidad a la permisión débil ya que prohíben a los jueces y legisladores, en ciertas circunstancias, modificar esos permisos. Sin embargo, el argumento podría ser formulado exactamente al revés. Podría sostenerse que una norma de clausura soluciona todos los casos no regulados y que por esa razón, en ciertas circunstancias, los jueces y legisladores carecen de discreción. Por ejemplo, según AB, una regla en el ámbito penal como la que surge de la famosa expresión *nullum crimen sine lege* puede entenderse como,⁽³⁶⁾

“... una regla de clausura que permite todas las conductas no prohibidas por el sistema penal, es decir autoriza a inferir la permisión de una conducta (en un caso dado), si del sistema no se infiere ninguna prohibición de esa conducta (en ese caso)”.

Si asumimos que el Universo de Acciones UA está formado por una única acción básica R, entonces la regla de clausura permite derivar tanto PR y $P \neg R$ en un caso no regulado. Así, ella determina todos los contenidos que corresponden a UA, que es precisamente la característica definitoria de una solución maximal. Por ello, en contra de lo que sostiene Soeteman, en caso de una conducta R que no está regulada por el sistema normativo, de la regla de clausura se infiere una solución maximal.

Aunque fuese verdad, la tesis de la irrelevancia pragmática de conceder expresamente un permiso para situaciones no reguladas, ello no dice nada acerca de la naturaleza maximal o parcial de las soluciones que ofrece una regla de clausura. En el mejor de los casos su argumento sólo serviría para

.....

(36) ALCHOURLÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *IMCJ*, op. cit., p. 198.

sostener que esas reglas son redundantes (i.e. permiten lo que ya está “naturalmente” permitido), pero la naturaleza maximal de la solución que ofrecen no está en cuestión. Más aún, podemos imaginar ciertas situaciones en la que tampoco sería verdad esa supuesta coincidencia pragmática entre permisiones débiles y las soluciones que ofrece una regla de clausura. Supongamos una regla de clausura compleja, que preserva la coherencia y no es reducible a una norma permisiva. Por ejemplo, AB dicen:

“Un ejemplo de regla de clausura compleja podría ser el siguiente: ‘Si de α no se infiere ni ‘Pp’ ni ‘ $P\neg p$ ’ entonces se infiere ‘Fp’; pero si se infiere ‘Pp’ y no se infiere nada respecto de $\neg p$, entonces se infiere ‘Op’. Ciertamente sería difícil justificar desde el punto de vista axiológico una regla de esta índole, que tiene toda la apariencia de ser arbitraria; pero desde el punto de vista puramente teórico tal regla sería inobjetable, pues satisface ambas condiciones de adecuación: clausura el sistema y preserva la coherencia”.

En este caso, la regla de clausura se resuelve en la conjunción de Pp y $\neg P\neg p$. Por supuesto, esta conjunción es una solución maximal y tiene una significativa incidencia en la determinación normativa de conductas que no han sido reguladas. Por consiguiente, creo que podemos desechar dos tesis de Soeteman: (a) las reglas de clausura no ofrecen soluciones maximales y (ii) las reglas de clausura no añaden nada a las conductas débilmente permitidas.

6 | Lagunas y discreción judicial

A pesar de las diferencias que subraya Soeteman entre el análisis de AB y su propia reconstrucción, él cree que hay un acuerdo substancial entre las consecuencias de ambos enfoques en el tema de la discreción judicial. En su opinión, aunque las lagunas no existen los jueces tienen discreción para decidir en casos de permisión débil cuando la ausencia de regulación sea consecuencia de que esa conducta no ha sido valorada por las autoridades del sistema. En casos de que las autoridades hubiesen expresamente decidido no regularlo, entonces esa conducta débilmente permitida tendría intensidad mayor de protección que limitaría la discrecionalidad.⁽³⁷⁾ De igual manera, si los jueces no pueden modificar las nor-

(37) SOETEMAN, AREND, ‘On Legal Gaps’, op. cit., p. 332.

mas del sistema primario a efectos de justificar sus decisiones, entonces una permisión débil adquiere una mayor intensidad que en aquellos otros casos en los que los jueces pueden discrecionalmente decidir un cambio en las calificaciones normativas.

Por su parte, AB señalan que en casos de lagunas los jueces no pueden cumplir con un conjunto de exigencias que frecuentemente contienen los sistemas jurídicos contemporáneos: (i) la obligación de justificar las decisiones en normas jurídicas generales válidas, (ii) la obligación de decidir todos los casos individuales en el ámbito de su competencia. Como en casos de lagunas no hay normas válidas generales para aplicar, el cumplimiento de (ii) lleva a la violación de (i) y, a su vez, si el juez no decide un caso porque no encuentra una norma válida aplicable, entonces no infringe a (i) pero viola a la exigencia (ii). Ello muestra que las autoridades, a menudo, presuponen que en el material jurídico siempre habrá una respuesta para cada controversia, es decir, asumen que el derecho es completo.⁽³⁸⁾ Con independencia de qué obligación los jueces dejan de lado, la única manera de resolver acerca de la calificación normativa de una acción en un caso sin regular es introduciendo una nueva solución para ese caso. Esta es una tesis *conceptual* acerca de la determinación normativa de la conducta. Ahora bien, si los jueces tienen discreción para ello y cuál es su alcance es una cuestión que debe resolverse mediante argumentos empíricos (qué pueden hacer los jueces en un cierto sistema) o normativos (qué deben hacer los jueces de un cierto sistema). En el plano conceptual —contra Soeteman— no hay razones para pensar que lo que confiere discreción a los jueces es el hecho de que las conductas sin regular no hayan sido objeto de valoración previa. Lo que confiere discreción es únicamente el hecho de que es inexcusable decidir incluso cuando la acción no se encuentra regulada. Si los jueces pueden o no ejercer su discreción en esas situaciones dependerá a su vez de otros argumentos (empíricos o normativos).

7 | Conclusiones

El objetivo central del ensayo de Soeteman es mostrar la relevancia de la intensidad que pueden tener una cierta posición normativa (permisos

(38) ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *IMCJ*, op. cit., p. 238.

y deberes). Mientras que una proposición normativa sólo nos dice si una cierta norma forma (o no forma) parte de un sistema, otro tipo enunciados serían necesarios para informar acerca de la intensidad de nuestros derechos y deberes. Los permisos débiles *simples* (por así decirlo) serían aquellas situaciones no reguladas, pero cuando una autoridad valora un cierto estado de cosas y prefiere dejar sin regular esa situación, entonces el permiso débil es *intenso* (por así decirlo). Cuanta mayor sea la jerarquía de la autoridad que valora el evento y lo deja sin decidir, mayor será la intensidad del permiso débil. De igual modo, las permisiones fuertes también tienen diferente intensidad ya que no es lo mismo un permiso que surge de una regla de clausura que otro permiso expresamente consagrado.

En este trabajo he intentado mostrar que más allá del interés que indudablemente tienen el análisis de la fuerza institucional de los permisos, el aporte de Soeteman no puede considerarse una alternativa a la propuesta de AB. Sus principales defectos provienen de (i) sus presupuestos, (ii) su estrategia y (iii) sus consecuencias:

- (i) El presupuesto de que el derecho es completo y coherente no parece una manera adecuada de reconstruir a los sistemas jurídicos y, por consiguiente, no ofrece una razón para sostener que la 'lógica de las proposiciones normativas tiene que reflejar a la lógica de normas'.
- (ii) El análisis de la intensidad de los permisos puede lograrse mediante la introducción de nociones vinculada a la dinámica normativa, e.g. rechazo por adelantado.
- (iii) Las lagunas normativas implican a la permisión débil. Aunque en esas situaciones los individuos pueden (de hecho) desarrollar ciertas conductas sin infringir normas del sistema. Eso no garantiza que no existan diferencias entre permisos fuertes y débiles,⁽³⁹⁾ que no existan lagunas normativas,⁽⁴⁰⁾ o que las reglas de clausura sean irrelevantes.⁽⁴¹⁾

(39) SOETEMAN, AREND, 'On Legal Gaps', op. cit., p. 331.

(40) SOETEMAN, AREND, 'On Legal Gaps', op. cit., p. 331.

(41) SOETEMAN, AREND, 'On Legal Gaps', op. cit., p. 331.

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.
- ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Sobre la existencia de normas jurídicas*, Valencia, Venezuela: Universidad de Carabobo, 1979.
- ATRIA, FERNANDO et al, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- ATRIA, FERNANDO, *On Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishers, 2002.
- BULYGIN, EUGENIO, ATIENZA, MANUEL y BAYÓN, JUAN CARLOS, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- CHIASSONI, PIERLUIGI, “El deber de juzgar y las lagunas en el derecho”, en José Juan Moreso y Cristina Redondo (eds), *Un dialogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- GUIBOURG, RICARDO et al., *Lógica, proposición y norma*, Bs. As., Astrea, 1980.
- POGGI, FRANCESCA, *Norme permissive*, Turin, Giapichelli, 2004.
- RAZ, JOSEPH, “Legal Reasons, Sources and Gaps”, en *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- RUIZ MANERO, JUAN, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas” en Atria, Fernando et al., *Lagunas en el derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2005.
- RUIZ MANERO, JUAN, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1990.
- SOETEMAN, AREND, “On Legal Gaps”, Ernesto Garzón Valdés et al. (eds.) en *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlín, Duncker, 1997.
- VON WRIGHT, GEORG HENRIK, “Prólogo”, en ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- VON WRIGHT, GEORG H., *Norm and Action*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.
- WALUCHOW, WILL, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

El paradigma discursivo de la “ciencia social”

*“... Preguntar es estar construyendo un camino (...)
Porque el preguntar es la piedad del pensar ...”*
Martin Heidegger⁽¹⁾

por **R. IGNACIO URRIZA**⁽²⁾

Resumen

En esta reflexión se procura cuestionar el paradigma discursivo de la “ciencia social”. Desde los aportes críticos de la sociología del conocimiento, se intenta poner en evidencia el marco referencial de poder en el que tal discurso se inserta, el que a su vez (re)produce y legitima. De este modo, se propicia visibilizar el contenido ideológico de las “ciencias sociales” y su condicionamiento social, al tiempo que deconstruir los mitos de “la verdad”, la “objetividad” y la “neutralidad”.

Se ha procurado detectar las posibles falacias que esconden los discursos que abordan “lo social” y que gozan del estatuto de cientificidad como autoprolama de “verdades”, “objetividades”, “neutralidades”, “apolitichidades” y otras pretensiones cercanas a una supuesta asepsia que los mantendría impolutos frente a un inmanente diagrama de poder del que,

(1) HEIDEGGER, MARTIN, “La pregunta por la técnica”, en Martin Heidegger, *Conferencias y artículos*, Eustaquio Barjau (trad.), Ediciones del Serbal, Barcelona, 1994, pp. 9-37. Ver texto en: www.heideggeriana.com.ar/textos/tecnica.htm.

(2) Abogado. Docente de la cátedra de Derecho Penal Luis Niño UBA.

con mucho, forman parte, reproducen y, en muchos casos, legitiman. En tal sentido, un discurso que abreve en una problemática social desde un enfoque crítico con pretensión desestabilizadora del orden de cosas no necesita del llenado del formulario de admisión al selecto colegio de los "científicos sociales", sino más bien todo lo contrario: denunciar que los discursos científicos no son más que discursos y, eventualmente, ponderar con qué finalidades se publicitan bajo la etiqueta de la "ciencia social".

En función de ello, este paradigma discursivo de la "ciencia social" debe ser puesto en crisis mediante diversas categorías críticas que permitan entender la estructura y complejidad de las "teorías científicas sociales". Parte de esa labor puede abrevarse mediante la introducción de algunos conceptos elaborados por la sociología de la ciencia y por algunas nociones básicas de las principales visiones filosóficas de la ciencia. A tal fin, se ha optado por analizar los núcleos teóricos aplicables a los fines críticos esbozados y desarrollados en estos trabajos: "¿Es ideológico todo conocimiento de lo social?", de Pierre Ansart; "Los paradigmas científicos" y *La estructura de las revoluciones científicas*, de Thomas Kuhn; *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas* y *La verdad y las formas jurídicas*, de Michel Foucault; "La objetividad del conocimiento a la luz de la sociología del conocimiento y del análisis del lenguaje", de Adam Schaff; *Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, de Paul Feyerabend; *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, de Louis Althusser; *El Hombre Unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, de Herbert Marcuse; *Papeles de filosofía II*, de Enrique Marí; *Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas*, de Claudio Eduardo Martyniuk, y "Un fragmento (1977): objetivismo en las ciencias sociales", de Jürgen Habermas.

En aras de propugnar un atisbo de claridad expositiva, se intentará extraer los núcleos teóricos de cada pensamiento en forma separada; sin perjuicio de ello, se procurará dinamizar la exposición mediante una suerte de diálogo entre ellos allí donde el tópico lo permita en virtud de una coincidencia conceptual.

En rigor de "verdad", quienes más han coadyuvado a la idea original de esta monografía probablemente hayan sido Schaff, Althusser, Foucault y Mannheim, aunque desde aquí se adelanta, a partir de una mirada des-

encantada (pero como una paradoja del mandato del "método científico", que proscribe en forma encubierta la necesaria verificación de toda hipótesis), el fracaso de la labor (y desde una perspectiva historicista, una oportunidad de búsqueda para el cambio): sin perjuicio de que muchos de los aportes de los autores de referencia devienen de suma importancia para la elaboración de la puesta en crisis del paradigma de la "cientificidad social", no se ha dado con "la" o "las obras" que sienten las bases sólidas para la edificación de un nihilismo discursivo, lo que obligará al lector a una crítica más parcial o coyuntural de la que se había deseado. Se trata, en definitiva, más que de una rigurosa deconstrucción de la "ciencia social", de una aproximación a un estudio del marco referencial de poder en el que se desarrolla y reproduce todo discurso, aunque colocar dicho término en la portada hubiese resultado demasiado pretencioso para el acotado margen de la obra y las capacidades del autor.

Por otro lado, conviene aclarar desde el vamos que, ora por exceder en mucho las posibilidades de un estudio crítico en este espacio, ora por no resultar tan evidente como en el caso de los discursos que analizan directamente lo social, lo cierto es que no serán aquí seleccionadas las "ciencias naturales" como objeto crítico discursivo, sin perjuicio de que tampoco resultarían ajenas a las consecuencias que engendraría la caída del paradigma científico *in situ*.⁽³⁾ En la misma sintonía, al hablar de "ciencias sociales" se lo hará en sentido genérico, aludiendo a un campo del saber que por razones de tiempo y espacio no se podrá ahondar ni en su origen ni en su desarrollo tipológico, de modo de consensuar en una intuición respecto de lo que queremos abarcar con el término: un conjunto de discursos históricamente determinado que toma por objeto al hombre en lo que tiene de empírico.

I | ¿Ciencia social? ¿Objetiva? ¿Neutral?

"...En algún punto perdido del universo, cuyo resplandor se extiende a innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el que unos

(3) Adscribimos a la duda kuhniana de que quienes practican las ciencias naturales posean respuestas más firmes o permanentes que sus colegas en las ciencias sociales. Ver KUHN, THOMAS, *La estructura de las revoluciones científicas*, 1ra. ed, 7ta. reimp., Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 13.

animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue aquél el instante más mentiroso y arrogante de la historia universal...”
Friedrich Nietzsche⁽⁴⁾

I.I | La ciencia, por Adam Schaff

Tal como se adelantara en el prefacio, el artículo de Schaff se ubica en una línea afín con las pretensiones explicitadas, por cuanto se centra en la discusión epistemológica sobre la “verdad” y la “objetividad”, a la luz de las “ciencias sociales”. El traductor e introductor del estructuralismo en habla castellana, Eliseo Verón, ubica a nuestro autor en la tradición marxista y en la sociología del conocimiento,⁽⁵⁾ de modo de permitirle discutir el condicionamiento social del conocimiento; esto es, cómo la ideología y la sociedad necesariamente influyen en forma decisiva en la elaboración de todo discurso social que se precie de ser “científico”.

En virtud de ello, Schaff adjunta a su abordaje desde la sociología del conocimiento el análisis del lenguaje, remarcando que el sujeto cognoscente es siempre un individuo concreto, lo que lo transforma en un ser socialmente formado y condicionado, configurando la categoría conceptual de “individuo social” por oposición al “individuo autónomo”, allí donde la concepción del individuo como ser “autónomo”, es decir, independiente de todo condicionamiento y de toda determinación social, así como la concepción de la “pura” subjetividad del conocimiento individual, se apoyan en una especulación metafísica.⁽⁶⁾ De contrario, el individuo no es ya un sujeto totalmente extraño y opuesto a la sociedad, por cuanto emerge como un producto social a través del cual la sociedad, en cierta forma, se manifiesta. Así, la confluencia de la sociología del conocimiento y del análisis del lenguaje permite advertir tanto las influencias que ejercen los intereses de un grupo social sobre la visión que el individuo tiene de la realidad, como las influencias del lenguaje socialmente formado sobre el

(4) NIETZSCHE, FRIEDRICH, *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*, en FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, 1ra. ed., Barcelona, Gedisa, 1999, p. 19.

(5) Ver VERÓN, ELISEO (dir. de selección), *El proceso ideológico*, 1ra. ed., Bs. As., Tiempo Contemporáneo, 1971, pp. 9/10.

(6) Ver SCHAFF, ADAM, *La objetividad del conocimiento a la luz de la sociología del conocimiento y del análisis del lenguaje*, en ELISEO VERÓN (dir. de selección), *El proceso ideológico*, op. cit., p. 67.

pensamiento individual, empezando por la percepción y la articulación del mundo que un sistema lingüístico dado impone.⁽⁷⁾

Acierta Schaff en dar en un punto neurálgico a la hora de "desobjetivizar" a la ciencia, al señalar con precisión que "... No sólo se trata de afirmar el hecho —y concretar la tesis general— de que el factor subjetivo existe en el conocimiento sino, sobre todo (...) demostrar y analizar las raíces sociales de esta subjetividad ...".⁽⁸⁾ Es por ello que el autor hace un juego de palabras con lo objetivo-subjetivo, allí donde lo subjetivo se transporta a lo social, tradicionalmente opuesto a lo individual y a lo subjetivo. En efecto, lo subjetivo, si bien inherente a la producción discursiva, pues el discurso emana de un sujeto cognoscente (aquí, individuo social), deja de ser el punto de partida del proceso cognoscitivo, pasando en su lugar el complejo resultado de influencias sociales de las que el propio sujeto cognoscente es el producto.

En esta dialéctica objetividad-subjetividad, Schaff denuncia en el propio Marx la pretensión de conocimiento "objetivo" y la aprehensión de la "verdad" en las "ciencias sociales", es decir, como buen positivista, Marx creía en el progreso de la "ciencia".⁽⁹⁾

La preconfiguración en forma de ideología de los estereotipos sociales deviene anterior e inmanente a todo discurso "científico" y, en tal carácter, Schaff coloca especial énfasis en la influencia que los intereses de clase ejercen sobre el conocimiento, es decir, sobre la percepción del mundo y sobre su formulación articulada. En tal carácter, se interroga acerca de que "... La cuestión que nos preocupa es la siguiente: el conocimiento

(7) Ver SCHAFF, ADAM, *ídem*, p. 47.

(8) *Ídem*, p. 48.

(9) Esta denuncia determinista, aunque algo más sutil, en función de su marxismo tardío, también le cabe al propio Schaff: "... el conocimiento (...) porque es relativo y es un proceso, es una progresión hacia lo perfecto ...". SCHAFF, ADAM, *ídem*, p. 72. En nada modifica esta imputación positivista el hecho de que termine reconociendo el carácter inasequible de la verdad absoluta, más allá de que alegue que "... Superando las verdades relativas, el hombre no llega a la verdad absoluta sino que alcanza una verdad relativa de rango superior ...". SCHAFF, ADAM, *ídem*, p. 78. De todos modos, Martyniuk adjudica al Círculo de Viena y al neopositivismo que en él se inserta, el haber enseñado que la objetividad no es una esencia absoluta, sino más bien lo contrario, es decir, "... la posibilidad de comunicación y constatación subjetiva...". Ver MARTYNIUK, CLAUDIO E., *Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas*, 1ra. ed., Bs. As., Biblos, 1994, p. 43.

así condicionado (dejando abierta la cuestión de su alcance y extensión), ¿puede ser objetivo? En otros términos: el conocimiento así condicionado, ¿puede ser calificado de científico y puede considerarse su resultado como una verdad objetiva? ...".⁽¹⁰⁾

Sin embargo, advertimos en *La objetividad del conocimiento...* que Schaff sigue preso del paradigma cientificista, característico de una visión marxista ortodoxa y decimonónica. Figúrese que sigue empleando acríticamente categorías como "importancia científica", "ciencias exactas" o "realidad social objetiva". En el fondo, también busca y anhela que su discurso (crítico, por cierto) sea admitido en el estatuto de científicidad, como si con él adquiriera legitimidad y poder (lo que, en realidad, viene a demostrar, una vez más, la naturaleza del paradigma de la ciencia: legitimidad y poder; saber y dominación). Lamentablemente, este problema será recurrente en la totalidad de los pensamientos aquí seleccionados, por cuanto casi todos, a excepción quizá de Foucault y Mannheim sucumben en el paradigma científico-discursivo.

Ello se ve muy claro a poco de que Schaff confiese su finalidad.⁽¹¹⁾ En efecto, él cree que, tomando conciencia de la referida dialéctica objetividad-subjetividad, es posible lograr un conocimiento objetivo en el campo de las "ciencias sociales". Esta ficción legitimante e imprudentemente funcional a la reproducción discursiva hegemónica es atemperada mediante la introducción de un registro crítico de importancia: la sociología del conocimiento de Mannheim. En efecto, Schaff destaca en él el carácter radical de su punto de vista sobre la objetividad del conocimiento en las ciencias sociales, donde todo conocimiento en el campo de los fenómenos sociales está necesariamente condicionado por los intereses de los grupos sociales a los cuales pertenecen el observador y el investigador; es decir, es el resultado de un punto de vista definido. Por consiguiente, sentenciará Mannheim, "... cada conocimiento en el dominio de los fenómenos sociales, es conocimiento parcelado, y por lo tanto parcial. Ningún pensador, ninguna teoría puede pretender el conocimiento y la verdad objetivos ...".⁽¹²⁾

.....

(10) SCHAFF, ADAM, op. cit., p. 52.

(11) Ídem, p. 63.

(12) MANNHEIM, en Adam Schaff, op. cit., p. 53. A propósito, Marí prescribe que "... Mannheim no consideró las escisiones sociales como simples divergencias de intereses sino como

No obstante, Schaff percibe las consecuencias de este planteo radical y, atemorizado, reniega del ataque paradigmático y otorga un salvavidas a la práctica de las "ciencias sociales", "la verdad objetiva" y a un supuesto rigor en el campo del conocimiento. Es por ello que desinsacula "...la moneda menuda de verdades subjetivas particulares en función del punto de vista elegido y de la perspectiva ...", ⁽¹³⁾ que es lo que de veras se trata cuando se habla de "ciencia". En definitiva, cuando Schaff percibe que no puede hablarse de un conocimiento "científico", da en la tecla por negación a la puerta de acceso de una sociología crítica del conocimiento: un relativismo que destruya el valor "científico" de las afirmaciones, un escepticismo radical que no claudique ante el abismo "epistemológico" que implica la caída del paradigma de la "ciencia". Así, el relativismo da inevitablemente nacimiento al subjetivismo y hace que la "ciencia objetiva" sea difícil de defender.

De todos modos, el ataque de Schaff a Mannheim no se sustancia en una mera discrepancia carente de fundamento. En forma interesante, Schaff se subroga en la deducción de las conclusiones que el propio Mannheim no habría extraído de sus propias premisas y, en consecuencia, afirma que pese a no haber sido formulado en forma expresa, Mannheim ha admitido tácitamente "... que el valor de verdad sólo es predicable de las verdades absolutas en tanto que las verdades llamadas relativas son falsas ...". ⁽¹⁴⁾

Lo cierto es que tanto Schaff como quien suscribe prefieren, en el último caso por razones de tiempo y sobre todo espacio, no adentrarse en los detalles complicados de la teoría de la verdad en general ni de las correlaciones entre la verdad absoluta y la verdad relativa, aunque no deja de ser un tópico susceptible de inclusión en el horizonte de proyección de un hipotético próximo trabajo que profundice estas líneas de investigación. En tal sentido, bueno es aclarar que con motivo de las dos dimensiones recién citadas que desvelaran a Einstein, no se ha hecho participar al aludido Mannheim de alguna fuente directa, metodología que deviene prioritaria

divergencias en el modo de pensar ...". Ver MARÍ, ENRIQUE E., *Papeles de filosofía II*, 1ra. ed., Bs. As., Biblos, 1996, p. 127.

(13) SCHAFF, ADAM, op. cit., p. 53.

(14) Ídem, p. 54.

teniendo en cuenta la cercanía conceptual de su desarrollo discursivo con los registros conceptuales que aquí se pretenden.

Más allá de la ligera digresión, teniendo en cuenta que el conocimiento de los fenómenos sociales está siempre socialmente condicionado y, por consiguiente, no es nunca enteramente imparcial, Mannheim niega en forma certera el valor de verdad objetiva al conocimiento de los fenómenos sociales. No obstante, Schaff cree que esto supone identificar la verdad objetiva y la verdad absoluta, lo que considera un fracaso, aunque no explica por qué.

En esta línea discursiva, trae a cuento la teoría de la relatividad lingüística como expresión de la tesis del relativismo en la que se enrola Mannheim y la que aquí se abraza. Así, convocando a Herder y a Wilhelm von Humboldt, se sintetiza diciendo que el sistema de una lengua dada influye sobre el modo de percepción y de articulación del mundo en los miembros de la comunidad lingüística que la hablan y, por consiguiente, sobre su modo de pensamiento; es decir, pensamos como hablamos, afirma von Humboldt.⁽¹⁵⁾

La idea fundamental del análisis del lenguaje propuesto por la teoría de la relatividad lingüística radica en que el lenguaje no es más que un producto social que refleja una realidad social dada y que influye sobre el modo de pensamiento de los hombres en la medida en que incide sobre su percepción y su articulación del mundo y, por consiguiente, sobre su interpretación mental. Este núcleo teórico también ayuda a poner en crisis el paradigma tecno-científico, pues si el lenguaje define la manera de pensar, si somos incapaces de pensar de otro modo que con ayuda de una lengua, es innegable que el sistema de la lengua en la que pensamos influye sobre nuestros contenidos y determina nuestros modos de pensamiento.

En tanto, aceptamos con Schaff que puede haber pleonismo cuando se habla de "verdad objetiva", toda vez que la verdad es *ex definitione* objetiva. Asimismo, y pese a lo antedicho, adentrarse en disquisiciones en torno a artificiosas divisiones de verdades (objetivas, relativas, absolutas, etc.) no parece conducente, sino más bien un prístino fraude

(15) HUMBOLDT, en Adam Schaff, op. cit., p. 56.

de etiquetas, una falsa antinomia para salvaguardar ciertos espacios de poder discursivo en torno a una pretendida inmutabilidad de "la verdad" elegida de entre todas esas tipologías. Desde aquí se adelanta que resultará relevante la estocada proporcionada por Kuhn⁽¹⁶⁾ cuando desmitifique la creencia de que la "ciencia" es una empresa única, monolítica y unificada, que debe sostenerse o derrumbarse tanto con cualquiera de sus paradigmas como con todos ellos juntos. En tal sentido, la "ciencia" parece más bien una estructura desvencijada con muy poca coherencia entre sus diversas partes. Sin embargo, dable es destacar que, aún resultando perturbadora la manifestación, entendemos que hay que tornarla aún más perturbadora, pues de lo contrario, sostener la mutación de paradigmas contraria a la univocidad monolítica, pero aún dentro del "gran paradigma" de la ciencia, equivale a legitimarla y salvaguardarla por sobre las crisis de los paradigmas. Marcuse lo dirá mejor: "... La continua auto-corrección de la ciencia —la revolución de sus hipótesis que es construida dentro de sus métodos— propaga y extiende en sí propia el mismo universo histórico, la misma experiencia básica ...".⁽¹⁷⁾

En esta batalla por el sentido, no parece necesario detenerse en la, por un lado, evidente relación cognoscitiva del sujeto cognoscente y del objeto conocido, pero, por el otro, en la pretendida calificación de conocimiento "objetivo" en virtud de dicha relación; esto es, la ficción de entender por "objetividad" una aséptica relación entre el sujeto y el objeto. De lo contrario, implicaría suponer que quien emite el discurso no es el sujeto cognoscente, sino el propio objeto de conocimiento, en clave en exceso surrealista o, mejor dicho, de ciencia-ficción, donde, valga la tautología, la ciencia es ficción. No se trata de negar que el objeto exista **fuera** del sujeto cognoscente, sino de que esa existencia sea **independiente** del sujeto cognoscente. Una imputación de este tenor puede realizarse en contra de la concepción mecanicista del proceso cognoscitivo, que cree que el sujeto es un miembro pasivo de la relación cognoscitiva, aseverando, por el contrario, la concepción de un papel irreductiblemente activo del sujeto en el conocimiento, donde el individuo social o sujeto cognoscente introduce siempre en el conocimiento su aporte íntegramente subjetivo.

(16) KUHN, THOMAS, *La estructura de las revoluciones científicas*, op. cit., p. 89.

(17) MARCUSE, HERBERT, *El Hombre Unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, 5ta. ed., México, Joaquín Mortiz, 1969, p. 182.

Sin embargo, la naturaleza materialista (subsumida en el diagrama de poder diseñado por una organización social históricamente concretizada) de esa subjetividad invalida la tesis sobre la existencia objetiva del objeto por oposición al modelo mecanicista de la relación cognoscitiva, sin renegar de un modelo activista que coherentemente lleve a negar la existencia objetiva del objeto, lo que no implica caer en un idealismo por las consideraciones materialistas-históricas con las que se describe el conocimiento como dispositivo o engranaje de saber/poder. Para decirlo con el ejemplo de Schaff,⁽¹⁸⁾ subvirtiéndolo: las cuestiones referentes a la imagen del mundo, en tanto parte integrante de un discurso, tienen un todo que ver con las cuestiones relativas a la subjetividad de la existencia del mundo; en otras palabras, la supuesta "objetividad" de la existencia del mundo es un atributo del que pretende valerse un determinado discurso para negar la eminente subjetividad del discurso. La imagen del mundo es mutable. Es por ello que la pretendida escisión entre una confesa relatividad de la "verdad" a cambio de salvaguardar la objetividad es una falsa antinomia, que termina por confundir los planos de análisis discursivos.

De este modo, basta con desechar esta premisa manifiestamente idealista para que el edificio artísticamente construido sobre estos cimientos se venga abajo como un castillo de naipes. Desde una perspectiva crítica centrada en la realidad discursiva, es precisamente el sujeto cognoscente quien "crea" el objeto del conocimiento, siendo este objeto el producto o la construcción de su discurso. Sin sucumbir en el solipsismo que implicaría afirmar que el sujeto "crea" el "objeto" en la "realidad", debe advertirse que el "objeto" tal cual es percibido por el receptor del discurso es "creado" por y en ese discurso.

Acierta Schaff cuando evidencia que al hablar de los condicionamientos sociales sobre la actitud cognoscitiva del individuo, se borra la línea de demarcación entre lo subjetivo y lo objetivo en el proceso de conocimiento, pues el llamado factor subjetivo es claramente de origen social, por lo tanto es "exterior" con relación al individuo.⁽¹⁹⁾

(18) Ver SCHAFF, ADAM, op. cit., p. 70.

(19) Ver SCHAFF, ADAM, ídem, p. 67. En rigor, se ha suprimido la categoría de "objetivo" que ha utilizado a continuación de la de "exterior", por las consideraciones que hasta aquí se vienen desarrollando.

En definitiva, tanto la sociología del conocimiento como la teoría de la relatividad lingüística tienen en común la tesis del condicionamiento social del conocimiento humano. Desde allí es dable concluir la multiplicidad de verdades y la admisión de la subjetividad de la verdad, lo cual evidentemente incide en el problema del valor de verdad de este conocimiento, a más de necesariamente repercutir en el paradigma discursivo-científico. En esa lógica, y atento la imposibilidad de obtener verdades objetivas en el conocimiento humano, se plantea en forma de *ultimátum* la imposibilidad de una "ciencia universalmente aceptada". Tanto la sociología del conocimiento como la teoría de la relatividad lingüística niegan la objetividad del conocimiento y de la verdad y, por lo tanto, niegan la ciencia de los fenómenos sociales. Es así como en forma coherente se infieren conclusiones radicales hasta las últimas consecuencias que llevan a la necesaria destrucción de la "ciencia social".

1.2 | Lo ideológico o el conocimiento de lo social según Pierre Ansart

Ansart va a plantear como tesis central de su trabajo⁽²⁰⁾ el problema de saber si el pensamiento, en el momento en que se da como objeto la vida social, puede evadir la ideología. En tal sentido, debe introducirse una crítica epistemológica de la sociología, mediante un examen crítico del recelo existente entre los "científicos sociales" ante la ideologización; en especie, merituar la hipótesis sociológica de la superación de las "interferencias ideológicas".

Esta esperanza mesiánica de los fundadores de la sociología⁽²¹⁾ se ha apoyado sobre un trabajo de negación de la relación entre saber e ideología del que, afortunadamente, Ansart se muestra escéptico mediante el recurso al concepto de "coeficiente ideológica", tomado de George Gurvitch,⁽²²⁾ por el cual ninguna creación sociológica ha podido escapar de ese común denominador. En esa línea, planteará la firme convicción de

(20) ANSART, PIERRE, "¿Es ideológico todo conocimiento de lo social?", en Jean Duvignaud, (comp.), *Sociología del conocimiento*, México, FCE, 1982, p. 31.

(21) Se presume que Ansart refiere a Durkheim, Weber y Marx.

(22) ANSART, PIERRE, op. cit., p. 32.

que es imposible renovar la operación que pretende disociar la ideología y la creación científica,⁽²³⁾ "... esta disyunción escolar que aparta lo ideológico de lo científico como el error de la verdad ...".⁽²⁴⁾

En este sentido, un registro interesante de esta obra finca en la crítica materializada en perjuicio de autores a su vez críticos como Proudhon o Marx, donde la intención de romper con los esquemas del saber dominante y producir un conocimiento "científicamente fundamentado" no deja de ser ideológico, por cuanto la ideología por ellos perseguida en las premisas, se vuelve a encontrar, bajo otra forma, en las conclusiones. Esto es lo mismo que advierte Kuhn cuando refiere que el investigador "científico" conoce "... aun antes de que su proyecto de investigación esté en marcha, casi hasta los mínimos detalles del resultado al que llegará ese proyecto ...".⁽²⁵⁾ Las conclusiones que pueden extraerse del hecho de que se sepa todo de antemano, excepto los detalles del resultado, desnuda la falacia del método "científico", por el cual el investigador de lo social se autoformuló una hipótesis, luego la desarrolló y finalmente la "verificó"; en efecto, la "hipótesis", aún de "no corroborarse", está viciada desde el vamos, pues no es hipótesis. En forma sagaz, Ansart acusa la posibilidad de que un sociólogo pueda, "... en algunas páginas, desarrollar los elementos más rigurosos de una deconstrucción y, en otros pasajes, complacerse repitiendo los mensajes de una ideología ...".⁽²⁶⁾ De hecho, dirá luego Foucault, "... no existe, ni aun para la más ingenua de las experiencias, ninguna semejanza, ninguna distinción que no sea resultado de una operación precisa y de la aplicación de un criterio previo ...".⁽²⁷⁾

(23) Ver ANSART, PIERRE, ídem, p. 41. Nótese que "creación científica" no se ha entrecorrido, pues así no lo ha hecho el autor, en consonancia con la crítica que se iniciará con Schaff atinente a la ausencia de la puesta en crisis del paradigma que nos convoca.

(24) ANSART, PIERRE, ídem, p. 44.

(25) KUHN, THOMAS, *Los paradigmas científicos*, en BARRY BARNES y otros, *Estudios sobre sociología de la ciencia. Compilación e introducción de Barry Barnes*, 1ra. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1980, p. 80. Por otro lado, se pregunta el autor, ¿quién diseñaría y construiría complejos aparatos para fines especiales sin una firme garantía de que ese esfuerzo, de tener éxito, daría los frutos previstos? Ver KUHN, THOMAS, *Los paradigmas científicos*, op. cit., p. 93.

(26) ANSART, PIERRE, op. cit., p. 36.

(27) FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, 28a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1998, p. 5.

Al mismo tiempo, y en forma similar al concepto de acción comunicativa de Habermas,⁽²⁸⁾ se releva en forma por demás aguda que "... El sociólogo no viene a proponer sus construcciones en un espacio neutro (...) Las ideologías políticas y sociales han construido, antes que él, la representación de lo social ...".⁽²⁹⁾ En consecuencia, el sociólogo no puede permanecer indiferente o indemne a un espacio comprometido desde el vamos.

Ansart cree, a la manera de Popper,⁽³⁰⁾ en la elaboración de procedimientos eficaces de ruptura continua que permitan una práctica permanente de crítica,⁽³¹⁾ o en palabras de Foucault, "... un perpetuo principio de inquietud, de poner en duda, de crítica y de discusión de aquello que por otra parte pudo parecer ya adquirido ...".⁽³²⁾

Distingue así una tipología de tres sistemas de conocimiento/no conocimiento (ideologías): ideologías políticas, sociales y societarias.⁽³³⁾ El traba-

(28) En el capítulo "Un fragmento (1977): Objetivismo en las ciencias sociales", de Habermas, se basa la teoría sociológica de la acción en el concepto de entendimiento y se la desarrolla como teoría de la acción comunicativa. Así, Habermas arguye que el científico social no puede tener distinto acceso que el lego al ámbito objetual de las ciencias sociales, de modo que para ello hay que abandonar la actitud objetivante que adopta el observador frente a los estados y sucesos (físicamente medibles), y sustituirla por la actitud realizativa (*performative Einstellung*) de un participante en la comunicación, pues los significados sólo pueden alumbrarse "desde adentro". El concepto fundamental de esta actitud realizativa estriba en las intuiciones de un hablante que acepta las condiciones a que está sujeta la participación en una comunicación ya iniciada, pues "... el científico social no puede asegurar la objetividad de su conocimiento adoptando el ficticio papel de un "desinteresado" y huyendo a un lugar utópico fuera del plexo social que le es accesible en términos comunicativos ...". De allí la importancia desmitificadora en lo que a pretensa objetividad científica atañe, pues "... al pasar después de la actitud realizativa en que ha tenido acceso a los datos, a una actitud objetivante, en que los describe, no puede neutralizar, ni siquiera a *posteriori*, la cuota que, al tomar postura, ha tenido la producción del contexto de experiencia ...", tal que en modo alguno la teoría pueda separarse de la práctica ni, por consiguiente, pueda alcanzarse objetividad en el conocimiento. Ver HABERMAS, JÜRGEN, *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 457, 459/60, 467 y 482.

(29) ANSART, PIERRE. op. cit., p. 42.

(30) POPPER, KARL, *La miseria del historicismo*, Bs. As., Alianza, 1992, p. 176.

(31) ANSART, PIERRE, op. cit., p. 33.

(32) FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, op. cit., p. 363.

(33) Las ideologías sociales se vinculan con los aparatos ideológicos de Althusser y devienen sistemas menos aparentes que los políticos y que por tal razón se imponen en mayor medida, regulando las conductas en todas las formas de la vida social, desde la producción

jo hará hincapié en las primeras de las tipologías que, resultando las más visibles, encuentran vinculación con el hecho de que, consciente o inconscientemente, todos los investigadores de lo social⁽³⁴⁾ asumen una posición política o una posición en relación a la política de su tiempo, destacando que estas tomas de posición se ligan íntimamente con el contenido de sus escritos.

Lo interesante resulta de la comparación entre *El Capital* y el *Manifiesto Comunista*, a partir de la que —considerando que el tratado es de análisis y el libelo de persuasión— Ansart se pregunta si la adhesión a una ideología y la voluntad de promoverla no constituyen una de las condiciones de la clarividencia y del conocimiento, pudiendo agregarse, en lo aquí respecta, de sinceridad y de develamiento. De esta forma, y destruyendo uno de los mitos sobre los que se sustenta el paradigma de la “ciencia” social, Ansart proclama que “... la ideología política no impide el descubrimiento y el conocimiento sino más bien la condición de su profundización ...”.⁽³⁵⁾

Por otro lado, el autor de *Los clínicos de las pasiones políticas* pronostica una consecuencia que se puede derivar de la puesta en crisis de la etiqueta “ciencia” social, en forma paralela a su propuesta de imbricación y deconstrucción sociológica del dispositivo ideología/saber. Así, estas nuevas construcciones cuestionan los valores y la propia ideología del sistema, y quizá constituya una “... denuncia de lo establecido y una amenaza

..... hasta la vida privada. Ansart advierte en forma prudente que puede acontecer una ruptura aparentemente radical en el plano político donde, sin embargo, se reproduzcan o inclusive refuercen los modelos de conformidad sociales sobre los que trabaja Robert K. Merton. Al mismo tiempo, las ideologías societarias son formas ideológicas aún más duraderas y menos perceptibles, y se cita el caso de las ideologías de la industrialización y de los Estados-naciones donde, por caso, resulta preso el propio Ansart al hipostasiar “Estado” con mayúscula. En tal sentido, en los estertores de su trabajo planteará un registro de análisis caro al emblema de *Vigilar y castigar* de Michel Foucault: “... Una historia de la sociología se trazaría no sólo en sus contenidos sino en sus momentos de clarividencia excepcional, en los cuales la creación no alcanza solamente el nivel de las ideologías políticas sino el nivel de las ideologías globalizadoras, societarias, situadas en el gran curso de la historia ...”. Ver ANSART, PIERRE, op. cit., pp. 34/5 y 44.

(34) En aras de no colocar en boca de Ansart asertos que no hayan salido de allí, es menester reconocer que él ha citado los casos de Saint-Simon, Proudhon, Marx, Quételet, Durkheim y Weber, aunque, antes bien, reconoce que la lista puede ser ampliada, lo que aquí se hace con la totalidad de la corporación discursiva mediante el eufemismo “inconscientemente”. Ver ANSART, PIERRE, op. cit., p. 37.

(35) ANSART, PIERRE, op. cit., p. 40.

simbólica para las fuerzas provisoriamente dominantes. Hay que prever, entonces, que esta nueva construcción sufra un rechazo más o menos represivo, por parte de las fuerzas establecidas, y sea designada como una producción falaz, o en otras palabras ideológica ...".⁽³⁶⁾

1.3 | El paradigma de la científicidad bajo la óptica de Thomas Kuhn

1.3.1. Leve digresión: todo vale, y Feyerabend también

A la manera del impacto mediante imágenes utilizado para el gráfico del castigo utilizado por Foucault en *Vigilar y castigar*, Kuhn saca una fotografía de la "ciencia objetiva y neutral":

"... la imagen del científico como una persona que está sin compromisos detrás de la verdad (...) el hombre que rechaza los prejuicios en el umbral de su laboratorio, que reúne y examina los hechos desnudos y objetivos, y que es fiel a los hechos y sólo a ellos (...) que hacen tan valioso el testimonio de los científicos cuando se hace una campaña publicitaria en los Estados Unidos (...) Ser científico es, entre otras cosas, ser objetivo e imparcial ...".⁽³⁷⁾

Tal como anticipáramos, este historiador y filósofo de la "ciencia" estadounidense desnuda la tremenda parcialidad con la que es encarada toda investigación, por cuanto desde el vamos se conoce lo que se terminará vendiendo como resultado, es decir, no hay misterio. En todo caso, reconoce Kuhn, si lo buscado no aparece, se forzarán aparatos y ecuaciones hasta lograrlo.

De esto se infiere una primera consecuencia de considerable magnitud: los preconceptos no pueden ser considerados como extraños a la "ciencia", sino más bien todo lo contrario. Es a partir de ellos y de los estereotipos con los que carga el investigador de lo social que se construye un determinado discurso. De este modo, se pone en tela de juicio que

(36) Ídem, p. 43.

(37) KUHN, THOMAS, *Los paradigmas científicos*, op. cit., p. 79.

las convicciones firmes anteriores a la investigación no constituyan una condición necesaria para la elaboración del discurso "científico", dando nacimiento a lo que quien originariamente se formara y graduara como físico dio en llamar **el dogmatismo de la ciencia madura**.

En él no halla un contenido peyorativo, sino, antes bien, la condición de posibilidad de la mutación discursiva o, en un exabrupto de optimismo, "...la más consecuentemente revolucionaria de todas las actividades humanas...".⁽³⁸⁾ Ese dogmatismo permitiría descubrimientos e innovaciones como respuesta en clave de ruptura a esa adhesión anterior de las reglas de juego previamente establecido, a punto tal que el autor de *La crítica y el desarrollo del conocimiento científico* sospecha que de haberse dedicado una minuciosa atención a la obra de Ptolomeo se habría retardado y no acelerado la revolución en la física del siglo XX. En tal sentido es que vislumbra el avance de un paradigma a otro como una característica funcional y fáctica de lo que da en llamar "desarrollo científico maduro". Es más, considera que toda formulación problemática depende de la existencia de un paradigma. Configura un tipo de educación ("científica") de la que se sigue una iniciación en una tradición preestablecida para la solución de problemas, donde no se invita al estudiante a evaluar el paradigma universalmente recibido ni se lo prepara para ello, sino que se lo recluta principalmente para entrar a formar parte como miembro de la comunidad científica particular con la que trabajará más tarde. Al mismo tiempo, se destaca otra ventaja **popperiana** de este "dogmatismo científico": la naturaleza sería demasiado compleja para ser explorada al azar, razón por la cual la educación sensitiva proporcionada por el paradigma le diría al "científico" hacia dónde mirar y qué buscar.

La adscripción acrítica a un paradigma, unida al resultado previsto desde la génesis del proyecto de investigación, apunta a lo que el doctorado en la Universidad de Harvard dio en llamar **investigación normal**. Lo que allí se pone de resalto es la **exclusividad de los paradigmas**, donde a diferencia de la posibilidad de la conjunción que inspira a la estética,⁽³⁹⁾ la ciencia

(38) Ídem, p. 82.

(39) KUHN cita los casos de Rembrandt y Cézanne, aunque esta inoculación del paradigma de la disyunción occidental puede llevarse a casos cercanos: Borges y Cortázar, Troilo y Piazzolla, etc. Ver KUHN, THOMAS, *Los paradigmas científicos*, op. cit., p. 84.

estaría regida por el paradigma de la disyunción: Copérnico o Ptolomeo, Marx o Smith, Núñez o Soler. Así, los paradigmas obtienen su *status* como tales debido a que tendrían más "éxito"⁽⁴⁰⁾ que sus competidores, donde la **ciencia normal** consistiría en una promesa de éxito discernible en ejemplos seleccionados y todavía incompletos.⁽⁴¹⁾ Esta característica de los paradigmas implica un conservadurismo epistemológico por el cual aquella comunidad "científica" trasvasada por un determinado paradigma adhiere, conscientemente o no, a la idea de que los problemas fundamentales resueltos en él lo han sido de una vez para siempre. Este género de labor coadyuva a solventar el estatuto verídico absoluto en forma inmutable, donde el sólido cuerpo de creencias que configura todo paradigma⁽⁴²⁾ pone en crisis el agudo aforismo metodológico de Francis Bacon: "Es más fácil que la verdad surja del error que de la confusión".⁽⁴³⁾

.....

(40) Entrecomillamos este término introducido, en principio en forma acrítica, por Kuhn porque entendemos relevante preguntarnos quién otorga el premio o, en otras palabras, dónde y cómo se juega ese campeonato. La respuesta debe comenzarse a delinear en función de la estrategia de poder en la que los discursos del saber operan como dispositivos. Más aún, dirá Kuhn que los fenómenos que no encajen dentro de los límites de la ciencia normal "ni siquiera se los ve". Ver KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, op. cit., p. 53. Ahora bien, ¿qué tipo de objetividad puede anidar allí, en esa parcialidad egoísta y miope de la realidad? Aún si dicha omisión obedeciera a una imprudencia sensitiva o metodológica, ¿podría confiarse bajo los remanidos cánones de "cientificidad" y "objetividad" cualquier paradigma que excluya y margine fenómenos de relevancia?

(41) Ver KUHN, THOMAS, *La estructura de las revoluciones científicas*, op. cit., pp. 51/52.

(42) El paradigma como conjunto de creencias es la mejor definición que se puede extraer entre líneas del trabajo de Kuhn. Sin embargo, justo es reconocer que el autor, en forma explícita, aunque renunciando a una toma de posición comprometida, se ocupa en un párrafo de la ardua tarea de definir su invención terminológica: "... Estas observaciones deberían comenzar por aclarar qué entiendo por paradigma. En primer lugar, es un logro científico fundamental, que incluye una teoría y alguna aplicación ejemplar a los resultados de la experimentación y la observación. Más importante aún es que constituye un logro abierto, que deja aún por hacer todo género de investigaciones. Y, finalmente, es un logro aceptado (...) es admitido por un grupo cuyos miembros ya no tratan de rivalizar o de crear alternativas a él. En cambio, tratan de extenderlo y explotarlo de una variedad de maneras (...) las razones de su especial eficacia (...) Aunque la admisión de un paradigma parece ser históricamente un requisito necesario (...) los paradigmas (...) no necesitan ser permanentes ni habitualmente lo son. Por el contrario, la pauta de desarrollo de la ciencia madura es, por lo común, pasar de un paradigma a otro ...". Ver KUHN, THOMAS, *Los paradigmas científicos*, op. cit., pp. 89/90. En una de sus obras más conocidas, proporciona una definición más escueta, aunque algo más escéptica: "...Considero a éstos como realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica...". KUHN, THOMAS, *La estructura de las revoluciones científicas*, op. cit., p. 13.

(43) KUHN, THOMAS, *Los paradigmas científicos*, op. cit., p. 89.

El paradigma discursivo de la "ciencia" se acerca a estas denuncias **kuhnianas** y sucumbe en la confusión temida por Bacon. Así, el profesor de Historia de la Ciencia en la Universidad de Princeton deja en claro que "... no se puede apelar a nociones como la 'verdad' o la 'validez de los paradigmas en nuestro intento de comprender la especial eficacia de la investigación que su admisión permite ...".⁽⁴⁴⁾ Es por ello que descreo de la imagen de la investigación "científica" como solución de problemas, sino que, por el contrario, rescata el necesario fracaso de las reglas de juego y el consecuente quiebre de los paradigmas, condición de posibilidad de la generación de innovaciones fundamentales. Este determinismo en clave fatalista podría desembocar, algún día, en el propio paradigma de la "ciencia", de donde nos permitiríamos suponer estar asistiendo al prelude habitual de una innovación que lo conmueva todo.

En todo caso, quien reconociera la influencia de Paul Feyerabend y Ernst Nagel⁽⁴⁵⁾ destaca la relevancia de lo que el paradigma dominante da en descalificar como "error" o "superstición" a todo lo previo e incluso a todo aquello ajeno a él: "... Si esas creencias anticuadas deben denominarse mitos, entonces éstos se pueden producir por medio de los mismos tipos de métodos y ser respaldados por los mismos tipos de razones que conducen, en la actualidad, al conocimiento científico ...".⁽⁴⁶⁾ En esta línea de pensamiento, la ciencia es mítica y las teorías anticuadas o no aceptadas por el estatuto de cientificidad no dejan de ser válidas por el hecho de que hayan sido descartadas bajo la misma tacha de religiosidad de la que padece el paradigma de la "ciencia".

Más aún, Feyerabend reflexiona en una nota al pie de *Contra el método*⁽⁴⁷⁾ que el elemento "fe" es absolutamente esencial en las ciencias, luego cita el caso de la Royal Society como muestra total de "fe" y da cuenta de que el pensamiento emerge sólo al final de un largo proceso, que ocurre sin razón y que debe recorrerse sólo con fe. Las teorías del conocimiento carecen de estabilidad o racionalidad. Es por ello que defiende el enuncia-

(44) Ídem, p. 90.

(45) KUHN, THOMAS, *La estructura de las revoluciones científicas*, op. cit., p. 19.

(46) Ídem, p. 22.

(47) Ver FEYERABEND, PAUL, *Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, 1ra. ed., Bs. As., Hyspamérica, 1984, pp. 146/8.

do ácrata en versión epistemológica del **todo vale**, con el que de alguna manera podríamos asumir, a modo de *slogan* metodológico para irritación de Mario Bunge,⁽⁴⁸⁾ la ruptura definitiva con el paradigma discursivo de la ciencia.

Sin embargo, no creemos en el paradigma de exclusión discursiva al que alude Kuhn para permitir el ingreso de los distintos "... modos inconmensurables de ver el mundo y de practicar en él las ciencias ...".⁽⁴⁹⁾ En función de ello, el cancerbero del panteón de la cientificidad debería "...limitar drásticamente la gama de las creencias científicas admisibles o, de lo contrario, no habría ciencia ...".⁽⁵⁰⁾

Tal como se dijera más arriba, la tarea "científica" no sería la de descubrir lo desconocido, sino la de obtener lo conocido. "... En lugar de asemejarse a la exploración, la investigación normal se parece a armar un rompecabezas cuya forma acabada se conoce desde el comienzo ...",⁽⁵¹⁾ apuntala el autor de *Segundas reflexiones acerca de los paradigmas*.

Así, Kuhn terminará reconociendo que las restricciones intrínsecas al método científico nacen de la *confianza* en un paradigma, y es allí donde es menester detenerse: en definitiva, no se trata más que de una cuestión de fe, pues las categorías recurrentes en Kuhn de "tradición", "confianza" y "creencias compartidas por la comunidad" aluden intrínsecamente a esa forma y a ese mecanismo de transmisión de ideas o discursos, donde al fin de cuentas, **creer o no creer** en la "Santísima Trinidad" o en el "Gauchito Gil", **creer o no creer** en la "estadística" o en la "teoría de la gravedad" que el propio Kuhn describe como el paradigma iniciado por Newton en *Principia*, responde a una cuestión de fe que va más allá del carácter más o menos sistemático que pueda presentar el discurso reputado de científico. Creemos que a lo largo de estos pasajes, Kuhn se ha mostrado muy

(48) "... Muchos revoltosos abrazaron el irracionalismo y el misticismo, como el anarquista epistemológico Paul K. Feyerabend, autor del lema 'todo vale'...". Ver MARI, ENRIQUE E. *Papeles de filosofía II*, op. cit., p. 130.

(49) KUHN, THOMAS, *La estructura de las revoluciones científicas*, op. cit., p. 24.

(50) Ídem, p. 24.

(51) KUHN, THOMAS, *Los paradigmas científicos*, op. cit., p. 94.

interesado en los puntos de ruptura, en los quiebres de paradigma, en las revoluciones científicas, sin llegar a poner en crisis, por lo menos de un modo categórico, la categoría misma de paradigma científico y su triunfo mediante la recepción de la estatuilla de "ciencia normal".

1.4 | ¿Ciencia ideológica? ¿Ideología científica? Bienvenido, Louis Althusser

Ideología y aparatos ideológicos de Estado se inscribe como una obra clave en la ruptura con la noción simplista del marxismo ortodoxo que hace depender directamente a la "superestructura"⁽⁵²⁾ de la "estructura económica", enmarcando una concepción según la cual toda práctica social se desenvuelve en un "medio" ideológico donde, por otra parte, la ideología cumple la función general de cohesión del todo social. En forma decisiva, el contenido de este ensayo clave de la filosofía materialista histórica de la segunda mitad del siglo XX se desenvuelve en el centro mismo de la polémica en torno a la oposición ciencia vs. ideología.⁽⁵³⁾

De tal modo, los AIE (aparatos ideológicos del Estado) son los que permiten la reproducción de las condiciones de producción, de los medios de producción y de la fuerza de trabajo, por cuanto mientras el aparato represivo de Estado funciona mediante la violencia, los AIE lo hacen mediante la ideología. En forma sutil, el autor de *Leer "El Capital"* hablará de "cultura científica"⁽⁵⁴⁾ al momento de abordar los conocimientos que proporciona uno de los AIE más poderosos: la escuela. Al lado de ella, Althusser aduna una tipología⁽⁵⁵⁾ que incluye los AIE cultural, que por extensión

(52) Recuerda Schaff que Marx da la idea del condicionamiento de la conciencia humana por factores exteriores a ella, razón por la cual llamó a este dominio la "superestructura", ya que esta imagen refuerza la idea de su dependencia. Ver SCHAFF, ADAM, op. cit., p. 49.

(53) Marí señala que el filósofo argelino considera a la ciencia como conocimiento precientífico, pues en clave **althusseriana**, la ideología suministra la "materia prima" de la ciencia. Ver MARÍ, ENRIQUE, *Papeles de filosofía II*, op. cit., p. 129.

(54) ALTHUSSER, LOUIS, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, Bs. As., Nueva Visión, 1974, p. 13.

(55) Ídem, p. 28.

de lo antedicho,⁽⁵⁶⁾ congloba junto a la literatura, las artes y los deportes, el discurso científico.

Así, la institución cultural de la ciencia adiestra y disciplina con métodos apropiados (adhesión acrítica, negación del disenso, etc.) no sólo a sus oficiantes, sino a su *grey* (comunidad científica en términos de Kuhn). De todos modos, la clase o la alianza de clases en el poder no puede imponer su ley en los AIE tan fácilmente como en el aparato represivo de Estado, porque la resistencia de las clases explotadas puede encontrar el medio y la ocasión de expresarse en ellos, sea utilizando las contradicciones existentes, sea conquistando allí posiciones de combate mediante la lucha.⁽⁵⁷⁾

De este modo, la génesis de la "ciencia social" se ubica en Althusser en forma coincidente con Foucault (tal como se verá a continuación) como un producto histórico de la modernidad, donde la creación de nuevos AIE obedeció al reemplazo por el aparato ideológico de Estado religioso en su rol dominante medieval. De este modo, la "ciencia", junto al resto de los AIE, opera como la hegemonía ideológica indispensable para la reproducción de las relaciones capitalistas de producción.⁽⁵⁸⁾ Ante todo, lo representado en la "ciencia social" es la relación que existe entre los hombres y las condiciones de existencia. Tal relación es el punto central de toda representación ideológica y, por lo tanto, imaginaria del mundo real.⁽⁵⁹⁾

Ahora bien, nos preguntamos con el autor de *La revolución teórica de Marx*, ¿por qué los hombres "necesitan" esta transposición imaginaria de sus condiciones reales de existencia para "representarse" sus condiciones de existencia reales?⁽⁶⁰⁾ Es decir, ¿por qué los hombres necesitan de la "cultura científica" y de la "práctica científica" inmersa en la explotación,

(56) En apoyo de esta postura se manifiesta Marí: "... Las ideologías constituyen un subsistema de la cultura. En rigor, agrupan a un sistema de creyentes, como la grey cristiana y la marxista ...". Ver MARÍ, ENRIQUE, *Papeles de filosofía II*, op. cit., p. 131.

(57) ALTHUSSER, LOUIS, op. cit., p. 33.

(58) Ver ALTHUSSER, LOUIS, op. cit., pp. 39/40.

(59) Ver ALTHUSSER, LOUIS, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado. Freud y Lacan. Colección Teoría e Investigación en las Ciencias del Hombre*. Dirigida por Jorge Sazbón, 1ra. ed., Bs. As., Nueva Visión, 1988, p. 44.

(60) Ver ALTHUSSER, LOUIS, op. cit., p. 44.

la represión y la ideologización? La respuesta que puede ensayarse es que la ideología tiene una existencia material. Las "ideas" o las "representaciones" de las que parece compuesta la ideología no tienen existencia ideal, habida cuenta que en un aparato y en su práctica o prácticas, existe siempre una ideología, ya que la unidad de esas diferentes ideologías particulares (religiosa, moral, jurídica, política, estética, "científica") está asegurada por su subordinación a la ideología dominante. Ergo, la "ciencia" es ideológica, y tal existencia es material.⁽⁶¹⁾

Desaparece el término ideas; empero, subsisten íntimamente vinculadas la creencia, las prácticas y los aparatos ideológicos, porque la división entre fe y ciencia, al fin de cuentas, es artificial, pues ambos saberes siempre tuvieron que andar juntos, y aunque de vez en cuando simulasen algún divorcio o pasajera desavenencia, lo cierto es que incluso en esos momentos no dejaban —en secreto— de acostarse juntos.⁽⁶²⁾

La ideología era comprendida como un conjunto de opiniones y actitudes correspondientes que, sobre la base de un sistema definido de valores, designaban los objetivos de las actividades sociales de los hombres; por lo tanto, en esas discusiones se la presentaba como un campo al que es imposible adjudicar el valor de verdad y que es caracterizado por la subjetividad. De ahí se seguía que habría que depurar la ciencia de todo elemento de ideología o, por lo menos, aislar a la ideología en el *ghetto* de lo no científico.⁽⁶³⁾

Ello será puesto en crisis por Althusser: "... No hay práctica sino por y bajo una ideología ..." ⁽⁶⁴⁾ será otra categoría cara a la demolición de la pretendida inocencia de la "ciencia". Con él acierta Schaff cuando disecciona el ensamble ciencia-ideología: "... si no sólo las proposiciones de la ideología sino también las de la ciencia contienen un factor subjetivo (y lo contienen por lo menos en la medida en el que el lenguaje tiñe de subjetividad el conocimiento, cualquiera éste sea), la diferencia

(61) Ver ALTHUSSER, LOUIS, *ídem*, p. 47.

(62) Ver metáfora inspirada en ZAFFARONI, E. RAÚL, "Prólogo", en Gabriel Ignacio Anitua, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Bs. As., Editores del Puerto, 2005, pp. I/II.

(63) SCHAFF, ADAM, *op. cit.*, p. 72.

(64) ALTHUSSER, LOUIS, *op. cit.*, p. 51.

entre la ciencia y la ideología no puede ser más que una diferencia cuantitativa ...".⁽⁶⁵⁾

Por ello señalará Foucault:

"... el conocimiento positivo del hombre está limitado por la positividad histórica del sujeto que conoce, de suerte que el momento de la finitud se disuelve en el juego de una relatividad a la que no es posible escapar y que vale ella misma como un absoluto. Ser finito será sencillamente estar preso por las leyes de una perspectiva que permite a la vez una cierta aprehensión —del tipo de la percepción o de la comprensión— e impide que ésta sea alguna vez intelección universal y definitiva. Todo conocimiento se enraiza en una vida, una sociedad, un lenguaje que tienen una historia ...".⁽⁶⁶⁾

El problema estriba en no desautorizar ontológicamente los dispositivos "ciencias-ideológicas" o "ideologías-científicas". En realidad, es verosímil agregar aquí el aporte de Schaff en lo que atañe al hecho de que las proposiciones de la "ciencia" y las de la ideología perviven en una relación de identidad. Esto, en parte, a causa del papel del lenguaje, que no es tan sólo el medio de transmisión de los condicionamientos sociales del conocimiento, sino también el soporte de los conceptos y de los estereotipos que componen cada ideología.⁽⁶⁷⁾

En lo que a nosotros respecta, el autor de *Lenin y la filosofía* dirá que "... todo discurso científico es por definición un discurso sin sujeto y sólo hay 'sujeto de la ciencia' en una ideología de la ciencia ...".⁽⁶⁸⁾ En definitiva, lo que Althusser trata de evidenciar es que no se puede desconocer el juego de los efectos ideológicos que imperan en todos los discursos, incluso los discursos "científicos". De allí que el autor, al escribir las líneas de un discurso que abogue por ser "científico", pretenda estar completamente ausente, como sujeto, de su discurso "científico".

(65) SCHAFF, ADAM, op. cit., p. 74.

(66) FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, op. cit., p. 361.

(67) Ver SCHAFF, ADAM, op. cit., pp. 75/6.

(68) ALTHUSSER, LOUIS, op. cit., p. 53.

1.5 | Más marxismo heterodoxo para destrabar la “ciencia”: Marcuse

Prolongando la línea trazada en los AIE **althusserianos**, *One-Dimensional Man*⁽⁶⁹⁾ tendrá por norte observar que nuestras sociedades del capitalismo tardío se caracterizan por la conquista de las fuerzas sociales centrífugas mediante la tecnología antes que mediante el terror. En tal sentido, el desarrollo “tecno-científico” es exponencialmente proporcional a la amplitud de la dominación de la sociedad industrial avanzada sobre el individuo, sirviendo a los fines de instituir formas de control social y de cohesión social más efectivas y más agradables. Así, el autor de *Eros y civilización* advertirá que la “neutralidad” de la “ciencia” no puede ya sostenerse ante la evidencia totalitaria de esta sociedad tecnológica configurada como sistema de dominación.⁽⁷⁰⁾

En el capítulo “Del pensamiento negativo al positivo: la racionalidad tecnológica y la lógica de la dominación”,⁽⁷¹⁾ continúa la línea crítica sobre el paradigma tecno-científico, signado por la dominación del hombre por el hombre como la continuidad histórica que liga a la razón pre-tecnológica con la tecnológica. Sin embargo, la característica actual radica en la mutación de una sesgada dependencia personal (del esclavo con su dueño, del siervo con el señor) por la dependencia al “orden objetivo de las cosas” (las leyes económicas, los mercados, “la ciencia”, etc.). La dominación genera ahora una racionalidad más alta, y los límites de su siniestra fuerza aparecen en la progresiva esclavitud del hombre. El *leitmotiv* del capítulo será la asignación a “la ciencia” en virtud de su propio método y sus conceptos, de la proyección y promoción de un universo en el que la dominación de la naturaleza ha permanecido ligada a la dominación del hombre, “... un lazo que tiende a ser fatal para el universo como totalidad ...”.⁽⁷²⁾

Aunado a ello, la mente “científica” tiene una parte decisiva en la tarea de reunir la razón teórica y la práctica: Marcuse reconoce en la gestión

(69) MARCUSE, HERBERT, op. cit., p. 12.

(70) Ídem, p. 18.

(71) Ver MARCUSE, HERBERT, op. cit., p. 161.

(72) Ídem, p. 183.

científica y en la división científica del trabajo un amplio aumento de la productividad de la empresa económica, política y cultural, produciendo esta empresa racional un modelo de mentalidad y conducta que justifica y absuelve los aspectos más opresivos de la empresa capitalista. En función de ello, la racionalidad técnica y científica está soldada en nuevas formas de control social.

Sin embargo, el filósofo alemán nacionalizado estadounidense pone a salvo la ontología del paradigma científico y adjudica este "resultado anti-científico" al producto de una aplicación social específica de la ciencia.⁽⁷³⁾ En detrimento, nosotros consideramos esta aplicación y el diagnóstico esbozados por Marcuse como inherentes al paradigma discursivo tecnocientífico, y no un accidente en su configuración histórica. De allí que la "naturaleza de las cosas" o el orden dado fueron definidos para justificar la represión e incluso la supresión como perfectamente racionales.

Por lo demás, tampoco consideramos al pensamiento "científico" "... como opuesto al pensamiento confuso, metafísico, emocional, ilógico ...".⁽⁷⁴⁾ En todo caso, se trata de una nueva reificación del paradigma de la ciencia que intenta salvaguardar una pretendida función liberadora mediante un supuesto "concepto amplio de ciencia". Es que la (subjética) mayor claridad del emisor del discurso y mayor o menor empatía que establezca con el bagaje cultural o la sensibilidad del receptor no puede constituir un parámetro de exclusión discursiva mediante el estatuto de científicidad, al punto de considerar a los "científicos" como seres no-emocionales, no-contradictorios y súper-lógicos. Estos resabios discursivos no hacen más que opacar la denuncia de la función ideológica que cumple todo discurso.

De todos modos, un registro importante en el pensamiento de Marcuse radica en la subjetividad intrínseca a nuestra pervivencia en un mundo de valores. Así, advierte acerca de los peligros de hipostasiar "la realidad objetiva" mediante la idealización de la "objetividad": "... La única manera de rescatar alguna validez abstracta e inofensiva para ellos parece ser una sanción metafísica (la ley divina y natural). Pero tal sanción no es verificable y por tanto no es realmente objetiva. Los valores pueden tener una dig-

(73) Ver MARCUSE, HERBERT, op. cit., p 163.

(74) Ídem, p. 185.

nidad más alta (moral y espiritualmente), pero no son reales y así cuentan menos en el negocio real de la vida ...".⁽⁷⁵⁾

Ante el carácter interno instrumentalista del método "científico", prevalece una relación más íntima entre el "pensamiento científico" y su aplicación, un universo en el que ambos se mueven bajo la misma lógica y racionalidad de la dominación. Al demostrar el carácter interno instrumentalista de esta racionalidad científica, Marcuse comprueba el carácter de tecnología *a priori*, y el *a priori* de una tecnología específica; esto es, una tecnología como forma de control social y de dominación.⁽⁷⁶⁾

En esta aguda crítica desde el más prístino principio de realidad sobre el cual opera la "ciencia", el autor de *Crítica de la tolerancia pura* identifica claramente el sujeto oculto de la racionalidad científica y los fines ocultos en su forma pura. De esta forma, "... la objetividad pura se revela a sí misma como **objeto para una subjetividad** que provee los **telos**, los fines (...) el proceso de la racionalidad tecnológica es un proceso político ...".⁽⁷⁷⁾

1.6 | Foucault, o un antes y un después

Es posible que a partir de *Las palabras y las cosas* sea necesario la emergencia de lo heteróclito en el paradigma de la "ciencia", allí donde "... las cosas están ahí 'acostadas', 'puestas', 'dispuestas' en sitios a tal punto diferentes que es imposible encontrarles un lugar de acogimiento, definir más allá de unas y otras un lugar común ...".⁽⁷⁸⁾ La relevancia histórica de esta arqueología del saber emprendida por Foucault anida, una vez más, en desentrañar "... según cuál espacio de orden se ha constituido el saber; sobre el fondo de qué *a priori* histórico y en qué elemento de positividad han podido aparecer las ideas...".⁽⁷⁹⁾

(75) Ídem, p. 164.

(76) Ver MARCUSE, HERBERT, op. cit., p. 174.

(77) Ídem, pp. 185/5.

(78) FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, op. cit., p. 3.

(79) Ídem, p. 7.

Foucault —quien nació el día en que Nietzsche hubiera cumplido 82 años— destaca que, si la historia de la locura ha sido y es la historia de lo Otro, de lo que debe excluirse, pero encerrándolo, la historia del orden de las cosas sería la historia de lo Mismo, de aquello que, para una cultura, es a la vez disperso y aparente y que debe, por ello, distinguirse mediante señales y recogerse en las identidades. En este umbral apareció, por vez primera, esa extraña figura del saber que llamamos el hombre y que ha abierto un espacio propio a las "ciencias humanas". De tal modo, es imposible que haya una sola mirada de las cosas, de tal modo que habrá varias "verdades", lo que implica negar el concepto mismo de "verdad".

Así, el modo de ser del hombre —en el *a priori* histórico que, desde el siglo XIX, sirve de suelo casi evidente a nuestro pensamiento— es decisivo para la posición que debe darse a las "ciencias humanas", a este cuerpo de conocimientos o conjunto de discursos que toma por objeto al hombre en lo que tiene de empírico. Una hipótesis firme de trabajo en *Las palabras y las cosas* será demostrar que el hombre no es el problema más antiguo ni el más constante que se haya planteado el saber humano, sin perder de vista que el hombre es una invención reciente, tal como lo demuestra la arqueología de nuestro pensamiento.⁽⁸⁰⁾

Este conjunto discursivo tiene su génesis decimonónica desde que en los siglos XVII y XVIII el hombre no existía, como tampoco la vida, el lenguaje y el trabajo, y las ciencias humanas no aparecieron hasta que, bajo el efecto de algún racionalismo presionante, de algún interés práctico, se decidió hacer pasar al hombre al lado de los objetos científicos. Así, el filósofo y psicólogo nacido en Poitiers ubica a este grupo de discursos en el triedro epistemológico conformado por las matemáticas y la física, en una dimensión, adunada a las ciencias del lenguaje, de la vida, de la producción y de la distribución de las riquezas, configurado por un tercer lado donde estriba la reflexión filosófica que se desarrolla como pensamiento de lo Mismo.

En este espacio de tres dimensiones, las "ciencias humanas" se encuentran excluidas pero incluidas de igual manera en él, ya que es donde encuentran su lugar. Esta situación las pone en relación con todas las otras formas de saber y las hace aparecer a la vez como peligrosas y en peligro,

(80) Ver FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, op. cit., p. 374.

por cuanto los otros saberes no quieren contagiarse de sus impurezas, lo que explica, en parte, su precariedad, su incertidumbre como "ciencias", su carácter siempre secundario y derivado.

Tal como se viene deconstruyendo a lo largo de este derrotero, el autor de *La historia de la locura en la antigüedad* utiliza la confusa y equívoca terminología "ciencias humanas" sólo por obedecer a la convención, antes de saber en qué sentido y dentro de qué límites se les puede llamar "ciencias".⁽⁸¹⁾

En tal sentido, entiende que la relación con las matemáticas es quizá la menos problemática,⁽⁸²⁾ por cuanto las "ciencias humanas" se dirigen al hombre en la medida en que vive, en que habla y en que produce, tornándose el vínculo con dichas dimensiones del saber prueba cabal de que no son "el único" saber ni, mucho menos, "la verdad".

En el caso de las palabras, el objeto de las ciencias humanas no es, pues, el lenguaje, sino que es ese ser que, desde el interior del lenguaje por el que está rodeado, se representa, al hablar, el sentido de las palabras o de las proposiciones que enuncia, dándose, por último, la representación del lenguaje mismo. En este punto, el dominio de las ciencias del hombre está cubierto por tres regiones epistemológicas, definidas por la triple relación de las "ciencias humanas" en general con la biología, la economía y la filología. Y en función de esa tríada, las tres parejas de la **función** y de la **norma**, del **conflicto** y de la **regla**, de la **significación** y del **sistema** cubren sin residuos todo el dominio del conocimiento del hombre.

A consecuencia de ello, la psicología es, fundamentalmente, un estudio del hombre en términos de funciones y de normas, la sociología es fundamentalmente un estudio del hombre en términos de reglas y de conflictos, y el estudio de las literaturas y de los mitos remite esencialmente a un

.....

(81) Ver ídem, pp. 338/9.

(82) Puede resultar oportuno agregar a esta relación serena entre la matemática y las "ciencias humanas" el hecho de que el instrumento matemático aparece, se desarrolla, o mejor aún, es propiciado, avalado, subvencionado y tiene su razón de ser en un marco de poder preciso; esto es, por ejemplo, en función del desarrollo de una "ciencia humana"; v.gr. una mejora metodológica en la configuración de una "estadística" de "reinsertados en la sociedad" al servicio del saber criminológico oficial del paradigma dominante de la "resocialización".

análisis de las significaciones y de los sistemas significativos. En virtud de este entrecruzamiento es que Foucault considera vanas, ociosas y molestas⁽⁸³⁾ todas las discusiones para saber si tales conocimientos pueden ser llamados científicos y a qué condiciones debería sujetarse para convertirse en tales. El autor de *Psicología y locura* reivindica este conjunto discursivo como no sólo un conjunto de ilusiones, de "... quimeras pseudocientíficas, motivadas en el nivel de las opiniones, de los intereses, de las creencias, que no son lo que otros llaman,⁽⁸⁴⁾ usando un nombre caprichoso, 'ideología'. Pero, a pesar de todo, esto no quiere decir que sean ciencias ...".⁽⁸⁵⁾ Sin perjuicio de ello, Foucault advierte que no es la presencia de un obstáculo ni una deficiencia interna lo que las hace fracasar a las "ciencias humanas" en el umbral de las formas científicas.

De todos modos, entendemos que este registro del primer período **foucaultiano** de corte arqueológico atinente a las prácticas discursivas y a las formas de saber debe pronunciarse y profundizarse en función de su etapa genealógica respecto de los dispositivos de poder, marcada por la irrupción de su obra más conocida *Vigilar y castigar*, donde se llevara a cabo quizá el análisis más implacable de los mecanismos de control social. Deudora de esta línea crítica, entendemos que algunas líneas discursivas expuestas en *Las palabras y las cosas* corren el riesgo de no abordar en toda su dimensión el diagrama productivo de saber que configura el poder, a punto tal de resultar inescindibles las prácticas de saber/poder.

Por ello, es menester recurrir a un trabajo quizá más perturbador por el espontaneísmo ínsito a la oralidad, *La verdad y las formas jurídicas*,⁽⁸⁶⁾ donde se explicita que en el siglo XIX son las formas de examen las que dan origen a la sociología, a la psicología, a la psicopatología, a la criminología y al psicoanálisis. No debe perderse de vista que ellas nacieron en conexión directa con la formación de un cierto número de controles políticos y sociales, en

(83) Ver FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, op. cit., p. 354.

(84) Entendemos que alude en forma tácita al marxismo ortodoxo, embate explícito que hizo en las conferencias de Río de Janeiro en 1973 publicadas como "La verdad y las formas jurídicas".

(85) FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, op. cit., p. 354.

(86) Ver FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, op. cit., pp. 18/28.

los inicios de la sociedad capitalista, al final del siglo XIX. Entonces, sólo en el marco de las relaciones de lucha y de poder comprendemos en qué consiste la "ciencia". Caen los falsos ropajes de la imparcialidad y de la objetividad de la ciencia cuando se percibe que es precisamente esa relación estratégica la que define el efecto del conocimiento y, por esta razón, "... sería totalmente contradictorio imaginar un conocimiento que no fuese en su naturaleza obligatoriamente parcial, oblicuo, perspectivo ...".⁽⁸⁷⁾ De este modo, el carácter perspectivo del conocimiento no deriva de la naturaleza humana sino siempre del carácter polémico y estratégico del conocimiento.

Será precisamente en las dos últimas conferencias compiladas en esta obra donde el genealogista y estructuralista francés aborde el nacimiento de las ciencias del examen, relacionadas con la formación y consolidación del examen como técnica de formación del dominio del saber. Por otro lado, un registro relevante de *La verdad y las formas jurídicas* radica, tal como se vaticina en la cita de Nietzsche que da comienzo a este trabajo, en que el conocimiento fue inventado, por cuanto no está en absoluto inscrito en la naturaleza humana. La consecuencia no es menor: el saber, y en forma particular la ciencia como subproducto histórico de aquél, son productos históricos concretos.

Es por ello que no creemos que algunos discursos "... presentan los caracteres de objetividad y de sistematización que permiten definirlos como ciencias ...".⁽⁸⁸⁾ Por el contrario, detrás de todo estatuto de cientificidad se encuentra una profunda práctica excluyente de segregación discursiva idéntica a la que se reproduce en otros dispositivos de poder por medio del cual ciertos discursos reciben el rótulo de **doxa** o el de mero fenómeno de opinión, tal el caso citado por el propio Foucault de la magia natural a partir del siglo XVII, que "deja de pertenecer a la **episteme** occidental", y se prolonga durante largo tiempo en el juego de las creencias y de las valoraciones afectivas. Creemos que es un hecho de poder el que dejó afuera tanto a la magia natural como a otros discursos subalternos, a continuación de los cuales otras magias fueron investidas como científicas. Coincidimos

(87) Ídem, p. 30.

(88) Ver FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, op. cit., p. 354.

en que un determinado discurso, por el sólo hecho de "no ser una ciencia", no se reduce a una mera impostura. El común denominador de todos los discursos que tengan por objeto el hombre radica en la pertenencia al dominio del saber, sin exclusión de ningún tipo. Por eso, todo vale.

No obstante, más allá de este ligero atajo conceptual que quizá cuente con la ventaja de la historia, llegamos con Foucault al mismo destino crítico: las "ciencias humanas" no pueden ser ciencias.⁽⁸⁹⁾ No existen en la medida en que se alojan por debajo, en el espacio de proyección de la biología, la economía y la filología (o la lingüística). Teniendo en cuenta que lo que las hace posible en el dominio del saber es una cierta situación de "vecindad" con respecto a ellas, es inútil decir que las "ciencias humanas" son falsas ciencias, pues no son ciencias en modo alguno.

En este sentido, el objeto de ataque para desbaratar el estatuto de cientificidad, más que su inserción en un diagrama de poder, obedece a que la configuración que define su positividad y las enraiza en la **episteme** moderna las pone fuera del estado de ser de las ciencias, de modo tal que no será la irreductibilidad del hombre lo que se designa como su invencible trascendencia, ni aun su gran complejidad lo que les impide convertirse en objeto de la ciencia: "... La cultura occidental ha constituido, con frecuencia, bajo el nombre de hombre, un ser que, por un solo y único juego de razones, debe ser dominio positivo del saber y no puede ser objeto de ciencia ...".⁽⁹⁰⁾

1.7 | Los papeles al alba de Marí

Papeles de filosofía II discurre, detrás de la Escuela de los Ideólogos liderada por Destutt De Tracy, una pretendida connotación política neutral en la ideología, en el entendimiento de una **science des idées** que operara como "... disciplina filosófica que funcionara como fundamento y garantía de todas las ciencias ...".⁽⁹¹⁾ En forma contraria al ideólogo francés, aquí entendemos que la tarea de observar y describir el espíritu humano tal como se describe un objeto de la naturaleza está condenada al fracaso.

(89) Ver ídem, p. 355.

(90) Ídem, p. 356.

(91) MARÍ, ENRIQUE E., op. cit., p. 111.

De lo contrario, el pleonismo que advierte Marí⁽⁹²⁾ entre ideología y marxismo es el que otorga claridad a la sincera toma de posición político-discursiva, en un prístino enlace entre lo cognoscitivo y lo socio-político. Pese al contenido peyorativo de la ideología en el pensamiento marxista,⁽⁹³⁾ el concepto de **cámara oscura de la ideología** permite denunciar que un discurso alejado de lo que Zaffaroni da en llamar **principio de realidad**,⁽⁹⁴⁾ o en clave marxista **historia real**, carece de valor en tanto idealismo abstracto y legitimante del orden de cosas establecido.

En el pensamiento marxista se reconoce que la transformación de los objetos útiles en valores es, como el lenguaje, un producto de la sociedad. Tal como se viera líneas más arriba, Schaff —quien recientemente fuera destacado como modelo de conducta y militante de la cultura—⁽⁹⁵⁾ releva en Mannheim la percepción de que la situación vital del sujeto influye siempre en sus opiniones, percepciones e interpretaciones, discerniendo la ideología en **parcial** y **total**. La ventaja de la escisión radica en que mientras la concepción particular designa sólo una parte de las afirmaciones del contrario como ideología, la total pone en duda todo el edificio conceptual. Implica un fenómeno intermedio entre la simple mentira y el error resultado de una cosmovisión defectuosa.

.....

(92) Ídem, p. 116.

(93) La ideología es vista con un significado positivo en la obra de Karl Mannheim, en referencia a los ideales o programas de acción; en cambio, el uso efectuado por Karl Marx es negativo, en referencia a la falsa conciencia que legitima instituciones sociales atribuyéndoles funciones ideales diversas de las que realmente ejercen. Ver BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, 1ra. ed., Bs. As., Siglo XXI, 2004, p. 35. La versión negativa también se hizo presente en la, también marxista, Escuela de Frankfurt, donde Marí reseña dentro de *La sociedad*, de Theodor Adorno y Max Horkheimer, la transformación funcional, negativamente integradora, de la ideología como falsa conciencia en el capitalismo tardío. Ver MARÍ, ENRIQUE E., op. cit., p. 129. De todos modos, Marí, citando el trabajo *El concepto de ideología en Marx y en Engels*, de Luis Villoro, destaca que, en Marx y en Engels, "ideología" tiene el aludido sentido peyorativo cuando se aplica a la religión o a la filosofía idealista alemana, disciplinas que cosifican (reifican) ideas y que pretenden explicar por esas ideas a su productor o al proceso histórico de producción. Ver MARÍ, ENRIQUE E., op. cit., p. 123.

(94) ZAFFARONI, E. RAÚL, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 1ra. ed., 4ta. reimp., Bs. As., Ediar, 2005, pp. 166/170 y 193.

(95) Esa ha sido la calificación de David Baigún hacia la persona de Enrique Marí el lunes 22 de septiembre de 2008, en la disertación compartida con E. Raúl Zaffaroni y coordinada por Claudio Martyniuk, en el marco del "Seminario Permanente Enrique E. Marí. Puentes entre el derecho, la filosofía, la sociología y la literatura" que se dicta en la Facultad de Derecho de la UBA.

.....

Distinguiendo el relativismo filosófico, el autor de *Ideología y utopía* advierte que "... la concepción total requiere el análisis sociológico que revela que un grupo descubre la 'determinación situacional' de las ideas de los opositores, sin conciencia de que su propio pensamiento, considerado infalible y absoluto, también está determinado ...".⁽⁹⁶⁾ Como producto de la moderna manera histórico-sociológica de proceder, el relativismo se basa en el reconocimiento de que todo pensar histórico está ligado a la posición concreta del pensador en la vida, negando la validez de toda norma y la existencia de un orden en el mundo.

2 | Algunas conclusiones

"...quien escribe sin ataduras, sin cadenas, accede a lo que excede, derribando, con palabras, la sintaxis de una conciencia conservadora..."
Claudia Fagarburu⁽⁹⁷⁾

Transcurridas estas disrupciones subversivas, no creemos haber conmovido el paradigma discursivo de la científicidad social, pero sí quizá haber aportado una aproximación a una resignificación de los saberes que abrevan en lo humano. Hemos visto que el estatuto de científicidad se inscribe de forma indisimulable en un diagrama de poder que lo trasvasa todo, de modo de lesionar los estandartes cientificistas de la "verdad", la "objetividad", la "neutralidad", la ausencia de toda ideología y otras notas asépticas, por cuanto el "científico" nunca puede ser "avalorativo" ni su discurso "avalorado".

Las categorías críticas vertidas principalmente por la sociología de la ciencia permitieron estudiar el marco referencial de poder en el que se desarrolla y reproduce todo discurso que aborde lo social, lo que nos desalienta a seguir sosteniendo el mito de que la diferencia entre la ciencia y las ideologías consistiría en que la primera está constituida por hipótesis más o menos comprobables con regularidades que se expresan en leyes o tendencias, capaz de producir predicciones, sin emitir ni contener juicios

(96) MARI, ENRIQUE E., op. cit., p. 127.

(97) FAGARBURU, CLAUDIA, "Deleuze literario", en GUARDIA, LUCAS, *Pinturas de la violencia en Osvaldo Lamborghini, Derecho y Barbarie*, año I, n° I, p. 55.

de valor ni programas de acción, al tiempo que las segundas serían dogmáticas y resistentes a las novedades científicas.⁽⁹⁸⁾

Estas creencias compartidas por la comunidad que comulga el paradigma de la cientificidad imperante no responde al paradigma de la horizontalidad propio de la interdisciplinariedad e intercomunicación de saberes, ajeno al espacio propicio para la reproducción de aquél y cercano a la realidad imperante en las agencias académicas o usinas reproductoras de ideología, fuertemente verticalizadas mediante el prototipo de la "cátedra" y sus consecuencias jerárquicas y disciplinarias en la elaboración discursiva. Desde esta óptica, las ciencias fueron discursos conformados por intelectuales que deseaban consolidar su puesto en la sociedad. Lo cierto es que, en principio, sólo el poder y el discurso del poder temerían por la "fatal consecuencia" que implicaría obtener la partida de defunción del paradigma tecno-científico, a no ser que se aconseje echar veinte centavos en la ranura para "ver la vida color de rosa".⁽⁹⁹⁾ En estas circunstancias, y tal como se interroga Kuhn,⁽¹⁰⁰⁾ ¿cabe sorprenderse de que los "científicos" se resistan al cambio de paradigma? Lo que defienden, a fin de cuentas, es su modo de vida profesional.

Desmitificada como tal, la ciencia no es más que legitimación discursiva de la dominación del poder que ha denunciado Marcuse. Es por ello que a todos los atributos autoproclamados por el estatuto de la cientificidad se ha procurado situarlos entre comillas porque no existen como tales, como realidades ontológicas, sino que son, precisamente, creaciones discursivas. Fuente de inspiración para un enfoque metodológico de este tenor puede resultar, precisamente, el enfoque del etiquetamiento o *labelling approach* en el discurso sociológico crítico, que permite entrecomillar "delito" o "criminal" pues, justamente, no existen; devienen creaciones y definiciones fabricadas desde sujetos, aparatos, mecanismos, dispositivos o engranajes que cuentan con el poder de definición para ello. En similares condiciones, ciertos discursos cuentan con el aval de los mecanismos

(98) MARI, ENRIQUE E., op. cit., p. 131.

(99) MARI, ENRIQUE E., *Papeles de filosofía (...para arrojar al alba)*, 3ra. ed., Bs. As., Biblos, 1990, p. 11.

(100) KUHN, THOMAS, *Los paradigmas científicos*, op. cit., p. 95.

de definición de lo que es rotulado bajo la etiqueta de la "ciencia" o de la "verdad objetiva".

Por lo demás, ¿por qué debiéramos aplicar términos de manera inequívoca?; ¿por qué no debiéramos provocar discusiones? Más aún, ¿es posible lo inequívoco?; ¿acaso no se trata de otra pesada herencia del paroxismo de la carrera por la cientificidad que significó el positivismo y sus derivas?

Al parecer, un discurso deslegitimante de las etiquetas "ciencia" u "objetividad" debe, por lo menos por el momento, confeccionarse con retazos de algunos de los discursos críticos analizados en esta oportunidad. Así como Marx⁽¹⁰¹⁾ desarrolla la tesis sobre la diferenciación de los intereses de las diversas clases sociales, donde ciertas clases sociales tienen interés en impulsar la evolución de la sociedad, en tanto que otras tienen interés en mantener el estado existente, y donde, en forma consecuente, el conocimiento se deforma cuando está condicionado por los intereses de las clases interesadas en el mantenimiento, esta teoría debe ser apuntada en función del paradigma discursivo-científico, donde son los propios científicos (y quienes se sirven de o a quienes resultan funcionales sus discursos) los interesados en evitar que se impugne el estatuto de cientificidad.

Sin embargo, el planteo originario debe ser depurado, pues para el autor quizá más sagaz del siglo XIX, el condicionamiento social del conocimiento en tanto tal no es un obstáculo a su objetividad, por cuanto todo depende de la clase que entre en juego. Por el contrario, aquí se trata de establecer un planteo más radicalizado o, si se prefiere, menos parcializado, evitando una postura meramente conspirativista: no son sólo los "científicos", no son sólo las clases que se ven favorecidas con el discurso científico los que sostienen este paradigma, sino también los propios "cientificizados", las inmensas clases subalternas las que validan mediante muchos de los complejos aparatos ideológicos de reproducción sistémica descriptos por Althusser, el mito fundante de la verdad objetiva aséptica del discurso "científico".

Es decir, más cercanos a la tesis de Mannheim, creemos que el conocimiento de los fenómenos sociales está socialmente condicionado, y en

(101) SCHAFF, ADAM, op. cit., p. 52.

tal carácter la imagen de la realidad necesariamente está “deformada” en función de la subjetividad del sujeto cognoscente. Se niega así de una manera radical el carácter “objetivo” de una afirmación, aunque de una manera más profunda: no es tanto que el discurso provenga de un sujeto lo que impide el carácter objetivo de la producción, sino que el emisor del discurso está necesariamente inserto, por razones existenciales primero, pero sobre todo por condiciones ineludibles de producción discursiva, en un diagrama de poder determinado que, aún suponiendo el acaecimiento de una sociedad socialista e igualitaria en los términos del *Manifiesto comunista*, sobreviviría ora en los vencedores o sostenedores de dicha organización mediante la reproducción discursiva desde un extremo en la nueva relación de poder, ora en los vencidos o contrarrevolucionarios que intentarán recobrar la “objetividad” discursiva perdida. Lejos está esta postura de revalidar una lógica de amistad-enemistad en términos **schmittianos**; pero lo contrario, esto es, la suposición de la total eliminación de los discursos opuestos al cambio del *statu quo* equivaldría a sostener una posición cuanto menos totalitaria. Es decir, y más allá de la futurología que implica concebir el acaecimiento de una sociedad como la diseñada en el *Manifiesto*, si es el propio discurso marxista el que denuncia la propia estructura de poder y dominación que se configuró en las diversas etapas históricas (esclavitud, feudalismo, capitalismo, etc.), ¿cómo concebir que alguna teoría haya sido “científica” o que algún discurso haya sido “objetivo”? El poder y la objetividad o científicidad son categorías excluyentes, o mejor dicho, se insertan en una relación **foucaltiana** de poder/saber o saber/poder. Tal parece ser la crítica más lapidaria que se puede ejercer sobre este paradigma.

Veamos una interesante metáfora de Schaff: “... Para retomar la imagen empleada por uno de los representantes de la teoría del campo, que compara una lengua dada a un par de zapatos, es ciertamente posible, en el dominio del conocimiento, quitarse los zapatos, pero con la condición expresa de tomar inmediatamente otros zapatos; en este terreno no es cuestión de moverse sin zapatos ...”.⁽¹⁰²⁾

Quizá haya llegado la hora de caminar descalzo.

.....
.....
(102) SCHAFF, ADAM, op. cit., p. 73.

Bibliografía⁽¹⁰³⁾

- ALTHUSSER, LOUIS, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, 1ra. ed., Bs. As., Nueva Visión, 1974.
- ALTHUSSER, LOUIS, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado. Freud y Lacan*, 1ra. ed., Colección Teoría e Investigación en las Ciencias del Hombre. Dirigida por Jorge Sazbón, Bs. As., Nueva Visión, 1988.
- ANITUA, GABRIEL Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, 1ra. ed., Bs. As., Editores del Puerto, 2005.
- ANSART, PIERRE, "¿Es ideológico todo conocimiento de lo social?", en Jean Duvignaud (comp.), *Sociología del conocimiento*, 1ra. ed., México, FCE, 1982.
- BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, 1ra. ed., Bs. As., Siglo XXI, 2004.
- FEYERABEND, PAUL, *Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, 1ra. ed., Bs. As., Hyspamérica, 1984.
- FOUCAULT, MICHEL, "Prefacio", en *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, 28a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1998.
- FOUCAULT, MICHEL, "Capítulo décimo. Las ciencias humanas", en *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, 28a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1998.
- FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, 1ra. ed., Barcelona, Gedisa, 1999.
- GUARDIA, LUCAS, *Pinturas de la violencia en Osvaldo Lamborghini*, en *Revista Derecho y Barbarie*, año I, n° I, 2008.
- HABERMAS, JÜRGEN, "Prefacio", en *La lógica de las ciencias sociales*, 1ra. ed., Madrid, Tecnos, 1988.
- HABERMAS, JÜRGEN, "Prefacio a la nueva edición", en *La lógica de las ciencias sociales*, 1ra. ed., Madrid, Tecnos, 1988.
- HABERMAS, JÜRGEN, "Apéndice. Un fragmento (1977): Objetivismo en las ciencias sociales", en *La lógica de las ciencias sociales*, 1ra. ed., Madrid, Tecnos, 1988.
- HEIDEGGER, MARTIN, "La pregunta por la técnica", Eustaquio Barjau (trad.), en *Conferencias y artículos*, Ediciones del Serbal, Barcelona, 1994. Ver texto en: www.heideggeriana.com.ar/textos/tecnica.htm.
- KUHN, THOMAS, "Los paradigmas científicos", en Barry Barnes (comp.), *Estudios sobre sociología de la ciencia*, 1ra. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1980.
- KUHN, THOMAS, *La estructura de las revoluciones científicas*, 1ra. ed, 7ma. reimp., Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2002.
- MARCUSE, HERBERT, "Introducción. La parálisis de la crítica: una sociedad sin oposición", en *El Hombre Unidimensional. Ensayo sobre*

(103) En virtud de la sinceridad intelectual, se citarán en este acápite bibliográfico sólo las secciones o capítulos efectivamente estudiados durante la preparación de este artículo en aquellos casos en los que no se haya involucrado la totalidad de la obra.

la ideología de la sociedad industrial avanzada, 5ta. ed., México, Joaquín Mortiz, 1969.

MARCUSE, HERBERT, "Capítulo 6. Del pensamiento negativo al positivo: La racionalidad tecnológica y la lógica de la dominación", en *El Hombre Unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, 5ta. ed., México, Joaquín Mortiz, 1969.

MARÍ, ENRIQUE E, *Papeles de filosofía (...para arrojar al alba)*, 3ra. ed., Bs. As., Biblos, 1990.

MARÍ, ENRIQUE E., "Teoría de la ideología", en *Papeles de filosofía II*, 1ra. ed., Bs. As., Biblos, 1996.

MARTYNIUK, CLAUDIO E, *Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas*, 1ra. ed., Bs. As., Biblos, 1994.

POPPER, KARL, *La miseria del historicismo*, 1ra. ed., Bs. As., Alianza, 1992.

REDONDO, MANUEL Jiménez, "Introducción", en Jürgen Habermas, *La lógica de las ciencias sociales*, 1ra. ed., Madrid, Tecnos, 1988.

SCHAFF, ADAM, *La objetividad del conocimiento a la luz de la sociología del conocimiento y del análisis del lenguaje*, en Eliseo Verón (selec.), *El proceso ideológico*, 1ra. ed., Bs. As., Tiempo Contemporáneo, 1971.

ZAFFARONI, E. Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 1ra. ed., Bs. As., Ediar, 2005.



Sección II

Discusiones, notas y reseñas

Antirrealismo moral vs. positivismo jurídico

por **FEDERICO JOSÉ ARENA**⁽¹⁾

Resumen

En el ámbito jurídico es común encontrar enunciados del tipo: "Es obligatorio imponer la pena de 25 años de prisión a quien causa la muerte de otra persona", "El derecho de familia impone al padre el deber de pasar la cuota alimentaria a sus hijos", o también, "Está prohibido fumar en los edificios públicos". Claramente, dado que estos enunciados incluyen operadores deónticos, tienen una evidente similitud con los enunciados que suelen proferirse cuando se evalúan ciertas acciones sin preocuparse necesariamente por lo que el derecho establece acerca de ellas. Así, los enunciados arriba enumerados son similares a enunciados del tipo: "Todos tenemos el deber de respetar la vida de los demás", o "Los padres tienen el deber de asistir a sus hijos menores", o también "Está prohibido causar un daño a la salud de los demás". A pesar de estas similitudes, el análisis de cada tipo de enunciado, i.e. los enunciados jurídicos y los enunciados morales, y del ámbito en el cual tienen lugar, se ha desarrollado por caminos distintos; a veces paralelos, a veces convergentes.

Creo que es posible afirmar, como dato de hecho, que existen teorías bien elaboradas acerca del funcionamiento, significado y otras propiedades de cada tipo de enunciado como también de las características de cada tipo de discurso. En este sentido pueden identificarse, al menos, dos posiciones relativas al ámbito moral, i.e. el realismo y el antirrealismo, y, al menos,

.....
(1) Assegnista di ricerca. Università Bocconi, Milán

dos posiciones relativas al ámbito jurídico, i.e. el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Frente a este hecho, algunos filósofos se han preguntado acerca de la relación entre las teorías de los dos ámbitos. En su artículo "Realismo moral vs. positivismo jurídico", Ricardo Caracciolo analiza la relación entre el positivismo jurídico y el realismo moral. Este será también el tema que abordaré aquí y respecto del cual intentaré, sobre la base del análisis de Caracciolo, dar algunos pasos adicionales.

La estructura del trabajo está compuesta de cuatro partes. En primer lugar introduciré brevemente las distintas posiciones que he citado más arriba, enumerando las tesis que consideraré aquí como constitutivas de cada una de ellas. En segundo lugar, presentaré la tesis de Caracciolo, i.e., la tesis según la cual no existe una incompatibilidad entre positivismo jurídico y realismo moral, y propondré un modo alternativo de formularla. Ello me permitirá, en la tercera parte, hacer referencia a una complicación ulterior relativa a la relación entre positivismo jurídico y teorías morales. Esta complicación, que surge si se considera la exigencia de dar cuenta del punto de vista de los participantes de la práctica jurídica, produciría dos resultados. En primer lugar, que el positivismo jurídico no sólo no es incompatible con el realismo moral, sino que se ve comprometido con él, i.e. que el positivismo jurídico resulta incompatible con el antirrealismo moral. En segundo lugar, que el positivismo jurídico no se distingue del iusnaturalismo. Finalmente, en la cuarta parte, explicitaré la manera en la que creo es posible afrontar esa complicación, introduciendo una variación dentro de la lista de teorías disponibles, a saber, la propuesta cuasirrealista.

I | Definiendo las distintas posiciones

El análisis de la relación entre las distintas posiciones existentes en el ámbito moral y en el ámbito jurídico puede ser (y ha sido) emprendido desde distintos puntos de vista.

En primer lugar, algunos autores han sostenido que, desde un punto de vista definicional, existe un vínculo entre las posiciones de cada ámbito. Este parece ser el punto de vista de Alf Ross, y de Mauro Barberis, quienes sostienen que por definición el positivismo jurídico incluye la tesis antirrealista.⁽²⁾

(2) (Ross, 1993, p. 11) y (Barberis, 2011, p. 19). Ambos autores afirman además que por definición el iusnaturalismo incluye una tesis realista respecto de la moral.

Sin embargo, en segundo lugar, desde un punto de vista histórico y descriptivo, es posible encontrar filósofos que han combinado posiciones diferentes. Si bien no conozco filósofos iusnaturalistas que no asuman un punto de vista realista, sí es posible encontrar, entre los filósofos que defienden el positivismo jurídico, algunos que asumen una posición realista en metaética y otros que asumen una posición antirrealista.⁽³⁾

En tercer lugar, un problema diferente podría presentarse si entre las normas morales que reconoce el realista moral existiera una que prohíba el positivismo jurídico. En este caso, el positivismo jurídico sería incompatible con el realismo moral, no en virtud del contenido de las tesis (metaéticas) de este último, sino en virtud del contenido de una de las normas que, desde el punto de vista de un realista, pertenecen a la moral. Un ejemplo de este tipo sería el caso de quien considere que el positivismo jurídico ha sido el causante de los regímenes totalitarios.

Aquí no me ocuparé de estos tres puntos de vista. El punto de vista que me ocupará a lo largo de este trabajo es conceptual, i.e., el análisis de las relaciones que existen entre las tesis defendidas por las distintas posiciones, en los distintos ámbitos. Se trata en este caso de determinar si, quien defiende una posición en un ámbito, está conceptualmente obligado o comprometido a defender una determinada posición en el otro. Asimismo, con la finalidad de analizar y establecer el alcance de las ideas presentadas por Ricardo Caracciolo en el artículo mencionado más arriba, me concentraré sólo en la relación entre el positivismo jurídico y las distintas posiciones en teoría de la moral.

El primer problema, bastante evidente, que pone una empresa del tipo que intento llevar a cabo es que hasta ahora he hablado sólo de etiquetas. Para reflexionar sobre las relaciones tal como me propongo hacerlo es necesario partir de alguna definición de las distintas posiciones. Aquí seguiré, si bien con algunas modificaciones, las definiciones propuestas por Ricardo Caracciolo. Así, al Realismo Moral atribuiré las siguientes tesis:

(3) Sólo como ejemplo, véase Scott Shapiro para los iuspositivistas realistas morales (Shapiro, 2011) y Riccardo Guastini (Guastini, 2011) para los iuspositivistas antirrealistas morales.

Realismo Moral (RM)⁽⁴⁾

1. Tesis semántica: las normas morales son verdaderas o falsas y algunas son verdaderas.
2. Tesis ontológica: existen hechos normativos (de los que depende la verdad o falsedad de las normas morales).⁽⁵⁾
3. Tesis epistemológica: podemos determinar el valor de verdad de las normas morales.

En cambio, por simple oposición, el Antirrealismo Moral será aquí entendido como sosteniendo las tesis siguientes:

Antirrealismo Moral (ARM)

1. Tesis semántica: las normas morales no son verdaderas o falsas.
2. Tesis ontológica: no existen hechos normativos.
3. Tesis epistemológica: no podemos determinar el valor de verdad de las normas morales.

Mientras que entenderé por Positivismo Jurídico la posición que defienda las tesis siguientes:

Positivismo Jurídico (PJ)

1. Tesis semántica: las proposiciones jurídicas son verdaderas o falsas y algunas son verdaderas.
2. Tesis ontológica: existen hechos sociales (de los que depende la verdad de las proposiciones jurídicas).
3. Tesis epistemológica: podemos establecer el valor de verdad de las proposiciones jurídicas.

Si bien esta estipulación acerca de lo que entenderé por PJ puede no reconstruir, según el lector, las posiciones que han pretendido ese rótulo, creo que puede afirmarse que satisface una condición de adecuación de

(4) En lo que sigue, tratando de conjugar adecuadamente la precisión con la facilidad de lectura, usaré indistintamente el nombre completo (e.g. realismo moral) como la abreviatura (e.g. RM) de cada una de las posiciones.

(5) El análisis del argumento que intentaré desarrollar en este trabajo es independiente de cómo, en última instancia, resulten especificados los hechos morales.

una definición del positivismo jurídico, a saber, que permita la definición del iusnaturalismo. Sobre la base de la definición propuesta, el iusnaturalismo puede ser distinguido del PJ a partir de la tesis ontológica:

Iusnaturalismo (IN)

1. Tesis semántica: las proposiciones jurídicas son verdaderas o falsas y algunas son verdaderas.
2. Tesis ontológica: existen hechos normativos (de los que depende —indirectamente— la verdad de las proposiciones jurídicas).
3. Tesis epistemológica: podemos establecer el valor de verdad de las proposiciones jurídicas.

A partir de estas definiciones queda claro que el Realismo Moral (RM) y el Positivismo Jurídico (PJ) no pueden encontrarse, puesto que se refieren a cosas bien distintas. Mientras RM se preocupa por el valor de verdad de las normas, PJ se preocupa por el valor de verdad de las proposiciones jurídicas. Del mismo modo, la afirmación ontológica de RM lo compromete sólo con la existencia de hechos normativos, mientras que la afirmación ontológica de PJ se refiere sólo a la existencia de hechos sociales. También es diferente la tesis epistemológica de cada uno de ellos. Así, si las afirmaciones presentes en cada una de las tesis no se consideran excluyentes de otras posiciones (por ejemplo, sin agregar un "Sólo..." al inicio de cada tesis), ninguna de las tesis sostenidas por RM parece excluir la posibilidad de defender el PJ y viceversa. En definitiva, a partir de las definiciones de PJ y RM que he introducido, creo posible obtener la misma conclusión a la que llega Ricardo Caracciolo en su trabajo.

2 | El punto de vista de Caracciolo

Caracciolo presenta su conclusión en términos de diferentes sentidos de objetividad. El primero y el tercero de esos sentidos se aplican a toda clase de normas, mientras que el segundo se refiere sólo a normas jurídicas. Nuestro autor propone entonces distinguir entre:

Objetividad en sentido 1 (O1): Una norma es objetiva si su "existencia es independiente de los deseos o intenciones de sus destinatarios con

respecto a las acciones requeridas en su contenido, i. e. las acciones debidas".⁽⁶⁾

Objetividad en sentido 2 (O2): Una norma jurídica es objetiva si "su pertenencia al derecho depende de hechos comprobables empíricamente".⁽⁷⁾

Objetividad en sentido 3 (O3): Una norma es objetiva si se corresponde "con hechos de una clase especial, con 'hechos normativos' u 'hechos morales' (hechos, v.g. acerca de la existencia de razones para la acción)".⁽⁸⁾

Según Caracciolo, la objetividad O1 puede ser predicada, sin controversias, tanto respecto de las normas morales como de las normas jurídicas. Los problemas comienzan cuando se consideran los dos tipos de objetividad restantes.

Así, mientras que para el positivismo jurídico una norma es objetiva (O2) en el sentido que su pertenencia al sistema jurídico depende de hechos empíricos, objetivos, determinables; para el realismo moral una norma moral es objetiva (O3) en cuanto verdadera, i.e. en cuanto coincida con los hechos normativos o morales. Bajo esta reconstrucción, una norma que pertenece al sistema jurídico (O2) puede ser verdadera o falsa (puede ser objetiva O3 o puede no serlo), ello es contingente. Con otras palabras, un enunciado que afirma que según el derecho debe hacerse P, es objetivo (O2) en cuanto su verdad o falsedad dependerá de la pertenencia o no de la norma al sistema en cuestión. Las normas pertenecientes al sistema jurídico pueden ser, a su vez, objetivas (O3) —verdaderas— o falsas, y ello dependerá de su coincidencia con un hecho normativo.

Dado que, respecto de las normas jurídicas que son objetivas O2, el positivismo jurídico no afirma nada con relación al hecho que sean objetivas O3, esta posición resulta compatible con el realismo moral.

Traduciendo estas conclusiones a los términos en los que definí realismo moral (RM) y positivismo jurídico (PJ) se podría afirmar que para PJ el hecho social que hace verdaderas las proposiciones jurídicas es la pertenencia

(6) CARACCILO, 2000, p. 42.

(7) CARACCILO, 2000, p. 42.

(8) CARACCILO, 2000, p. 43.

cia de las normas a un sistema jurídico, es decir, su objetividad O2. En cambio, para RM lo que hace verdaderas (objetividad O3) a las normas morales, es decir, lo que les confiere la capacidad de imponer deberes, es su correspondencia con los hechos normativos. En definitiva PJ y RM están refiriéndose a entidades distintas.

En lo que sigue, a partir de esta reformulación de las conclusiones de Carracciolo, quisiera analizar el problema de la incompatibilidad entre RM y PJ desde una perspectiva ulterior. En este sentido, quisiera comenzar por identificar bajo qué condiciones podría existir un conflicto entre RM y PJ, es decir, bajo qué condiciones PJ incluiría una tesis incompatible con RM. Para ello procederé en dos etapas. En primer lugar identificaré una tesis que sería incompatible con RM. En segundo lugar intentaré analizar si, y bajo qué condiciones, PJ se ve comprometido con esa tesis.

Respecto del primer punto, me parece que advertir cuál podría ser el problema exige considerar un tipo particular de realismo. Se trata de lo que aquí denominaré realismo acerca del discurso jurídico (RD). Es necesario aclarar rápidamente qué entiendo aquí por "realismo acerca del discurso jurídico". En esta expresión, "realismo" posee el mismo significado que en la expresión "realismo moral", por lo que no se trata del sentido en que se habla de Realismo jurídico americano y de Realismo jurídico escandinavo o genovés. Así, en el sentido en el que lo usaré aquí, el realismo, en general, es el punto de vista que atribuye valor de verdad a los enunciados proferidos dentro de un determinado ámbito de discurso, y además afirma, en general, que existen las entidades que hacen verdaderas o falsas las proposiciones dentro de ese ámbito de discurso y que es posible conocer su valor de verdad.⁽⁹⁾ En el caso del realismo sobre el discurso jurídico se trataría por lo tanto de una posición que atribuye valor de verdad a los

(9) Es cierto que, a pesar de la aclaración que he formulado, el rótulo "Realismo acerca del discurso jurídico" puede todavía resultar inapropiado en virtud de la inevitable asociación con los rótulos bien conocidos "Realismo jurídico americano", "Realismo jurídico escandinavo" o "Realismo jurídico genovés". Quizás una opción podría ser utilizar el rótulo "Cognoscitividad acerca del discurso jurídico", pero hay dos razones por las que prefiero insistir con el rótulo que propongo en el texto. En primer lugar, "cognoscitividad" suele usarse para hacer referencia únicamente a una tesis semántica, por lo que en caso de usarlo no lograría de todos modos eliminar la inadecuación con usos anteriores del rótulo propuesto. En segundo lugar, porque mi intención no es que este rótulo sea usado en el futuro del modo en el que es usado aquí (estoy además seguro de que no hay riesgo de que eso suceda), mi intención en este trabajo es en cambio evidenciar y analizar la relación y las diferencias de la posición que así rotulo con el realismo moral.

enunciados (y a las proposiciones) formulados dentro del discurso jurídico. Dentro de este discurso podemos encontrar enunciados que se refieren a la existencia de normas y deberes jurídicos. Sobre esta base, las tesis del realismo acerca del discurso jurídico pueden ser formuladas como sigue:

Realismo acerca del discurso jurídico (RD)

1. Tesis semántica: las normas jurídicas son verdaderas o falsas y algunas son verdaderas.
2. Tesis ontológica: existen hechos normativos (de los que depende la verdad de las normas jurídicas).
3. Tesis epistemológica: podemos determinar el valor de verdad de las normas jurídicas.

Creo que el realismo moral (RM) y el realismo acerca del discurso jurídico (RD) son incompatibles. Así, me parece, puede ser reinterpretado el argumento que Bulygin y Hart avanzan para afirmar que el realismo moral y el positivismo jurídico son incompatibles. Caracciolo (para criticarlo) reconstruye este argumento del modo siguiente:

[S]i los enunciados normativos de deber se interpretan cognoscitivamente (como lo hace el realismo moral), porque se refieren a la existencia de razones objetivas, y además se admite que existen deberes jurídicos, entonces la distinción entre moral y derecho no es defendible. Porque en tal caso las proposiciones que expresan semejantes enunciados solo pueden referirse a un único 'mundo' de hechos normativos y, por consiguiente, para cualquier norma N, i. e. para cualquier enunciado de deber, o bien N es verdadera o bien N es falsa (la idea de dos 'mundos' de hechos normativos sería un recurso ad hoc, no defendible filosóficamente) (Caracciolo, 2000, p. 39).

En definitiva, así como el mundo de los hechos empíricos es uno solo y por lo tanto una proposición es verdadera o es falsa, también el mundo de los hechos normativos es uno solo y por lo tanto una norma es verdadera o es falsa. Si esto es así, entonces es posible aceptar sólo uno de los dos realismos. Dicho más precisamente, no se trata propiamente de una incompatibilidad, sino de que ambos realismos han de reducirse a uno solo.

Por lo que si, por ejemplo, se acepta RM, i.e. que los hechos normativos son morales, entonces no hay espacio para RD, i.e. que los hechos normativos son jurídicos. Ello es así puesto que, si las condiciones de verdad de las normas jurídicas son hechos normativos, entonces estos han de ser necesariamente hechos morales y, por lo tanto, las normas jurídicas serán siempre, en última instancia, normas morales. En consecuencia, la verdad de las proposiciones jurídicas dependerá —indirectamente— de hechos normativos morales. Pero si se acepta esta conclusión y, además, el positivismo jurídico está comprometido con RD, entonces el positivismo jurídico termina colapsando en el iusnaturalismo. Ello en cuanto las tesis que a este punto resultan atribuibles al positivismo jurídico son las mismas que he usado para definir al iusnaturalismo.

De lo dicho hasta aquí se sigue que la incompatibilidad, y por lo tanto el colapso, entre RM y RD, provoca que PJ, a su vez, colapse en IN, sólo si PJ implica o se ve comprometido en algún modo con RD. Al análisis de esta cuestión está dedicada la próxima sección.

3 | ¿PJ acorralado?

La respuesta a esta pregunta exige precisar cuáles son los hechos sociales a los que se refiere la tesis ontológica del positivismo jurídico. En este sentido, creo que, al menos, las dos respuestas siguientes pueden ser atribuidas a PJ:

- I. Opción del imperativo: los hechos sociales de los que depende la verdad de una proposición jurídica son (los significados de) los actos prescriptivos llevados a cabo por un determinado sujeto o grupo de sujetos.⁽¹⁰⁾
2. Opción de la práctica social: los hechos sociales de los que depende la verdad de una proposición jurídica es la práctica de un conjunto de miembros del grupo.⁽¹¹⁾

Hasta aquí, creo, no encontramos todavía al realismo acerca del discurso jurídico. Es decir, tanto si se trata de (el significado de) actos prescripti-

(10) (AUSTIN, 1954 [1832]).

(11) (Hart, 1994 [1961]).

vos o de una práctica, la verdad de las proposiciones jurídicas depende todavía de hechos sociales. Ahora bien, si el defensor de PJ afirma que la verdad de las proposiciones jurídicas depende de alguno de estos hechos sociales, está comprometido con mostrar cómo es posible describir tales hechos sociales, de modo tal de determinar la verdad o falsedad de las proposiciones jurídicas. Es a partir de esta exigencia que, desde mi punto de vista, se produce el vínculo entre PJ y RD.

Este vínculo se produce si se considera una tesis ulterior, a saber, aquella según la cual la explicación de un hecho social (una acción o una práctica social) debe hacer referencia al modo en que los sujetos involucrados (el mismo agente o los mismos participantes) lo comprenden.⁽¹²⁾ Se trata de una imposición metodológica para quien se embarque en la tarea de describir hechos sociales. La hipótesis es aquí que otorgar relevancia del punto de vista de los sujetos involucrados es una exigencia de la cual una teoría no puede simplemente desentenderse. Sobre esta base, la formulación que adoptaré de esta exigencia es la siguiente:

Tesis del constraint hermenéutico: los hechos sociales han de ser explicados mediante referencia al modo en que los mismos participantes los conciben.

Dado que el modo en el cual los sujetos conciben el hecho social no se encuentra directamente accesible al teórico, la satisfacción de esta exigencia requiere un trabajo de reconstrucción, a partir del comportamiento y ciertas respuestas lingüísticas. La reconstrucción así obtenida, para ser válida según esta primera versión de la exigencia, debe reflejar una concepción que pueda ser asumida por los sujetos. Donde "que pueda ser asumida por los sujetos" quiere decir que es posible para los involucrados hacer propia la teoría y, al mismo tiempo, continuar con la práctica.⁽¹³⁾ En el caso

(12) Este tipo de preocupación adquirió mayor importancia dentro de la teoría del derecho a partir de la relevancia que el punto de vista interno posee en la obra de Hart. Relevancia que parece provenir del hecho que Hart compartía las ideas de Winch (Winch, 2008 [1990, 1958]) y Weber acerca de la metodología de las ciencias sociales (Weber, 1968). Lo cual no quiere decir que las ideas de Winch y Weber coincidan al respecto. Para un análisis detallado de los compromisos de Hart con los puntos de vista de Winch y de Weber véase (Hamner Hill, 1990).

(13) Esta versión, creo, es más exigente que una formulación que se limite a exigir tener en cuenta el punto de vista de los participantes ("entender los hechos sociales tal como los en-

que nos ocupa aquí, dado que el discurso usado para realizar los actos prescriptivos o llevar adelante la práctica social hacen referencia a deberes impuestos por normas jurídicas, para dar cuenta de tales discursos la teoría debe incluir RD. Por un lado, si se acepta que guiar el comportamiento ajeno mediante prescripciones tiene sentido sólo si lo que se prescribe son normas verdaderas, i.e. que se corresponden con hechos normativos. Por otro lado, si se acepta que seguir socialmente una práctica tiene sentido sólo si la norma seguida es una norma verdadera.

Por ello, si PJ se limitase a señalar ciertos hechos sociales sin asumir RD, entonces no estaría en condiciones de dar cuenta de los enunciados jurídicos tal como los formulan los participantes. Puesto que, sin abrazar las tesis del RD, el PJ debería afirmar que los sujetos involucrados se equivocan, o bien acerca del valor de verdad de las normas jurídicas, o bien acerca de la existencia de hechos normativos jurídicos. Una explicación del hecho social que implique que hay algo equivocado en el modo en que los sujetos perciben el hecho social, no satisface el constraint hermenéutico. Ello en cuanto los sujetos no pueden hacer propia la teoría y al mismo tiempo mantener la producción del hecho social, puesto que la teoría mostraría que la producción del hecho social está basada en un error. Así, si la formulación de enunciados jurídicos de deber contiene un error, entonces sería mejor reemplazar ese lenguaje por otro que lo evite, ya que resulta sospechoso afirmar que existe un error pero seguir usando del mismo modo el lenguaje jurídico. Un lenguaje que contiene un error se vería afectado "in something like the way in which phlogiston theory or witchcraft explanations are so tainted. If we come to believe in this error, one response is to abandon the whole thing: to cease to go in for [it], just as we have grown out of phlogiston and witchcraft theories."⁽¹⁴⁾ Una primera consecuencia de una teoría del error sería la de imponer el reemplazo del vocabulario (o los conceptos) jurídicos equivocados.

.....
 tienden quienes participan en ellos"). Esta versión acerca la exigencia al principio de caridad (Davidson, 1974).

(14) (Blackburn, 2005, pp. 326-7). Que una teoría del error no satisfaga el constraint hermenéutico es una cuestión controvertida, véase (Daly y Liggins, 2010). Aquí asumo que advertir la sistemática falsedad de los propios enunciados cuenta en contra de la racionalidad de continuar formulándolos.

En consecuencia, para satisfacer el constraint hermenéutico, el positivismo jurídico debe, a través de RD, abrazar el realismo moral. Ello en cuanto la única opción a RD es una teoría del error y una teoría del error no puede ser compartida por los sujetos involucrados y al mismo tiempo subsistir el hecho social.⁽¹⁵⁾

Si ello es así, entonces parece que el positivismo jurídico se enfrenta al siguiente dilema. O bien el positivismo jurídico muestra que las afirmaciones de que existe un deber jurídico poseen valor de verdad y algunas son verdaderas, tal como parecen afirmar los sujetos involucrados en la práctica jurídica, pero en ese caso se compromete con el realismo acerca del discurso jurídico y, dado que para evitar consecuencias lógicas indeseables, el realismo acerca del discurso jurídico colapsa con el realismo moral, el positivismo jurídico no logrará distinguirse del iusnaturalismo; o bien el positivismo jurídico afirma la tesis según la cual los enunciados de deber formulados por los participantes en la práctica jurídica carecen de valor de verdad o son todos falsos, alejándose del realismo acerca del discurso jurídico y distinguiéndose del iusnaturalismo, pero en ese caso no satisface el constraint hermenéutico ya que se compromete con la tesis según la cual los sujetos involucrados, en cuanto afirman que poseen valor de verdad y algunos son verdaderos, usan de manera equivocada

(15) El defensor de una teoría del error podría, quizás, alegar dos cosas a su favor. En primer lugar, podría intentar mostrar que hay consideraciones, externas al modo en que los participantes conciben el hecho social, como por ejemplo la utilidad social de una antigua práctica, que incluso si advertidas por los participantes permitirían la continuidad del hecho social, aun bajo la conciencia del error generalizado. En segundo lugar, podría afirmar que el constraint hermenéutico es menos exigente y que resulta satisfecho si la teoría incluye las afirmaciones de los participantes. Así, bastaría señalar qué enunciados formulan los sujetos involucrados y con qué intenciones los formulan. En este caso, los sujetos involucrados afirman que existen deberes impuestos por normas jurídicas, por lo que bastaría afirmar que, por un lado formulan enunciados a los que atribuyen valor de verdad y, por otro lado, que creen en la existencia de deberes impuestos por normas jurídicas. Para dar cuenta de estos dos elementos del hecho social no es necesario comprometerse con RD, puesto que, no es necesario afirmar que existen hechos normativos jurídicos, para afirmar que los sujetos involucrados usan enunciados a los que atribuyen valor de verdad. Si los hechos normativos jurídicos no existen, entonces todos los enunciados formulados por los sujetos involucrados son lamentablemente falsos. No obstante, aun si aceptáramos esta versión menos exigente del constraint el PJ se vería en problemas. El cuerno del dilema no incluiría ya la no satisfacción del constraint hermenéutico, pero sí un problema teórico complejo, a saber, el positivismo jurídico, aceptando el constraint, afirmaría al mismo tiempo que la verdad de las proposiciones jurídicas depende de hechos sociales, i.e. de las creencias de los sujetos involucrados, pero que esos hechos sociales incluyen un error generalizado, i.e. las creencias de los sujetos involucrados son todas falsas.

tales enunciados. Dicho más brevemente, o bien PJ acepta RD (y RM), satisfaciendo el constraint hermenéutico, pero en ese caso PJ colapsa con IN; o bien PJ niega RD, evitando colapsar con IN, pero en ese caso PJ no satisface el constraint hermenéutico.

4 | Una alternativa para PJ

Lo sujetos involucrados en los hechos sociales, relevantes para PJ, hablan como si, a partir de esos hechos sociales, pudieran seguirse deberes y como si tales deberes pudieran ser objeto de proposiciones, es decir, como si pudieran ser el contenido de actitudes proposicionales. Es por ello que RD parecería ser el mejor modo de reconstruir su discurso.

En esta última sección, quisiera avanzar la propuesta de que existe para PJ una opción ulterior, si bien me limitaré a esbozarla. Dicho de otro modo, en lo que sigue intentaré desarmar el dilema, proponiendo que PJ no está obligado a defender RD (y, a través del realismo moral, colapsar en el iusnaturalismo) para satisfacer el constraint hermenéutico. Para conseguir este objetivo es necesario afinar la relación entre la tesis semántica y la tesis ontológica acerca del discurso jurídico que conforman RD. En particular es necesario demostrar que es posible defender una sin defender la otra. Esto implica notar que para usar con sentido enunciados de deber, no es necesario que exista la entidad a la cual supuestamente el enunciado se refiere, como tampoco es necesario que tal entidad exista para que sea posible predicar verdad o falsedad del enunciado.⁽¹⁶⁾ Para ello basta advertir dos características de estos enunciados:

- a. Los enunciados de deber son reflejos proposicionales de actitudes valorativas de quienes los pronuncian.⁽¹⁷⁾

(16) "The problem is not with a subjective source for value in itself, but with people's inability to come to terms with it, and their consequent need for a picture in which values imprint themselves on a pure passive, receptive witness, who has no responsibility in the matter. To show that these fears have no intellectual justification means developing a concept of moral truth out of the materials to hand: seeing how, given attitudes, given constraints upon them, given a notion of improvement and of possible fault in any sensibility including own, we can construct a notion of truth" (Blackburn, 1984, p. 198).

(17) BLACKBURN, 1998, p. 77.

- b. Afirmar que un enunciado de deber es verdadero, es simplemente lo mismo que afirmar que existe el deber. A su vez, afirmar que existe el deber no es otra cosa más que expresar la propia actitud hacia la realización de la acción.⁽¹⁸⁾

En pocas palabras, la primera característica implica que nuestras actitudes surgen como respuesta a propiedades del mundo que nos rodea.⁽¹⁹⁾ Así, lo que consideramos sensibilidad moral no es otra cosa más que una función que va de estímulos/creencias a respuesta/actitudes. Por ejemplo, si Morena ve a Lucas haciendo uso de drogas y afirma "Eso es equivocado", puede afirmarse que dado un conjunto de hechos, i.e. Lucas llevando a cabo ciertas acciones, y la percepción por parte de Morena de esos hechos a partir de las cuales forma ciertas creencias (acerca de lo que está haciendo Lucas, de sus intenciones, de los efectos de lo que hace), se produce una emoción en Morena: de desaprobación frente a lo que hace Lucas. Morena proyecta esta emoción sobre el mundo y a ello sigue su afirmación: "Eso es equivocado". En virtud de esto Morena "judges the world to contain a certain quality, and her doing so is not the product of her tracking a real feature of the world, but is, rather, prompted by an emotional experience".⁽²⁰⁾ Así, involucrarse en un discurso sobre deberes consiste en usar el lenguaje para proyectar actitudes.⁽²¹⁾

La segunda característica implica que, cuando un sujeto profiere un enunciado jurídico y, sobre esta base, afirma que existe un deber, está expresando una actitud.⁽²²⁾ Lo que hacemos cuando decimos que algo es bueno, o correcto u obligatorio, es expresar (avow) nuestro punto de vista

(18) BLACKBURN, 1998, pp. 77-83. Para una presentación crítica de los puntos de vista de Blackburn, véase (Bouvier, 2012).

(19) Cfr. (Blackburn, 1998, p. 4).

(20) (Joyce, 2007). Véase (Blackburn, 1998, pp. 4-8).

(21) "We project an attitude or habit or other commitment which is not descriptive onto the world, when we speak and think as though there were a property of things which our sayings describe which we can reason about, know about, be wrong about, and so on" (Blackburn, 1984, pp. 170-1).

(22) Sin embargo, "[t]o hold a value, then, is typically to have a relative stable disposition to conduct practical life and practical discussion in a particular way: it is to be disposed or set in that way, and notably to be set against change in this respect. This way of being set is such as to align values and motivations" (Blackburn, 1998, p. 67).

práctico.⁽²³⁾ Decir que hay un valor o un deber es desarrollar una cierta actitud hacia cierto estado de cosas, que implica estar motivado a actuar en consecuencia.

¿En qué sentido puede usarse el término verdadero respecto de enunciados que expresan una actitud? Siguiendo a Blackburn, afirmar que existe un deber implica sostener que se trata de una actitud que pertenece al conjunto de actitudes que han superado todos los test de mejoramiento, o al menos que consideramos imposible de revisar. En palabras de Blackburn:

"The simple suggestion is that we define a 'best possible set of attitudes', thought of as the limiting set which would result from taking all possible opportunities for improvement of attitude. Saying that an evaluative remark is true would be saying that it is a member of such a set, or is implied by such a set. Call the set M^* , Then if m is a particular commitment, expressing an attitude m :

m is true = m is a member of M^* " (Blackburn, 1984, p. 198).

Sobre esta base, la forma de razonar prácticamente de los sujetos puede ser mantenida incluso bajo un esquema proyectivista y cuasirrealista. Ya que este punto de vista acomoda la gramática proposicional del discurso de quienes forman parte en hechos sociales que involucran enunciados de deber.

Asimismo, muestra también que es posible hablar de deberes impuestos por el derecho, sin caer en ninguno de los errores que afligen los puntos de vista que afirman la existencia de deberes a partir de hechos sociales. Un juez puede sostener que el derecho impone el deber, por ejemplo, de condenar a 10 años de prisión a quien ha causado la muerte de otro, sin necesidad de pensar que tal deber se sigue como consecuencia del hecho que un grupo de individuos ha sancionado un texto al cual puede atribuirse ese significado. Al afirmar esto, el juez está expresando su actitud, su punto de vista o, tal vez, su deseo; y esta expresión permite identificar cómo

(23) "'Avowal' here means that we express this state, make it public, or communicate it" (Blackburn, 1998, p. 68).

debería cambiar el mundo para que se ajuste a la actitud del juez y qué actitud deberían tomar los demás funcionarios para coincidir con el juez.⁽²⁴⁾

Sobre esta base el cuasirrealismo respecto del discurso jurídico puede ser definido como sigue:

Cuasirrealismo acerca del discurso jurídico (QRD)

1. Tesis semántica: las normas jurídicas son verdaderas o falsas (donde afirmar que una norma jurídica es verdadera equivale a afirmar que impone un deber y, esta última afirmación, equivale a expresar la propia actitud respecto de la realización de la acción).
2. Tesis ontológica: no existen hechos normativos.
3. Tesis epistemológica: podemos determinar el valor de verdad de las normas jurídicas.

Ahora bien, esta estrategia cuasirrealista podría ser llevada a cabo, según Blackburn, de dos maneras distintas, a una la denomina Slow-track y a la otra Fast-Track.⁽²⁵⁾

Para la versión slow-track, determinar cómo el proyectivismo puede ayudarnos a entender que un enunciado mediante el cual se expresa una actitud, pueda funcionar como un predicado capaz de verdad o falsedad, "involves patiently construing each propositional context as it comes along".⁽²⁶⁾ En cambio, la versión fast-track "would make sufficient remarks about truth to suggest that we need a comparable notion to regulate evaluative discourse (even though this is nonrepresentational) and then say that our adherence to propositional forms need no further explanation than that".⁽²⁷⁾

Así, mientras el "[s]low track quasi-realism [...] doesn't attempt to earn the right to realist talk all in one fell swoop (via establishing the legitimacy of the truth predicate), but rather seeks to demonstrate the acceptability of

(24) Cfr. BLACKBURN, 2005, p. 328.

(25) BLACKBURN, 1993, pp. 184-6.

(26) BLACKBURN, 1993, p. 185.

(27) BLACKBURN, 1993, p. 185.

different types of apparently realist talk in a more piecemeal fashion", el "[f]ast track quasi-realism begins by earning the right for the truth predicate to be applied to [the relevant] sentences, and then observes that once the legitimacy of the truth predicate is established much (all?) other realist talk comes along for free".⁽²⁸⁾

En el caso de los enunciados proferidos en ámbito jurídico me parece que la versión que se necesita es la denominada *slow-track*, en particular creo indispensable llevar a cabo un trabajo de precisión respecto del contenido de los enunciados interpretativos y de las convenciones que fijan el significado de los textos normativos. Pero esta tarea va más allá del objetivo del presente trabajo. Aquí no me propongo defender el cuasirrealismo frente a las opciones realistas o antirrealistas, tampoco podría desarrollar aquí de manera acabada la propuesta cuasirrealista en materia jurídica.⁽²⁹⁾ Todo lo que me interesa aquí es señalar la existencia de una alternativa adicional para PJ, que le permitiría evitar el dilema enunciado más arriba. Sin embargo, antes de concluir, creo que sí estoy comprometido a ofrecer una respuesta, o al menos intentar hacerlo, a aquellas objeciones dirigidas contra el cuasirrealismo que pretenden mostrar que es indistinguible de la teoría del error. Claramente si ello fuera así, mi intento por desarticular el dilema fracasaría y es este el punto que me interesa defender aquí.

El argumento contra el cuasirrealismo que me preocupa es el que se basa en las intenciones de quienes profieren los enunciados jurídicos. Según este argumento, si se acepta que quienes profieren enunciados jurídicos tienen la intención de llevar a cabo un acto lingüístico descriptivo, entonces el cuasirrealismo parecería comprometido con afirmar que el acto efectivamente realizado no coincide con el que los hablantes tenían la intención de realizar. En otras palabras, los hablantes se equivocan acerca del acto que realizan; ello en cuanto, tal como afirma el cuasirrealismo, mediante tales actos se expresan las propias actitudes y no se describe ninguna propiedad del mundo. Esta última conclusión haría del cuasirrealismo una variante de la teoría del error.⁽³⁰⁾

(28) JOYCE, 2007.

(29) Del mismo modo en que no he ofrecido argumentos a favor ni del realismo moral ni del antirrealismo moral.

(30) Creo que este es un modo legítimo de traducir a los términos de este trabajo la objeción al expresivismo que formula Cuneo en (CUNEO, 2006).

Creo que la respuesta a este argumento exige precisar dos puntos acerca de la atribución de intenciones. Por un lado, con relación a la relación entre la sintaxis de los enunciados y las intenciones con los que son usados. Como sabemos, del hecho que el enunciado utilizado por un hablante tenga la forma gramatical de un enunciado descriptivo, no se sigue que el acto realizado por el hablante sea un acto descriptivo. Así, el enunciado "El que cause la muerte de otro será castigado con la pena de 25 años de prisión", posee la forma gramatical descriptiva, pero bien puede ser usado para formular una orden. Si ello es así, entonces la forma gramatical del enunciado usado no determina qué intención posee el hablante. Cuál es la intención del hablante depende del conjunto de los demás estados mentales que puedan atribuírsele y del comportamiento posterior y anterior a la emisión del enunciado. Precisamente esta es la empresa que propone llevar a cabo el cuasirrealista.⁽³¹⁾ Es decir, la de ofrecer un modo de acomodar toda esa información para atribuir al hablante una intención de formular un acto lingüístico cuasi-descriptivo. Asumir que la intención es descriptiva, tal como lo hace quien avanza esta objeción, significaría dar por descontado lo que hay que probar. Así, el cuasirrealista ofrece un modo de atribuir una intención a los sujetos involucrados en la práctica jurídica que no implica afirmar que tienen una intención equivocada. Y en este sentido se distingue de una teoría del error.

5 | Conclusión

En este trabajo he intentado avanzar algunos pasos más en la dirección señalada por Caracciolo en su artículo sobre realismo moral y positivismo jurídico. Aceptando la tesis de Caracciolo según la cual no existe una incompatibilidad entre estas dos posiciones puesto que se refieren a cosas distintas, he propuesto una reformulación de la cuestión. Según esta reformulación el problema para la coexistencia de ambas posiciones se presenta si el positivismo jurídico implica o está de algún modo comprometido con la tesis según la cual existen deberes jurídicos, ya que esta tesis o bien compromete al positivismo jurídico con tesis filosóficas de dudosa sosteni-

(31) Es decir, aquí no estoy interesado en determinar bajo qué criterio es posible distinguir una preferencia descriptiva de una preferencia normativa. Estoy, en cambio, interesado en determinar con qué intención un hablante profiere un determinado enunciado. Dado que la estructura gramatical del enunciado no sirve como criterio externo, es necesario recurrir al punto de vista holista que propongo en el texto.

bilidad (i.e. la existencia de dos mundos diferentes de hechos normativos, uno moral y otro jurídico) o bien hace que el positivismo jurídico colapse, vía el realismo moral, con el iusnaturalismo. He ofrecido un argumento para sostener que el positivismo jurídico se encuentra comprometido con esa tesis. Según este argumento, primero, el positivismo jurídico, en cuanto sostiene que la verdad de las proposiciones jurídicas depende de hechos sociales, se ve obligado a describir esos hechos sociales; y, segundo, quien se propone describir un hecho social debe ofrecer una explicación que pueda ser compartida por los sujetos involucrados. Dado que los sujetos formulan enunciados según los cuales existen deberes jurídicos y dado que la existencia de deberes depende de hechos normativos, si se acepta que no pueden existir dos mundos normativos, entonces estos hechos han de ser morales. Si se acepta este argumento el positivismo jurídico enfrenta un dilema, o bien satisface esta condición explicativa, comprometiéndose con el realismo acerca del discurso jurídico, pero en ese caso colapsa con el iusnaturalismo, o bien se aparta del realismo acerca del discurso jurídico, pero en ese caso queda comprometido con una teoría del error.

En la última sección he intentado desarticular este dilema, ofreciendo una alternativa adicional a las de abrazar el realismo moral o defender una teoría del error. Se trata del intento de construir una teoría cuasirrealista de los enunciados de deber jurídico. Esta alternativa ha sido aquí meramente esbozada, pero he ofrecido un argumento para sostener que es efectivamente una tercera vía de salida.

Bibliografía

AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, New York, The Nooday Press, (1954 [1832]).

BARBERIS, M., *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011.

BLACKBURN, S., *Spreading the Word. Groundings in the Philosophy of Language*, Oxford, Clarendon Press, 1984.

BLACKBURN, S., *Essays in Quasi-Realism*, New York - Oxford, Oxford UP, 1993.

BLACKBURN, S., *Ruling Passions*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

BLACKBURN, S., "Quasi-realism No Fictionalism", en Kalderon, M.E., *Fictionalism in Metaphysics*, Oxford, Clarendon Press, 2005.

BOUVIER, H., *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

CARACCILO, R., "Realismo Moral vs. Positivism Jurídico", *Analisi e diritto*, 2000, pp. 37-44.

- CUNEO, T., "Saying what we Mean", en Shafer-Landau, R., *Oxford Studies in Metaethics. Volume 1*, Oxford, Clarendon Press, 2006.
- DALY, C. y LIGGINS, D., "In Defence of Error Theory", *Philosophical Studies* 2, vol. N° 149, 2010, pp. 209-230.
- DAVIDSON, D., "On the Very Idea of a Conceptual Scheme", *Proceeding and Addresses of the American Philosophical Association*, vol N° 47, 1974, 5-20.
- GUASTINI, R., *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Bulloch, P. A. y Raz, J. (eds.), 2da ed., Oxford, Clarendon Press, (1994 [1961]).
- HAMNER HILL, H., "Hart's Hermeneutic Positivism. On Some Methodological Difficulties on The Concept of Law", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 1, vol. N° 3, 1990, pp. 113-128.
- JOYCE, R., "Moral Anti-realism", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2007.
- ROSS, A., "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", en *El concepto de validez y otros ensayos*, Mexico DF, Fontamara, 1993.
- SHAPIRO, S., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- WEBER, M., *Economy and Society*, Roth, G. y Wittich, C. (eds.), New York, Bedminster Press, 1968.
- WINCH, P. (2008 [1990, 1958]), *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, Abingdon - New York, Routledge.

Caracciolo sobre realismo moral y positivismo jurídico⁽¹⁾

por PAU LUQUE⁽²⁾

Resumen

En este trabajo afrontaré una cuestión deliberadamente ignorada en el magnífico trabajo de Ricardo Caracciolo "Realismo moral vs. positivismo jurídico". En tal trabajo, está ausente la especificación del tipo de realismo moral al que Caracciolo se refiere, i. e. no se nos dice si se trata del realismo moral naturalista o antinaturalista. Caracciolo afirma explícitamente que esta especificación resulta irrelevante para los propósitos de la pregunta acerca de la compatibilidad entre realismo moral y positivismo jurídico. Yo sostendré en cambio que, por un lado, esta especificación resulta relevante para la pregunta acerca de la compatibilidad y, por otro lado, que una vez especificado el tipo de realismo moral, ello puede cambiar la respuesta que Caracciolo da a la pregunta.

I | La relevancia de la cuestión naturalista

I.1 | Iuspositivismo e iusnaturalismo

Al proporcionar la definición del realismo moral, diciendo que para éste algunas normas morales son objetivamente verdaderas en virtud de su

(1) Riccardo Guastini y Nicola Muffato leyeron versiones anteriores de este trabajo. Vaya para ellos un agradecimiento por sus comentarios.

(2) Universidad de Girona y Universidad de Génova.

correspondencia con determinados hechos normativos o morales, en una nota a pie de página Caracciolo afirma que:

“[u]na discusión sobre la naturaleza de los “hechos morales” no es relevante para el tema de este trabajo. Como se sabe, la oposición entre naturalismo y no naturalismo versa acerca de la cuestión de saber si pueden ser reducidos, o no, a hechos susceptibles de descripción mediante el lenguaje de una ciencia natural”.⁽³⁾

Yo sostendré en cambio que, para que una discusión como la que propone Caracciolo tenga sentido, esto es, para una discusión acerca de la posibilidad de sostener simultáneamente el realismo moral y el positivismo jurídico, sí resulta relevante la cuestión del estatuto o naturaleza de los hechos morales o normativos. Y resulta relevante, como veremos, en virtud de la definición que el propio Caracciolo da del positivismo jurídico.

Recordemos cuál es la definición de positivismo jurídico que da Caracciolo:

- a. La existencia de las normas (y de los deberes jurídicos impuestos por esas normas) que pertenecen a cada derecho positivo, depende de la existencia de circunstancias empíricas.
- b. Para determinar la existencia de una norma jurídica no es necesario formular un juicio moral crítico: no hay vinculación necesaria (conceptual) entre el derecho y la moral.

No entraré aquí en una discusión sobre la condición b) acerca de la relación entre el derecho y la moral.⁽⁴⁾

Me interesa la condición a), a saber, “la existencia de normas (...) que pertenecen a cada derecho positivo, depende de la existencia de circunstancias empíricas”.

Como es sabido, el iusnaturalismo niega la tesis a) tal y como ha sido formulada aquí: la existencia de las normas jurídicas depende no sólo de

(3) CARACCILO, 2000: 37, n. 2.

(4) Aunque no descarto que las conclusiones de mi trabajo tengan consecuencias que podrían modificar también la conclusión b). En cualquier caso, dejaré esta posibilidad para otra ocasión.

la existencia de circunstancias empíricas; la existencia de por lo menos algunas normas jurídicas depende de la existencia de circunstancias no empíricas, i. e. el derecho natural.

De esta manera definía Bobbio la contraposición entre iusnaturalismo y positivismo jurídico: “por ‘iusnaturalismo’ entiendo la corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por ‘positivismo jurídico’ entiendo la corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que no sea el derecho positivo”.⁽⁵⁾ Se trata, pues, de definiciones asimétricas: el iusnaturalismo afirma la superioridad del derecho natural (i. e. de normas cuya existencia no depende sólo de circunstancias empíricas) sobre el derecho positivo (i. e. normas cuya existencia sí depende sólo de circunstancias empíricas); el positivismo jurídico, en cambio, no afirma la superioridad del derecho positivo sobre el derecho natural, sino la exclusividad del primero, esto es, niega la existencia del derecho natural (y, por tanto, niega que haya normas jurídicas cuya existencia dependa de unas —misteriosas, dirían algunos— circunstancias no-empíricas).⁽⁶⁾

Para el iusnaturalismo existen normas jurídicas de dos tipos: unas jerárquicamente superiores y cuya existencia no depende de circunstancias empíricas (i. e. las normas del derecho natural) y otras, jerárquicamente inferiores, cuya existencia depende de circunstancias empíricas (i. e. las normas del derecho positivo).

Para el positivismo jurídico sólo existen normas jurídicas de un tipo: aquellas cuya existencia depende de circunstancias empíricas (i. e. las normas del derecho positivo). De esta manera “el iusnaturalismo es dualista, [mientras que] el positivismo jurídico, [es] monista”.⁽⁷⁾

.....

(5) BOBBIO, 1965: 127, la traducción es mía.

(6) Hay otras reconstrucciones posibles de la dialéctica iuspositivismo-iusnaturalismo que, quizá, no suscribirían la reconstrucción de Bobbio de la que yo he dado cuenta aquí. Sin embargo, la reconstrucción de Bobbio me parece una de las dominantes todavía hoy en nuestra cultura jurídica.

(7) BOBBIO, 1965:128, la traducción es mía.

En lo que sigue voy a sostener que el sentido en el que el iusnaturalismo es dualista es compatible con dos maneras de entender el razonamiento práctico, una de inspiración naturalista y otra de inspiración no-naturalista, mientras que el sentido en el que el positivismo jurídico es monista se apoya, y sólo puede apoyarse, en una manera de entender el razonamiento práctico de inspiración naturalista. Me explico.

El naturalismo, en materia de razonamiento práctico, sostiene que los enunciados normativos sólo pueden ser verdaderos (y, por tanto, referir a normas existentes) si se corresponden con unos determinados hechos comprobables empíricamente.⁽⁸⁾ El no-naturalismo sostiene en cambio que la verdad de los enunciados normativos (y, en consecuencia, la existencia de la norma que ellos expresan) no depende de su correspondencia con determinados hechos comprobables empíricamente, sino de su correspondencia con hechos que a veces vienen denominados *sui generis* pero que en cualquier caso no se trata de hechos naturales o sociales, sino más bien de entidades metafísicas, no reducibles a, ni dependientes de, circunstancias empíricas.⁽⁹⁾

El iusnaturalismo sostiene que la existencia de normas jurídicas puede depender o bien de la existencia de determinados hechos comprobables empíricamente o bien de la existencia de determinados hechos *sui generis* o no comprobables empíricamente. Un naturalista podría sostener la existencia de normas jurídicas del primer tipo, pero no del segundo tipo;⁽¹⁰⁾ un no-naturalista podría sostener la existencia de normas jurídicas

(8) En realidad la tesis de los realistas naturalistas dice que los enunciados normativos son verdaderos si se corresponden con ciertos hechos morales que supervienen sobre hechos empíricos (Shafer - Landau R. y Cuneo, T., 2007: 160). Para no entrar en la cuestión de la superveniencia, que complicaría las cosas de manera inútil para los propósitos de este trabajo, entenderé que los enunciados normativos, para los realistas, son verdaderos si se corresponden con unos determinados hechos empíricos.

(9) Incluso existen autores que no usan el vocablo "hecho", sino que hablan, como W. D. Ross, de propiedades morales autoevidentes.

(10) Aquí de nuevo hay que matizar, puesto que el naturalista no diría en sentido estricto que la verdad de los enunciados normativos —cuyo contenido es una norma jurídica— sea comprobable empíricamente, sino que depende de un hecho moral que superviene sobre un hecho empírico. Por las mismas razones aducidas en la nota 5, omitiré, por razones de elegancia expositiva, estos matices.

del segundo tipo, pero no del primero.⁽¹¹⁾ El iusnaturalista, debido a la distinción entre normas de derecho natural y normas de derecho positivo, puede ser —aparentemente— tanto naturalista como no-naturalista.⁽¹²⁾ El iuspositivista, en cambio, sólo puede ser naturalista: los hechos de los que la existencia de una norma jurídica dependen deben ser susceptibles de comprobación empírica.⁽¹³⁾

1.2 | Realismo moral naturalista y realismo moral antinaturalista

En la familia metaética contemporánea existen dos grandes corrientes dentro del realismo moral: el realismo moral naturalista y el realismo moral antinaturalista. Ambas corrientes, como sus propias etiquetas apuntan, están atravesadas por el debate naturalismo/antinaturalismo.

Así, mientras el realismo moral naturalista afirma que el conocimiento moral es algo que tiene carácter *a posteriori*, y que los hechos que convierten en verdaderas a algunas normas morales son hechos dependientes o supervinientes a una realidad empírica, de ahí que su conocimiento sea *a posteriori*, el realismo moral antinaturalista afirma que el conocimiento moral tiene carácter *a priori*, y que los hechos que convierten en verdaderas a algunas normas morales son hechos que no dependen de ninguna circunstancia empírica.⁽¹⁴⁾

(11) Cómo se las arregla el iusnaturalista para poder sostener al mismo tiempo ambas cosas es una cuestión que no nos atañe aquí.

(12) Es importante no dejarse confundir aquí entre el “naturalismo” del término “iusnaturalismo” y el “naturalismo” de las corrientes filosóficas “naturalismo” y “no-naturalismo”. “Iusnaturalismo” alude a la idea de que en la naturaleza descansa una cierta justicia, de ahí que el motto clásico del iusnaturalismo, unas veces atribuido a Santo Tomás de Aquino y otras a San Agustín de Hipona, *lex iniusta non est lex*, haga surgir la idea según la cual hay algo de anti-natural en las leyes injustas. Pero “naturalismo” y “no-naturalismo” son concepciones acerca del estatuto de los hechos que actúan como *truth-makers* de los enunciados normativos.

(13) Podría ser que el positivista no se encuentre demasiado cómodo con la idea de la superveniencia. Pero creo que conceptualmente no debería por qué tener objeciones demasiado fuertes, puesto que el realismo moral naturalista, vía superveniencia, afirma que en última instancia la existencia y validez depende un hecho natural. Esto es, un hecho empíricamente comprobable.

(14) SHAFFER-LANDAU, R., CUNEO, T., 2007: 159-160.

Así pues, en realidad tendríamos dos versiones diferentes de la condición c) con la que Caracciolo⁽¹⁵⁾ definía al realismo moral:

c1) Estas normas [las del realismo moral] son objetivamente verdaderas. Esto es, su verdad no depende de creencias. Más bien, son verdaderas por su correspondencia con ciertos hechos, calificados de hechos "morales" o "normativos" dependientes de ciertas circunstancias empíricas y ***describibles sólo mediante el lenguaje de las ciencias naturales o sociales.***⁽¹⁶⁾

c2) Estas normas [las del realismo moral] son objetivamente verdaderas. Esto es, su verdad no depende de creencias. Más bien, son verdaderas por su correspondencia con ciertos hechos, calificados de hechos "morales" o "normativos" ***necesariamente no dependientes de circunstancias empíricas y, por lo tanto, no describibles mediante el lenguaje de las ciencias naturales o sociales.***

1.3 | Por qué es relevante la cuestión naturalista

¿En qué sentido, entonces, es relevante la cuestión naturalista para el debate realismo moral vs. positivismo jurídico?

Como hemos visto, el positivismo jurídico, por razones conceptuales, sólo puede ser naturalista: los hechos que actúan como *truth-makers* de los enunciados jurídicos normativos sólo pueden ser hechos comprobables empíricamente. El realismo moral, en cambio, puede ser naturalista o antinaturalista. Si esto es así, la única pregunta que parece tener sentido es "¿se puede sostener simultáneamente el realismo moral *naturalista* y el positivismo jurídico?". La pregunta alternativa, "¿se puede sostener simultáneamente el realismo moral *antinaturalista* y el positivismo jurídico?", carecería de sentido porque estaríamos hablando de dos posiciones que no comparten *background*, esto es, no comparten los fundamentos filosóficos necesarios para preguntarse acerca de su compatibilidad. Se trataría de cuestiones, por así decir, inconmensurables.

.....

(15) CARACCILO, 2000: 37.

(16) En sentido estricto, lo que sería comprobable empíricamente serían las propiedades naturales sobre las cuales habrían sobrevenido las propiedades morales. Pero como ya dije anteriormente, en última instancia el realismo moral naturalista considera que la existencia y validez de una norma moral depende de un hecho empíricamente comprobable.

Es probable que Caracciolo siguiera pensando que la cuestión del naturalismo continúa siendo irrelevante porque yo, al igual que la posición que trata de refutar en su trabajo, he pasado por alto que realismo moral y positivismo jurídico hablan de objetividad de sus enunciados normativos en sentidos diferentes. A continuación reconstruiré de nuevo el argumento de Caracciolo y, posteriormente, mostraré de qué manera el realismo moral naturalista es la única posición con la que tiene sentido plantearse la compatibilidad del positivismo jurídico.

Transcribo a continuación un pasaje bastante extenso de Caracciolo en el que distingue los diversos sentidos de objetividad que hay en juego en estas cuestiones:

"... según la concepción standard del derecho positivo, las normas jurídicas son objetivas en otro sentido: su pertenencia al derecho depende de ciertos hechos comprobables empíricamente, por ejemplo, de la existencia de una práctica. Ello es equivalente a decir que las proposiciones que describen esos hechos, i. e. son asimismo objetivas, son verdaderas o falsas con independencia de las creencias de aquellos que las formulan. Pero, de nuevo, no hay que confundir estas proposiciones con las normas a las que se refieren. Por el otro lado, para una realista moral consecuente, la existencia de la moral objetiva no depende de la existencia de práctica empírica alguna. Depende de que algunas normas, esto es, algunas proposiciones de deber sean verdaderas y las prácticas en cuestión no pueden constituir los hechos a los que se refieren".⁽¹⁷⁾

La objetividad a la que se referiría el realismo moral apelaría a un sentido diverso:

"las normas morales genuinas, las que pertenecen a la moral objetiva, son objetivas [] porque son verdaderas (u objetivamente válidas) por su correspondencia con hechos de una clase especial, con 'hechos normativos' o 'hechos morales' (hechos acerca de la existencia de razones para la acción)".⁽¹⁸⁾

.....

(17) CARACCILO, 2000: 42, subrayado en el original; notas omitidas.

(18) CARACCILO, 2000: 43, subrayado en el original; notas omitidas.

Por todo ello, Caracciolo sostiene que "no hay contradicción alguna en sostener simultáneamente que conforme al derecho se debe *objetivamente* realizar $\neg p$ y que conforme a la moral se debe *objetivamente* realizar p (esto es, que es verdad que se debe realizar p)".⁽¹⁹⁾

La anterior propuesta de Caracciolo guarda algunas similitudes con la posición denominada relativismo indexical en filosofía del lenguaje.⁽²⁰⁾ Una reconstrucción posible del argumento de Caracciolo en los términos del relativismo indexical sería, aproximadamente, la siguiente: cuando decimos existe el deber de hacer p y a la vez el deber de realizar $\neg p$, parece que estamos ante una contradicción normativa genuina. Sin embargo, lo que ocurre es que no hemos formulado de manera completa estos enunciados. Con arreglo al relativismo indexical, lo que queríamos decir en realidad es "debo (objetivamente) hacer p , con arreglo a un determinado derecho"⁽²¹⁾ y "debo (objetivamente) hacer $\neg p$, con arreglo a un determinado ideario moral". Los enunciados, entonces, serán completos y harán referencia, cada uno de ellos, a un criterio diferente. Por lo tanto, no habrá verdadera contradicción: para que hubiera una verdadera contradicción y un genuino conflicto normativo tendríamos que tener dos enunciados, uno de los cuales dijera "debo hacer p , con arreglo al derecho" y el otro "debo hacer $\neg p$, con arreglo al derecho" (lo mismo para el índice moral). Volveré luego sobre esta cuestión.

En todo caso, para Caracciolo, hay dos sentidos relevantes de objetividad:

1. La pertenencia al derecho de una determinada norma depende de que sea comprobable empíricamente un determinado hecho (por ejemplo, una práctica).
2. Las normas morales que son objetivamente verdaderas (las que pertenecen a la moral objetiva) lo son en virtud de unos hechos morales que las hacen verdaderas.

.....

(19) CARACCILO, 2000: 43, subrayado en el original.

(20) Véase IACONA, 2008: 257 y ss.

(21) Aquí "derecho" hay que entenderlo como derecho en sentido objetivo, a saber, como el conjunto de normas jurídicas que conforman un determinado ordenamiento jurídico.

La única manera de hacer incompatibles realismo moral y positivismo jurídico residiría en que ambas concepciones compartieran el mismo sentido de objetividad. Pero ello, según Caracciolo, no ocurre: el realismo moral no sostiene ninguna tesis acerca de cuándo una norma pertenece al derecho positivo; de la misma forma, el positivismo jurídico —y ésta es una de sus razones de ser— no alberga tesis alguna acerca de cuándo una determinada acción es moralmente correcta o incorrecta. Éste parece ser el argumento de Caracciolo para su conclusión final: realismo moral y positivismo jurídico pueden ser sostenidos simultáneamente.

2 | Realismo moral naturalista y positivismo jurídico: un mismo sentido de objetividad

Sin embargo, yo creo que positivismo jurídico y realismo moral naturalista (y sólo el naturalista) comparten un mismo sentido de objetividad. Recordemos por qué Caracciolo sostenía que el realismo moral no apelaba al sentido (i) de objetividad: "... según la concepción standard del derecho positivo, las normas jurídicas son objetivas en otro sentido: su pertenencia al derecho depende de ciertos hechos comprobables empíricamente, por ejemplo, de la existencia de una práctica (...) [p]or el otro lado, para una realista moral consecuente, la existencia de la moral objetiva no depende de la existencia de práctica empírica alguna. Depende de que algunas normas, esto es, algunas proposiciones de deber sean verdaderas y las prácticas en cuestión no pueden constituir los hechos a los que se refieren". Sin embargo, como hemos visto, para el realismo moral naturalista la existencia de la moral objetiva sí que depende de que se den determinados hechos comprobables empíricamente. En otras palabras, para el realismo moral naturalista, los *truth-makers* de los enunciados normativos, que determinarán la existencia de la moral objetiva, deben ser comprobables empíricamente. Así pues, en el marco del realismo moral naturalista, por un lado, y del positivismo jurídico, por otro lado, tanto la existencia de las normas morales como la existencia de las normas jurídicas depende de que se den unas determinadas circunstancias empíricamente comprobables.

Y puede ocurrir —aunque se tratará de una cuestión no solamente contingente, sino también bastante poco probable— que un deber moral de hacer p y un deber jurídico de hacer $no-p$ apelen a un mismo hecho comprobable empíricamente; si, por ejemplo, el hecho comprobable empíricamente verifica que p , entonces habrá una contradicción en efecto entre el deber jurídico y el deber moral. Veámoslo a continuación:

1. La existencia (y validez) del deber moral p depende de que se dé el hecho H .
2. La existencia (y validez) del deber jurídico $no-p$ depende de que se dé el hecho H .

Pero para esto, se dirá, bastaba con el argumento de Caracciolo: conforme a la moral debo hacer p , y conforme al derecho debo hacer $no-p$. No había contradicción entre ambos deberes porque cada uno de ellos obedecía a un índice diferente (el derecho, por un lado, y la moral, por otro lado). Sin embargo, añadimos una nueva premisa:

3. Existe un estado de cosas (el *truth-maker* H) tal que Op .

Con arreglo a la concepción naturalista —compartida tanto por el realismo moral como por el positivismo jurídico— sí que habría contradicción normativa genuina porque tendríamos un criterio común, el *truth-maker* H , que verificaría, por hipótesis, p , y que haría que el deber de p y el deber de $no-p$ fueran incompatibles en un sentido no-indexical, esto es, aquí el hecho de apelar a estándares o índices distintos no evitaría la contradicción, puesto que habría un mismo hecho H que actuaría como *truth-maker* tanto del índice moral como del índice jurídico. En otras palabras, la referencia a H eliminaría los índices.

Obviamente, lo anterior depende de que en efecto exista un deber moral y un deber jurídico que apelen al mismo hecho como *truth-maker*. Esto, dirán algunos, es difícil que ocurra, porque los hechos a los que apela el positivismo jurídico, por ejemplo el de estirpe hartiana, son más bien hechos sociales —la práctica de los *officials*, por ejemplo—, mientras que los hechos a los que apela el realismo moral naturalista no serían, en principio, hechos sociales. Sólo si un realismo moral naturalista hiciera depender la verdad de algunas normas morales de la existencia, por ejemplo, de una práctica entre los *officials*, entonces podría haber —tal vez— contradicción entre el deber jurídico y el deber moral. Es difícil que lo anterior ocurra, pero no es imposible conceptualmente. Para el realismo moral natura-

lista, la verdad de algunas normas morales depende de que se den unos determinados hechos comprobables empíricamente, entre los cuales se podría conceptualmente encontrar, por hipótesis, un hecho social como el de la práctica de una determinada comunidad. Que ello habitualmente no ocurra no quiere decir que, en el imaginario del realismo moral, no haya espacio conceptual para ello.

Aquí no se está discutiendo acerca de la plausibilidad del realismo moral (las objeciones, con la navaja de Hume acechante, contra la idea de un hecho que, por decirlo de alguna manera, hace verdadero a un valor son continuas). Pero lo que Caracciolo se preguntaba no era si realismo moral y positivismo jurídico eran plausibles, sino si, dadas sus asunciones conceptuales, eran compatibles. Mi pretensión aquí era la de indagar si, dadas las premisas conceptuales del realismo moral naturalista, podría darse el caso de que un deber jurídico y un deber moral estuviesen en contradicción. Y mi conclusión es que conceptualmente esto podría tener lugar, aunque empíricamente resultaría más bien una cosa anómala.

3 | El hiato en el discurso práctico

Tal vez una vía de escape de Caracciolo consistiría en decir que uno puede ser naturalista en materia de teoría del derecho, y entonces, para ser consistente, debería suscribir alguna forma de positivismo jurídico y, a la vez, se puede ser antinaturalista en materia moral, y pensar, por ejemplo, que los enunciados morales son susceptibles de verdad o de falsedad, pero no por vía empírica, sino, por ejemplo, a través de la intuición. Esto es, no habría inconsistencia alguna en sostener el naturalismo en materia jurídica y el antinaturalismo en materia moral.

Pero esta posible vía de escape supondría dos cosas: por un lado, que contrariamente a lo que afirmaba Caracciolo en la nota a pie de página en la que definía al realismo moral, la cuestión naturalista sí que tendría relevancia para dirimir la compatibilidad entre realismo moral y positivismo jurídico, lo cual significaría, por sí mismo, darme la razón por lo menos acerca de la relevancia; pero, por otro lado, también supondría que quien estuviera dispuesto a sostener esta posición dualista (naturalismo iusfilosófico y antinaturalismo ético) debería justificar este hiato en el seno del discurso práctico.

Esto último merece añadir una explicación. El discurso jurídico y el discurso moral son ambos instancias de una forma ulterior de discurso, el discurso práctico.⁽²²⁾ Las diferencias entre discurso jurídico y discurso moral son notorias no obstante sus paralelismos, como el lenguaje deónico, los problemas de conflictos normativos, etc. En la moral, salvo en los casos de credos religioso-morales, la autoridad normativa es un concepto más bien irrelevante; en el derecho esto no ocurre, y la autoridad jurídica es uno de los conceptos centrales para los teóricos del derecho. Pero más allá de estos —sumarios— paralelismos y de estas diferencias, si uno admite la premisa de que ambos tipos de discurso son instancias del discurso práctico parece que tendría que ser consistente a la hora de considerar la cuestión naturalista: si uno sostiene una concepción naturalista del discurso práctico, entonces parece que también debe sostener una concepción naturalista del discurso jurídico (i. e. deber ser un positivista jurídico) y debe también sostener una concepción naturalista del discurso moral (i. e. debe ser un realista moral naturalista).⁽²³⁾ Y lo mismo para quien sostenga una concepción antinaturalista del discurso práctico. Quien afirme que el discurso práctico es naturalista y sin embargo el discurso moral —aunque sí lo sea el discurso jurídico— no lo es parece estar constreñido a ofrecer algún tipo de explicación para dar cuenta de este hiato.⁽²⁴⁾

(22) Esta forma de entender las cosas se encuentra, por ejemplo, en algunos trabajos de B. Celano, véase, en general, CELANO, 2009.

(23) En realidad quien sostenga una concepción naturalista del razonamiento moral no tiene por qué ser necesariamente realista, bien puede ser antirrealista moral. Yo creo que se trata de una posición consistente con ser positivista jurídico, como así lo ha mostrado últimamente Brian Leiter, véase LEITER, 2007; y también las diversas escuelas realistas, tanto la escandinava como la genovesa, sólo que no lo han sostenido en términos de naturalismo. No creo, sin embargo, que pudiera ser consistente una posición naturalista (realista o antirrealista) en ética y antinaturalista en teoría del derecho (se trataría del caso inverso del de Caracciolo, que estoy yo criticando aquí). Dejaré de lado estas complicaciones y me ceñiré únicamente a la propuesta de Caracciolo acerca del cruce entre realismo moral y positivismo jurídico.

(24) No debe confundirse esto con una reivindicación del principio de la unidad del razonamiento práctico. Este principio —o por lo menos la interpretación del mismo que aquí nos interesa— implica "1) una concepción general de racionalidad, conforme a la cual existe una jerarquía entre las diversas pautas justificativas existentes y 2) la existencia de un conjunto de normas morales constitutivas del último peldaño en el orden jerárquico de pautas de justificación" (Redondo, 1999: 155). Según este principio, el deber que "nace" de un argumento encuentra su validez última en unas premisas que formarían parte de la moral ideal. Sin embargo, lo que yo estoy discutiendo aquí no es esto: lo que yo estoy discutiendo aquí es el estatuto naturalista o no del discurso práctico.

Hasta que no se ofrezca algún tipo de explicación en este sentido, la combinación naturalismo iusfilosófico y antinaturalismo ético parece más bien inconsistente, en la medida en que predica dos estatutos diferentes de dos instancias de un mismo discurso ulterior, el discurso práctico.

Por último, cabe recordar de nuevo que aunque se sostuviera una concepción naturalista consistente del discurso práctico (i. e. iuspositivismo naturalista⁽²⁵⁾ y realismo moral naturalista) esto no supondría automáticamente la incompatibilidad automática entre realismo moral y positivismo jurídico, pues como hemos visto en el epígrafe anterior tal cosa —que haya un deber jurídico y un deber moral en genuina contradicción, i. e. de manera no indexical— es una cuestión altamente contingente.

4 | Conclusiones

Las ideas críticas vertidas en este breve trabajo a modo de homenaje al bellissimo artículo de Caracciolo pueden resumirse en las siguientes consideraciones.

1. Si uno es positivista jurídico naturalista, entonces la pregunta inicial de Caracciolo, para que tenga sentido, tiene que ser reformulada en los siguientes términos: ¿puede sostenerse simultáneamente el positivismo jurídico y el realismo moral *naturalista*?
2. Y su respuesta será contingente: si el deber jurídico y el deber moral apelan a un mismo hecho del mundo de forma conflictiva, entonces en efecto habrá incompatibilidad entre ambos deberes (y, por lo tanto, también entre positivismo jurídico y realismo moral naturalista); si no lo hace, que será lo menos anómalo, entonces sí pueden ser sostenidos simultáneamente.
3. Afirmar una concepción naturalista del razonamiento jurídico y una concepción antinaturalista del razonamiento moral supone caer en una inconsistencia acerca de la concepción del razonamiento práctico. Quien afirme lo contrario, debe proporcionar una explicación para dar cuenta de este hiato en el seno del razonamiento práctico.

(25) En realidad la expresión iuspositivismo naturalista es redundante, puesto que hemos llegado a la conclusión de que el positivismo jurídico, por razones conceptuales, sólo podía ser naturalista.

4. De todo lo anterior se sigue no sólo que la cuestión naturalista es relevante, sino que preguntarse acerca de la compatibilidad entre positivismo jurídico y realismo moral es, en buena parte, preguntarse acerca de qué concepción del razonamiento práctico, naturalista o antinaturalista, estamos dispuestos a suscribir.
-

Bibliografía

- BOBBIO, N., *Giustnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di comunità, Milano, 1965.
- CARACCILO, R., “Realismo moral vs. positivismo jurídico”, P. Comanducci y R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto*, 2000, pp. 37-44.
- CELANO, B., *Derecho, justicia, razones*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- IACONA, A., “Faultless or Disagreement”, M. Kölbel, M. García Carpintero (eds.), *Relative Truth*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- LEITER, B., *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- REDONDO, C., “La justificación de las decisiones judiciales”, *Isegoría*, 21, 1999, pp. 149-163.
- SHAFFER-LANDAU, R., CUNEO, T., *The Foundations of Ethics*, Blackwell, Oxford, 2007.

Reconsiderando el argumento de las razones auxiliares

por JUAN IOSA⁽¹⁾

¿Es posible afirmar conjuntamente la existencia de autoridades prácticas⁽²⁾ y una versión objetivista de las razones para la acción?

El problema surge porque el objetivismo afirma que las razones normativas para la acción no son reducibles a circunstancias empíricas de ningún tipo, particularmente no son reducibles a los deseos, intenciones, voliciones, creencias o, en general a estados mentales o actos de habla de ningún sujeto (tales como los implicados en los actos de promulgación de normas jurídicas). Pero la idea de una autoridad práctica es la de alguien que puede cambiar, mediante determinados actos, los deberes (las razones para la acción) de otros. ¿Cómo los actos de ciertos sujetos empíricos (tal como nuestras autoridades) pueden alterar lo que otras personas deben, objetivamente, hacer?

La pregunta puede formularse en términos más austeros. Partamos de asumir que hay razones objetivas para la acción. Preguntémonos cómo

.....

(1) Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Ha publicado en diversas revistas internacionales (*Doxa, Analisi e Diritto, Revista Brasileira de Filosofia*). Desde 2008 es docente de la Cátedra B de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNC. CONICET - UNC.

(2) Mi interés aquí está puesto en las autoridades legislativas (autoridades que típicamente dictan normas generales) y, particularmente, en la relevancia del contenido de sus mandatos para el razonamiento práctico de los ciudadanos particulares. El funcionamiento de las autoridades judiciales merece un análisis del que aquí me abstendré.

cuentan los actos de mandato de una autoridad en el razonamiento práctico de un agente racional i.e., uno que atiende a razones. Si los actos autoritativos cuentan entonces producen un cambio: la situación normativa no es igual antes y después del mandato. Sus actos tienen, en otras palabras, relevancia práctica. ¿Cómo hemos de explicar esa relevancia? Si no podemos ofrecer una reconstrucción adecuada del razonamiento práctico en el que intervienen actos autoritativos entonces deberemos negar que haya autoridades legítimas.

Centremos nuestro análisis en el razonamiento práctico en que intervienen normas. En la reconstrucción estándar dicho razonamiento está compuesto por una norma como premisa mayor (a su vez la norma está compuesta de una premisa fáctica que delimita un caso genérico y una consecuencia normativa), como premisa menor figura un hecho que es una instancia del caso genérico previsto en el antecedente de la premisa mayor, y una conclusión normativa que se deriva lógicamente de las premisas. Así por ejemplo:

1. El bosque nativo debe ser preservado en las zonas de la provincia donde aún existe.
2. En las zonas p, q y r, aún existe bosque nativo.
3. Deben preservarse las zonas p, q y r.

No cabe aquí entrar en las sutilezas que pueda implicar distinguir conceptualmente entre premisas normativas y razones operativas por un lado y premisas fácticas o razones auxiliares por el otro. Baste señalar, siguiendo la ya establecida distinción de Raz (1991, 37 - 38), que una razón operativa (normativa) consiste en una premisa de deber ser, y una razón auxiliar consiste en un juicio fáctico que indica un medio para satisfacer una razón operativa.⁽³⁾ Así, en el ejemplo anterior, el hecho de que en las zonas p, q y r aún exista bosque nativo permite identificar las áreas a preservar.

.....

Mi interés aquí está puesto en las autoridades legislativas (autoridades que típicamente dictan normas generales) y, particularmente, en la relevancia del contenido de sus mandatos para el razonamiento práctico de los ciudadanos particulares. El funcionamiento de las autoridades judiciales merece un análisis del que aquí me abstendré.

.....

(3) En la formulación de la distinción sigo a Nino, 1985, 131

Pues bien, quien tiene autoridad tiene la capacidad de alterar los deberes ajenos, i.e., sus mandatos tienen relevancia práctica. Sin embargo la idea de relevancia práctica del mandato de una autoridad legítima es ambigua. ¿Qué es lo que la autoridad tiene el poder de cambiar? ¿Las razones para la acción propiamente dichas (razones-hecho)? ¿O lo que el agente en su razonamiento práctico debe considerar como razón para la acción (razones-premisas)?⁽⁴⁾

Tenemos entonces cuatro posibilidades:

1. La autoridad cambia las razones operativas-hecho.
2. La autoridad cambia las razones auxiliares-hecho.
3. La autoridad cambia las razones operativas-premisa.
4. La autoridad cambia las razones auxiliares-premisa.

Los objetivistas consideran que las razones operativas (razones-hecho) son objetivas (i.e., morales). De aquí se seguiría, por lo menos para muchos, la tesis de que la autoridad no las puede cambiar. Debemos entonces desechar la primera opción.⁽⁵⁾ La explicación del postulado cambio en los deberes ajenos, producto de los actos de promulgación de normas generales por parte de la autoridad, habrá de correr por otras vías.

Baier (1972, 700-716) y Nino (Nino 1985, 125-143) han afirmado que el cambio de la situación normativa se explica adecuadamente si concebimos los actos de promulgación como actos de cambio de las razones auxiliares (razones-hecho). Pero Caracciolo ha mostrado, a mi entender exitosamente, que al menos tres variantes de dicho argumento no se sostienen. Si estamos comprometidos con el objetivismo de las razones para

(4) Respecto de la distinción entre razón para la acción y razón premisa ver Redondo, 1996, 17, 121 - 122. También es importante distinguir entre un sentido psicológico o subjetivo y uno objetivo de razonamiento práctico. El primero es el proceso mental de justificación y depende de las razones que acepta el agente. El segundo es el que sirve de criterio de corrección al primero y depende lo que el agente debe aceptar. Para esta discusión el relevante es el segundo sentido. Sobre el punto ver Redondo, 1996, 90, 114 - 115.

(5) Tal es la opción de Nino, (1985, 143). En el mismo sentido, aunque fundado sobre la idea de que los mandatos son actos (hechos), Bayón, 1991, 605.

la acción pareciera entonces que también debemos rechazar la segunda opción.

Ahora bien, de aquí Caracciolo ha concluido que “no hay solución disponible para el objetivista: tiene consistentemente que negar la posibilidad de autoridades prácticas” (Caracciolo, 2009, 211). Personalmente quisiera tentar un desafío a dicha conclusión: hay una variante del argumento de las razones auxiliares, el manifestado por la cuarta opción, que Caracciolo no ha evaluado y que, a mi entender, da cuenta de la relevancia práctica de una autoridad normativa de manera consistente con las tesis objetivistas.

Comencemos explicando por qué debemos rechazar la tercera opción. Para ello recordemos el intento raziano de dar cuenta del funcionamiento de las autoridades prácticas. En general se ha interpretado la teoría raziana como postulando un cambio en las razones operativas-hecho (la primera opción) y bajo esta lectura he de presentarla. Luego de mostrar las dificultades que dicha lectura enfrenta propondré una reinterpretación de su teoría como una defensa de la tercera opción (cambio en las razones operativas premisa).

Recordemos que según Raz la autoridad legítima presta un servicio de mediación entre las razones y sus destinatarios. A su entender todas las directivas autoritarias deben estar basadas en las razones subyacentes, i.e., las razones sustantivas para la acción (razones-hecho) que la gente tiene con independencia de esas directivas —tesis de la dependencia— (Raz, 1986, 47). La autoridad está justificada cuando para los sujetos normativos es más probable cumplir con (el contenido de) las razones que de hecho tienen (razones hecho, subyacentes, sustantivas, independientes de las directivas) siguiendo las directivas que guiándose por su propio juicio (Raz, 1986, 53). Ahora bien, si éste es el caso y un agente tiene mayor probabilidad de acertar con lo que realmente debe hacer si sigue los mandatos de una autoridad que si trata de identificar ese deber por sus propias luces entonces se sigue lo que Raz ha llamado tesis de la exclusión: el hecho de que la autoridad requiera la realización de una acción es una razón para su realización que no debe sumarse a todas las otras razones relevantes al evaluar qué hacer sino que las excluye y toma su lugar (Raz, 1986, 46).

La teoría de Raz es bastante curiosa en este aspecto: en una buena cantidad de casos lo que hace que una autoridad esté justificada, (i.e., que sea más probable que los sujetos hagan lo que en definitiva deben hacer siguiendo las directivas autoritativas que siguiendo su propio juicio), es que ella conoce más y mejor que los súbditos las razones subyacentes (Raz, 1986, 75; 1990, 6). Pero si la autoridad está basada en el conocimiento pareciera entonces ser una autoridad teórica, i.e., sin relevancia práctica. ¿Puede entonces dar cuenta la teoría raziana de la relevancia práctica de una autoridad? Antes de abrir juicio sobre este punto quisiera especificar el sentido de "cambio" del que la teoría pretende dar cuenta.

Si por cambio entendemos la modificación del contenido de lo que debe hacerse entonces la concepción raziana niega que la autoridad produzca ningún cambio. Pues mientras la autoridad preste adecuadamente su servicio (mientras no se equivoque) sus mandatos tendrán exactamente el mismo contenido que las razones subyacentes que pretenden reflejar. Para esta teoría entonces, en un sentido no hay cambio: si antes del acto de mandato el sujeto tenía razón para hacer *p* luego del mandato sigue teniendo razón para hacer *p*. En este esquema la autoridad no puede cambiar deliberadamente el contenido de lo que se debe hacer.

Hay otro sentido, sin embargo, en que la teoría da cuenta del carácter práctico de las autoridades. Pues el mayor conocimiento tiene, tal como lo afirma la tesis de la exclusión, carácter práctico: luego del mandato las personas tienen razón para tener en cuenta como razones las directivas autoritativas y no las razones subyacentes: al parecer entonces el mandato autoritativo ha producido un cambio en las razones. Antes del mandato la razón que debía determinar la acción era la razón subyacente (una razón moral por ejemplo), ahora es el mandato (o la norma que es su contenido); antes la razón para hacer *p* era una razón de primer orden, ahora es una razón protegida.

Ahora bien, a esta lectura de la teoría raziana, como postulando un cambio en las razones operativas-hecho, se le ha objetado que hay un pase mágico en afirmar que una autoridad epistémica puede ser práctica. Si la autoridad conoce más el mundo moral entonces parece que nos da razones para creer (para tener ciertas creencias y no otras sobre cómo es el contenido de ese mundo) y no para actuar.

A mi modo de ver debe concederse que la teoría en cuestión no da cuenta de la capacidad de la autoridad de producir un cambio en las razones sustantivas para la acción. Sin dudas la interpretación convencional de la teoría raziana, así como de la idea de cambio, es que lo que la autoridad cambia son las razones operativas-hecho (las razones sustantivas para la acción propiamente dichas, i.e., la primera opción de las cuatro postuladas más arriba).⁽⁶⁾ Pero si la autoridad presta un servicio epistémico, un servicio basado en el mayor conocimiento de las razones sustantivas, entonces no parece que pueda cambiarlas (el conocimiento, las creencias no producen un cambio en ningún mundo).

Ahora bien, no es esta la única comprensión posible de la idea de cambio de las razones. Pensemos la teoría raziana a partir de nuestra tercera opción, ie, a partir de la idea de cambio de las razones operativas premisa. Para evaluar la viabilidad de esta alternativa cabe observar una ambigüedad fundamental en la idea de cambio. Tal como sostuve arriba en una teoría como la de Raz si antes del mandato la razón que debía determinar la acción era la razón subyacente, luego lo es el mandato, he aquí el cambio. Pero debemos distinguir dos dimensiones de las razones en tanto determinantes de lo que se debe hacer. A veces las razones exigen que nos guiemos por ellas, otras veces, (u otras razones) meramente exigen que actuemos de conformidad con ellas.⁽⁷⁾ Creo que los mandatos de una autoridad legítima bien pueden concebirse como cambiando las razones que guían nuestra acción y no las razones a las cuales debemos conformar nuestra acción. Como para guiar nuestra acción las razones deben figurar en nuestros razonamientos, entonces un cambio en las razones-guía bien puede interpretarse como un cambio en las razones operativas-premisa.

Observemos la cuestión más de cerca: al guiarse por los mandatos autoritativos el agente, si bien deja de guiarse por las razones objetivamente existentes, aumenta las probabilidades de conformar su conducta a dichas razones. Raz considera que las razones para la acción son primordialmente razones para que la acción esté en correspondencia con ellas. A su entender "lo importante es que el acto para el cual la razón es una razón llegue a hacerse

(6) Para una lectura alternativa de Raz, como relevante por su mayor conocimiento de hechos relevantes (razones auxiliares) ver Bayón, 1991, 654.

(7) Respecto de la distinción entre guiarse por una razón y conformarse a una razón ver Raz, 1991, 220 - 226.

(salvo que la razón sea derrotada). No necesariamente importa si se hace por ésta o por alguna otra (buena) razón” (Raz, 1991, 222).⁽⁸⁾ En otros términos, lo importante es que nos conformemos a las razones objetivas. Si el guiarnos por el mandato aumenta nuestra posibilidad de conformarnos con las razones objetivas entonces tenemos buena razón para guiarnos por el mandato. Las consecuencias respecto de la relevancia práctica de los mandatos (el sentido de la idea de cambio de las razones para la acción en cuestión) no son menores. De acuerdo con esta lectura los mandatos serían razones para la guía pero no razones para la conformidad. Es decir, todo el punto de seguir los mandatos es aumentar la conformidad con las razones subyacentes. Si aceptamos que existen razones subyacentes a las cuales debe conformarse la conducta entonces no tiene sentido concebir los mandatos en sí mismos como razones para la conformidad, es decir, no habría ninguna ganancia moral en exigir conformidad con los mandatos. Sin duda, si los mandatos reflejan las razones subyacentes entonces guiándonos por, y en consecuencia conformándonos a ellos, aumentaremos nuestra conformidad con aquellas razones. Pero lo que esto indica es que los mandatos de una autoridad legítima son razones por las que debemos guiarnos. Cuando satisfacemos este deber nos guiamos por ellas. Es decir, las tenemos en cuenta en nuestros razonamientos. En otras palabras, los mandatos funcionan como razones premisas. Y por cierto, *ex post facto* como razones explicativas de nuestra acción.

La misma cuestión permite una aproximación desde otro ángulo: ¿Cómo debemos interpretar la idea de que debemos actuar correctamente? ¿Sólo actuamos correctamente (justificadamente) cuando actuamos de acuerdo a las razones sustantivas para la acción que de hecho tenemos? ¿No está acaso justificado el agente que actuó en virtud de las razones que, luego de un sincero esfuerzo por la conformidad y de utilizar todas las herramientas que tenía a su disposición, consideró que le eran aplicables?

Sin duda aquí hay dos sentidos de justificación en juego. Pero el segundo también es moralmente relevante: no hay ningún reproche que hacerle

(8) “Uno tiene razón para hacer todo lo que facilite el actuar en correspondencia con la razón.... Es trivialmente cierto que ser guiado por una razón conducirá a... actuar en correspondencia con ella. De ahí que uno siempre tenga razón para ser guiado por una razón. Pero tales razones instrumentales desaparecen si su fin se alcanza de alguna otra manera... no hay ninguna pérdida, ni defecto, ni tacha, ni ninguna otra deficiencia, en la actuación en correspondencia con la razón que se logra no a través de ser guiado por ella sino por otras razones” (Raz, 1991, 225 - 226).

al agente que hizo su mejor esfuerzo por conformarse a las razones existentes. Si este último es el caso, entonces basta con interpretar la teoría raziana como postulando un cambio de las razones operativas-premisa (la tercera opción). Al fin y al cabo lo que el agente hace lo hace porque cree que es su deber. Y esta creencia es el contenido del enunciado que figura como conclusión de un razonamiento práctico en el que figuran razones-premisas (no hay relaciones de inferencia entre razones-hecho).⁽⁹⁾ Así lo que sucede es que, al tener la autoridad mayor conocimiento de las razones relevantes, el agente tiene razón para creer que el enunciado que debe utilizar en su razonamiento práctico (razonamiento que le permitirá llegar a una conclusión sobre sus deberes finales) es el que la autoridad pone a su disposición (y no el enunciado al que llega mediante su propio juicio). Tal como dice Nino “tenemos razones para hacer aquello que tenemos razones para creer que tenemos razones para hacer”.⁽¹⁰⁾ Sin embargo, este argumento, i.e., la interpretación de la teoría de Raz como a favor de la tercera concepción de cambio, tiene un problema que lo torna inviable. Pues para darlo por bueno hay que suponer que hay gente que tiene un mayor conocimiento de las razones objetivas —i.e., conocimiento moral— que otras. Éste es un supuesto incompatible con nuestras asunciones morales básicas como sujetos modernos. No estoy diciendo que sea falso, sino simplemente que nosotros pensamos y actuamos moralmente bajo el supuesto de que todos, en tanto agentes racionales, tenemos el mismo acceso a la moral, la misma capacidad de conocer lo que está bien y lo que está mal: nuestro mundo es un mundo sin sabios morales.⁽¹¹⁾ Ahora bien, si a nosotros nos está vedada la alternativa de concebir la autoridad

(9) Por cierto estas razones premisa no son meras razones en el sentido lógico (no ofrecen meramente una justificación formal). Por el contrario son el fruto del mejor esfuerzo del agente por ajustarse, con las herramientas a su disposición, a las razones sustantivas existentes. Sin dudas no son las razones sustantivas, pero deben distinguirse de las meras razones formales como las que utilizaría un estudiante para mostrar que sabe reconstruir un argumento. De hecho son las razones por las que actuamos (explicativas). Sobre la conexión entre razones justificativas (razones operativas sustantivas) y explicativas ver Raz, 1991, 40 y ss.; 1986, 13. Creo que sin forzar demasiado las cosas la lectura que Bayón hace de las tesis razianas puede leerse en estos términos. Así, según Bayón cuando la directiva de la autoridad está justificada en los términos de la tesis de la justificación normal, i.e., cuando seguirla hace más probable ajustarse a las razones subyacentes, entonces “en la deliberación práctica del destinatario... habría de reemplazar a estas, de ocupar su lugar” (Bayón, 1991, 642).

(10) C. NINO, 1989, 133.

(11) Al respecto ver Schneewind, 1998, 4.

en términos de sabiduría moral (posibilidad que, por ejemplo, está plenamente abierta como explicación de la autocomprensión de las autoridades del antiguo régimen), debemos descartar la idea de que la autoridad funciona, gracias a su mayor conocimiento moral, cambiando las razones operativas-premisas que pretenden reflejar adecuadamente las razones operativas-hecho.⁽¹²⁾ En otras palabras, nos queda vedada la posibilidad de concebir la relevancia práctica del mandato autoritativo como una transformación de la razón operativa-premisa desde la expresión de una creencia relativa al contenido del mundo moral (i.e. relativa a las razones sustantivas existentes), creencia a la que el agente habría llegado gracias a sus propias luces, a la expresión de una creencia relativa al contenido del mundo moral pero basada en el juicio presupuesto en el mandato de la autoridad.⁽¹³⁾ ¿Queda alguna otra posibilidad de concebir a la autoridad como generando un cambio en las razones relevantes para la determinación de lo que los sujetos deben hacer en última instancia? Creo que la respuesta es afirmativa: la relevancia de la autoridad debe concebirse en términos de un cambio en las razones auxiliares-premisa: ello debido a su mayor conocimiento de las circunstancias fácticas a tener en cuenta en la determinación de los deberes finales. Si la autoridad conoce mejor los hechos empíricos relevantes entonces las personas tienen buena razón para dejar de lado su propio juicio al respecto y, en cambio, guiarse por el de la autoridad. Veamos un par de ejemplos tomados del propio Raz (sugerentemente al presentar ejemplos que avalarían su doctrina Raz ofrece casos que avalan sólo la aquí defendida):

.....

(12) Para un objetivista lo que es una razón es un hecho y no una creencia. Que matar está mal es una razón para no matar, no que yo crea que está mal. Por cierto para un objetivista la autoridad no puede cambiar estos hechos. Pero dichos hechos pueden figurar en el razonamiento práctico de un agente racional sólo en tanto se reflejan en un contenido mental (una creencia) que los tiene por objeto. Así las cosas la pregunta es qué creencia ha de figurar en mi razonamiento práctico como premisa normativa. ¿Aquella a la que he llegado mediante mi propio juicio sobre las razones existentes o aquella supuesta en el mandato de la autoridad? Sobre la relación entre hechos, creencias y razones ver Raz, 1991, 19 - 22.

(13) "Las directivas autoritarias son dictadas por razones que se cree las justifican" (Raz, 1991, 239). Por cierto si hubiese buenas razones para considerar que hay personas que pueden funcionar como sabios morales y, por ende, como autoridades prácticas, habría buenas razones para tomar sus mandatos como alterando las razones operativas premisas, y para considerar a estas razones emanadas de mandatos como razones protegidas (i.e., excluyentes de las razones operativas premisas que nos propone nuestro propio juicio moral). Aquí residiría el cambio y no en la modificación de las razones-hecho. Para un argumento semejante, aunque basado no en la sabiduría de determinadas personas sino en las cualidades del procedimiento democrático ver C. Nino, 1989, c. V.

"El gobierno puede tener sólo una parte de la autoridad que pretende, puede tener más autoridad sobre una persona que sobre otra. La prueba es la que se ha explicado antes: ¿seguir las instrucciones de la autoridad incrementa la conformidad con la razón? Para cada persona la pregunta debe plantearse de nuevo... Un farmacólogo experto puede no estar sujeto a la autoridad del gobierno en asuntos relativos a la seguridad de los medicamentos; un habitante de un pequeño pueblo junto a un río puede no estar sujeto a su autoridad en materia de navegación y conservación del río por cuyos bancos ha pasado toda su vida".⁽¹⁴⁾

Preguntémonos cómo pretende (equivocadamente en estos casos según Raz) influir la autoridad sobre el razonamiento práctico del farmacólogo y del habitante del pueblito palustre. ¿Pretende cambiar sus razones operativas o sus razones auxiliares?

Veamos el primer ejemplo:

1. Sólo está permitido vender medicamentos seguros.
2. El medicamento x es seguro.
3. Está permitido vender el medicamento x.

Vamos ahora al otro ejemplo:

1. En el río sólo estarán permitidas embarcaciones que no afecten la navegación ni alteren el medio ambiente.
2. Las embarcaciones con motores de más de x caballos de fuerza afectan la navegación y alteran el medio ambiente.
3. No se debe navegar con embarcaciones con motores de más de x caballos de fuerza.

Preguntémonos nuevamente: ¿sobre cuál de las premisas en cuestión pretenden incidir (producir un cambio) la autoridad médica o la autoridad naval en tanto autoridades prácticas? Por cierto, para un objetivista el mandato de la autoridad no producirá ningún cambio en los hechos —normativos o fácticos— que funcionan como razones. La autoridad no

(14) RAZ, 1986, 74.

puede cambiar el hecho de que, todas las cosas consideradas, debe preservarse el equilibrio del río. Tampoco puede cambiar nada sobre el tipo de motores que alteran dicho equilibrio. A mi parecer lo que reclaman es un mayor conocimiento de las razones auxiliares-hechos. Cuando emiten mandatos que tienen por contenido las normas que figuran en las conclusiones de razonamientos como los recién reconstruidos, suponen que saben (más que nosotros por cierto) qué medicamentos son seguros o que embarcaciones son compatibles con el cuidado del río.

A mi entender si las autoridades tienen mayor conocimiento (creencias verdaderas justificadas) sobre los hechos que deben figurar como premisas fácticas —cosa totalmente compatible con nuestros presupuestos morales y con el costo económico de adquirir conocimiento fáctico en la modernidad técnica—, entonces los agentes tienen buenas razones para utilizar como premisas auxiliares de sus razonamientos prácticos no sus propias creencias sobre los hechos sino las creencias presupuestas en los mandatos de la autoridad.⁽¹⁵⁾

Sin duda que la autoridad no se expresa mediante enunciados de hecho sino que directamente emite mandatos con forma de norma. En nuestros ejemplos la autoridad directamente permite vender el medicamento x o prohíbe navegar con determinado tipo de embarcaciones. Ahora bien, ¿cuándo tendremos razones para tomar dichos mandatos como normas

(15) Es importante observar que dentro de un esquema moderno de pensamiento los agentes son no solo igualmente capaces de conocimiento moral sino también igualmente capaces de conocimiento fáctico. Pero hay una ambigüedad en el uso de "capacidad": todos los agentes tienen capacidad de conocimiento fáctico en el sentido de que tienen el equipamiento mental requerido para conocer. Pero no todos tienen las herramientas necesarias para adquirir determinados conocimientos. Imaginemos que queremos conocer sobre astronomía y para ello es imprescindible tener un telescopio. Si no tenemos un telescopio no tendremos mayor conocimiento sobre astronomía y haremos bien en tomar como autoridad teórica a quien sí lo tenga. Por el contrario, la capacidad de conocimiento moral, al menos en principio, no parece requerir costosos artefactos técnicos para ejercerse fructíferamente. Este punto nos lleva a otra cuestión importante. ¿Cuál es la tesis central de la ilustración sobre conocimiento moral? ¿Afirma sólo que todos tenemos igual capacidad de conocimiento moral o que todos tenemos de hecho el mismo conocimiento? Observemos que en lo relativo al conocimiento fáctico si bien todos tenemos la misma capacidad no todos tenemos de hecho el mismo conocimiento porque no todos tenemos las mismas herramientas epistémicas a nuestro alcance. Ahora bien, no hay, al menos en principio, telescopios morales a disposición de unos y no de otros. Por lo tanto, al menos en principio, no tenemos buenas razones para pensar que algunos tengan de hecho mayor conocimiento moral que otros. Agradezco al referato anónimo que corrigiera este trabajo el presionarme para aclarar este punto.

genuinas? ¿Cuándo deberemos considerarlas como emanadas de autoridades legítimas? Cuando quienes emitan esos mandatos conozcan más que nosotros sobre los hechos relevantes según las razones operativas existentes. Si éste no es el caso o si pretenden modificar las razones operativas objetivas (si, por ejemplo, ordenan algo inmoral) debemos negarles toda relevancia.

Este enfoque, dando cuenta de la relevancia de los mandatos de una autoridad legítima en el razonamiento práctico de un agente racional, es perfectamente compatible, a mi entender, con la afirmación del objetivismo de las razones para la acción. Si este es el caso, la conclusión de Caracciolo citada más arriba debe ser dejada de lado.

Pero quizás, después de todo, éste no sea el caso. Mi argumento puede ser fácilmente objetado. Si la relevancia práctica de un mandato autoritativo debe ser reconstruida como la sustitución en nuestro razonamiento práctico de la premisa fáctica (ahora debe tomarse en cuenta la que presupone el mandato autoritativo y no la que nos indica nuestro propio juicio) y si lo que justifica que demos ese paso es el mayor conocimiento de los hechos relevantes que tiene la supuesta autoridad, entonces pareciera que toda persona que tiene mayor conocimiento sobre hechos fácticos normativamente relevantes tiene autoridad. Como claramente éste no es el caso, el argumento caería por su propio peso.

Quizás lo salve distinguir dos tipos de cuestiones:

- a. ¿Qué tipo de consideraciones justifican la autoridad práctica?
- b. ¿Cómo influye en el razonamiento práctico del sujeto normativo el mandato de quien tiene autoridad práctica?

Aquí sólo se ha tratado de dar respuesta a la segunda cuestión. Sin duda la respuesta ofrecida presupone que al menos una de las consideraciones que justifican la autoridad es su mayor conocimiento de los hechos normativamente relevantes. Pero lo único que se afirma es que esta es una condición necesaria. Una teoría normativa de la autoridad debe dar cuenta de todas las condiciones que conjuntamente hacen a su justificación. Así, a mi entender, la conclusión del siguiente razonamiento sería falsa debido la falsedad de la premisa mayor (pues el conocimiento es sólo condición necesaria).

- a. Si tiene mayor conocimiento fáctico entonces tiene autoridad.
- b. Tiene mayor conocimiento fáctico.
- c. Tiene autoridad.

Los argumentos aquí ofrecidos no pretenden entonces ser una teoría normativa de la autoridad. Pero como sí suponen *una* condición de legitimidad entonces pueden ser útiles como test dirigido a chequear la legitimidad de la pretensión autoritativa:

- a. Si es autoridad entonces tiene mayor conocimiento fáctico.
- b. No tiene mayor conocimiento fáctico.
- c. No tiene autoridad.

Bibliografía

BAIER, K., "The Justification of Governmental Authority", en *The Journal of Philosophy*, Vol. 69, No. 20, 1972, pp. 700-716.

BAYÓN MOHINO J. C., *La Normatividad del Derecho: Deber Jurídico y Razones para la Acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

CARACCILO, R., *El Derecho desde la Filosofía*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2009.

NINO, C., *La Validez del Derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985.

NINO, C., *El Constructivismo Ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

RAZ, J., (Ed), *Authority*, Basil Blackwell, Oxford, 1990.

RAZ, J., *Razón Práctica y Normas*, (trad. De Juan Ruiz Manero), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

REDONDO, M. C., *La Noción de Razón para la Acción en el Análisis Jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

SCHNEEWIND, J. B., *The Invention of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

Autoridad legítima, primacía conceptual y coordinación

por **RODRIGO SÁNCHEZ BRÍGIDO**⁽¹⁾

Resumen

En “El concepto de autoridad normativa: el modelo de las razones para la acción” (Caracciolo, 2009), Caracciolo pretende examinar críticamente la idea, defendida explícitamente por J. Raz y J. Finnis, de que la noción de autoridad legítima tiene primacía conceptual respecto de la noción de autoridad. Además, Caracciolo intenta mostrar que uno de los argumentos de Raz y Finnis destinado a mostrar que hay autoridades legítimas (argumento que habría sido construido partiendo de la idea de primacía conceptual) lleva a consecuencias inaceptables. Ese argumento sostiene, en breve, que una autoridad es legítima porque puede resolver problemas de coordinación.

En este ensayo indicaré muy brevemente las razones por las que, a mi juicio, las críticas de Caracciolo son incompletas. Necesitan, según me parece, argumentos adicionales.

Para mostrarlo intentaré primero establecer con alguna precisión en qué consiste el primer objetivo declarado de Caracciolo (esto es, examinar críticamente la idea de primacía conceptual). Luego presentaré muy br-

.....
(1) Abogado, Universidad Nacional de Córdoba-Universidad Blas Pascal. Licenciado en Filosofía (UNC). Doctor en Derecho Universidad de Oxford

vemente el argumento de la coordinación y la consecuencia de ese argumento que, según Caracciolo, sería inaceptable. Indicaré, por último, por qué son necesarias tesis adicionales para mostrar que del argumento de la coordinación se desprenden consecuencias inaceptables, y por qué Caracciolo no ha mostrado acabadamente que la idea de la primacía conceptual debe rechazarse.

I | La idea de primacía conceptual

La idea de que un concepto tiene primacía conceptual sobre otro es notoriamente imprecisa. Así, por ejemplo, puede indicar que no se puede comprender un concepto sin comprender el otro, y eso a su vez puede ocurrir por varias razones (e.g. uno es condición necesaria del otro, o uno es un presupuesto del otro). Creo que Caracciolo, cuando afirma que pretende examinar críticamente la idea de primacía conceptual del concepto de autoridad legítima sobre el concepto de autoridad, no está pensando en este sentido de primacía. Creo que podría aceptar que, si el concepto de autoridad presupone el de la autoridad legítima, es necesario comprender primero este último para entender el primero.

Caracciolo está pensando, entonces, en otro sentido de primacía conceptual. Así, un sentido de primacía conceptual que Caracciolo sometería a crítica es la idea de que no puedo dar cuenta de la noción de autoridad sin establecer si existen, o pueden existir, autoridades legítimas. Otro sentido de primacía conceptual que Caracciolo quiere criticar, y lo dice expresamente, es aquel según el cual *"comprender la noción de autoridad es lo mismo que mostrar el tipo de argumento que justifica la pretensión de autoridad, apunta a la construcción de un modelo ideal al que deberían adecuarse los comportamientos de los detentadores de poder de imposición"* (Caracciolo, 2009, pág. 104). Nótese que hay al menos un sentido en que esto es distinto de decir que no puedo dar cuenta de la noción de autoridad sin establecer si existen autoridades legítimas. Pues construir un modelo ideal, e.g. en el sentido de un ideal regulativo, no compromete al teórico con la idea de que hay, haya habido o pueda haber autoridades legítimas.⁽²⁾

(2) Otro sentido de primacía conceptual que el propio Caracciolo considera es el de "que es mejor una noción comprometida de autoridad para comprender lo que significa pretender

Estos dos sentidos de primacía conceptual no son los únicos. Pero tienen un núcleo común. Se trata de la idea de que los problemas conceptuales no son independientes de los problemas de justificación.⁽³⁾ Por eso Caracciolo sostiene que la supuesta primacía *“se funda en la idea según la cual los problemas conceptuales no son independientes de los de justificación”* (Caracciolo, 2009, pág. 98).

En definitiva, la idea que Caracciolo pretende examinar críticamente es la idea general según la cual los problemas conceptuales no son independientes de los conceptuales. Esa idea general incluye distintas versiones más específicas.

2 | El argumento de la coordinación

El argumento de la coordinación habría sido construido por Finnis y Raz —según Caracciolo— a partir de la idea de primacía conceptual. En otras palabras, se trata de un argumento destinado a mostrar, como parte de un análisis del concepto de autoridad (un problema conceptual), que puede haber autoridades legítimas (una respuesta justificatoria).

El argumento de la coordinación, en la versión que interesa a Caracciolo, alude a situaciones en que dos o más personas tienen una razón para lograr resultados valiosos. Se trata de problemas de coordinación “objetivos”, en el sentido de que todos tienen razón para hacer algo aunque no reconozcan la existencia de esa razón (Caracciolo, 2009, pág. 115).⁽⁴⁾ Raz y Finnis han sostenido, en ese marco, que hay autoridades legítimas porque

.....
y reconocer autoridad” (Caracciolo, 2009, pág. 110), donde la “noción comprometida” es la noción que usa alguien que, al sostener “x es una autoridad normativa”, afirma que es una autoridad moral, y que por tanto debe ser obedecida. Creo que este sentido, bastante oscuro por cierto, es reducible a alguno de los dos que menciono en el texto.

(3) Uno puede pensar en muchos sentidos más de “primacía conceptual” que comparten ese núcleo común. Por ejemplo: (a) que es imposible que una teoría del concepto de autoridad sea compatible con cualquier opinión normativa sobre la autoridad; (b) que una teoría del concepto de autoridad no es exitosa a menos que explique por qué se equivoca la gran mayoría de las personas, que creen que hay autoridades legítimas; (c) que una teoría de la autoridad fracasa si lleva a consecuencias normativas inaceptables. Cfr. J. Raz (2009) pp. 130 y ss.

(4) Por tanto, no deben ser confundidos con los problemas de coordinación subjetivos. Entre estos últimos encuadrarían los problemas de coordinación tal como han sido definidos por

sólo ellas (las autoridades legítimas) pueden resolver cualquier problema de coordinación en el sentido indicado.

Caracciolo presenta entonces una versión algo expandida del argumento de Raz y Finnis, para intentar mostrar que de dicho argumento se desprenden ciertas consecuencias. Esa versión del argumento dice lo siguiente: *“si todos tienen una razón objetiva para lograr resultados valiosos y la existencia de una autoridad normativa es necesaria, todos tienen una razón para que exista autoridad normativa efectiva. Pero para que exista una autoridad semejante es necesario que sus normas se asuman como razones excluyentes, de manera que todos tienen una razón para asumir las normas como razones excluyentes. Finalmente, cuando una acción (o clase de acciones) es admitida como necesaria para el logro de R, y se debe lograr R, entonces R es una razón suficiente para la acción. Lo que significa que, si los actos de obediencia son medios necesarios para el resultado final, para cualquier clase de actos p, la norma que ordena p suministra una razón objetiva suficiente y no meramente necesaria para p. De manera que todos deben obedecer a la autoridad efectiva, si tienen razones para el resultado valioso R, con independencia del contenido de las normas. Por consiguiente, la promulgación de N por la autoridad legal de un sistema efectivo, tendría que ser considerada suficiente para la validez de N. Esto es, toda autoridad efectiva es, prima facie, legítima”* (Caracciolo, 2009, pág. 117).

Pues bien, según Caracciolo esta conclusión es la que se desprende del argumento. Y esa conclusión es inaceptable —afirma Caracciolo— tanto para Raz como para Finnis.

Consideremos brevemente por qué sería ello así.

3 | Raz

Caracciolo sostiene que la conclusión del argumento de la coordinación es inaceptable para Raz porque le lleva a admitir su compromiso con dos nociones de autoridad recíprocamente inconsistentes. No voy a exami-

David Lewis. Cfr. la primera definición de convención propuesta por dicho autor en Lewis (1969), pp. 36-42.

nar si esa imputación (que Raz es inconsistente) es correcta. Antes bien, quisiera detenerme en una cuestión preliminar: ¿es cierto que Raz estaría comprometido con la conclusión del argumento de la coordinación tal como ha sido presentado?

Creo que eso es dudoso. Para mostrarlo basta considerar un caso simple de problema de coordinación en el que podría haber razones para pensar que, al menos Raz, no tendría por qué comprometerse con la conclusión del argumento.

Una situación de problema de coordinación objetivo en el sentido de Caracciolo es la siguiente: dos personas están en una situación en la que tienen que optar entre dos alternativas A o B (ambas excluyentes); hay razones en favor y en contra de cada una, pero el balance adecuado de estas razones muestra que solo una de ellas produce del modo más satisfactorio posible el resultado que, lo reconozcan o no los participantes, es valioso. Supongamos que una autoridad normativa efectiva sea necesaria para resolver el problema y por tanto supongamos que, como dice el argumento, todos tienen una razón para que exista una autoridad normativa efectiva. Aun así, no parece cierto, contra lo que sostiene Caracciolo, que de allí se siga que todos tengan una razón para asumir las normas que esa autoridad dicte como razones excluyentes *con independencia del contenido de esas normas*. Es decir, no parece cierto que los agentes deban obedecer *cualquier cosa que la autoridad diga*. Y por tanto no parece cierto que toda autoridad efectiva sea *eo ipso* legítima.

La razón de por qué ello es así es expresada por Raz al comentar un argumento de la coordinación casi idéntico al de Caracciolo. Así, Raz dice que *"cualquier obligación de obedecer el derecho que el argumento pueda establecer tiene que ser calificada doblemente. Primero, ya que deriva la autoridad del Estado o del gobierno del hecho de que puede realizar un trabajo que necesita ser hecho, esa autoridad debe ser limitada a un gobierno que hace el trabajo exitosamente. La autoridad del gobierno no puede derivar de su habilidad de realizar el trabajo que necesita ser hecho; más bien, debe depender del éxito (o probabilidad de éxito) de que lo haga. Segundo, la legitimidad del gobierno que deriva de su éxito (real o probable) de que realice el trabajo que necesita ser hecho debe ser confinada a aquellas de sus acciones que apuntan a realizar el trabajo.*

El argumento no puede dotar a gobiernos de una autoridad general, una autoridad para hacer lo que quiera que crean conveniente, como debería ser si pretende justificar un obligación general de obedecer” (Raz, 2009, pág. 174).

Como se ve, Raz sostiene que el argumento de la coordinación no debe ser entendido del modo en que Caracciolo pretende. El argumento está sujeto, según Raz, a ciertas calificaciones, y esas calificaciones bloquean la consecuencia que, según Caracciolo, se desprendería del argumento.

Caracciolo podría insistir, por cierto, en que Raz está obligado a aceptar que el argumento de la coordinación exige admitir que, dado un problema de coordinación y una autoridad efectiva que puede resolverlo, debe hacerse lo que quiera que la autoridad diga. Podría insistir, en otras palabras, en que las calificaciones que Raz introduce al argumento de la coordinación (el éxito o probabilidad de éxito de la autoridad efectiva, y que las acciones que la autoridad lleve a cabo apunten a coordinar) no pueden introducirse en el argumento.

En una parte del texto Caracciolo sugiere, en efecto, que, si los destinatarios de las órdenes intentan establecer si la autoridad efectiva resuelve el problema, entonces dejan de diferir su propio juicio y comienzan a actuar sobre el balance de razones, dejan de tomar a la autoridad como autoridad (Caracciolo, 2009, pág. 116). Y al hacerlo frustran cualquier posibilidad de que la autoridad efectiva resuelva el problema. Raz estaría obligado a aceptar, entonces, que los participantes deben aceptar las directivas de la autoridad cualquiera sea su contenido. Si intentaran establecer si el contenido es adecuado, entonces deberían hacer el balance de razones que la autoridad debía hacer por ellos.

Para mostrar eso, sin embargo, hacen falta argumentos adicionales. Supóngase que los participantes están en el problema de coordinación considerado (en el que hay que optar por las alternativas A o B), y que existe una autoridad efectiva que tiene la posibilidad de resolverlo. Supóngase ahora que la autoridad ordena hacer C. No parece necesariamente cierto que los participantes deban hacer ellos mismos el balance de razones para establecer si la autoridad, al ordenar inclinarse por la alternativa C, resuelve o no el problema. Y ello sin perjuicio de que la autoridad conser-

ve todavía (y sea vista así por los participantes) la capacidad de resolver el problema (si ordena A o B).

Hay al menos dos posibilidades que así lo sugieren.

Así, en primer lugar, la alternativa C podría ser lógicamente imposible. En ese caso, no hay razones ni en favor ni en contra de C. Por tanto, no tiene sentido afirmar que los participantes deben hacer el balance de las razones en favor y en contra de C para establecer si la autoridad, al ordenar inclinarse por la alternativa C, resuelve o no el problema. Pues no hay tales razones.

El caso puede ser descrito así: hay hechos (e.g. que C sea lógicamente imposible) que cancelan la razón para tener una autoridad.⁽⁵⁾ Si, como dice Caracciolo, la razón para que existan autoridades efectivas es que ellas *pueden* resolver un problema de coordinación, esa razón puede desaparecer. Y ello puede ser establecido sin hacer ningún balance de razones.

En segundo lugar, supóngase que C es posible pero que no resuelve el problema. Aun en ese caso creo que la conclusión de Caracciolo no se sigue. Pues los participantes pueden conocer eso (una posibilidad no excluida por el planteamiento del problema). En ese caso, no es cierto que los participantes deban hacer el mismo balance de razones que la autoridad debía hacer por ellos, pues en el problema de coordinación descrito el balance debe efectuarse únicamente entre las razones en favor y en contra de A o de B. La autoridad provee un servicio si ellos se conforman a las razones realmente aplicables (en favor de las alternativas A o B) sin hacer ellos mismos el balance entre esas razones.

Creo que esta última situación puede ser descrita así: la existencia del problema de coordinación objetivo, tal como fue descrito, es compatible con que la autoridad tenga límites jurisdiccionales, por así decir, y con que los participantes conozcan eso. Es compatible con que haya una norma moral que delimite las cosas que no puede ordenar y sobre las razones que no debe tener en cuenta a la hora de ordenar algo.⁽⁶⁾ Y es compatible

(5) Sobre la noción de condición cancelatoria, en el sentido en que la estoy utilizando aquí, véase Raz (1990), pág. 27.

(6) Esto es lo que Raz llamó razones auxiliares que afectan el alcance (Raz, 1990, pág. 46) y lo que, de modo más transparente, llamó luego "jurisdicción" en el postscript a dicho libro

con que los participantes conozcan eso. La autoridad provee un servicio si, dentro de dicho límite, hace posible que los participantes alcancen el resultado valioso sin que ellos mismos tengan que evaluar las razones en favor de A o B. La alternativa C no está dentro de su jurisdicción. En otras palabras, la autoridad puede estar restringida. Por tanto, para establecer si puede resolver el problema al ordenar C, no es necesario diferir el juicio propio ni hacer el mismo balance de razones que la autoridad debía ahorrarles a los participantes.

En definitiva, me parece que la crítica de Caracciolo, según la cual el argumento de la coordinación lleva a la conclusión de que los agentes deban obedecer cualquier cosa que la autoridad efectiva diga, es algo exagerada. Para que funcione son necesarios argumentos adicionales. Por tanto, no es cierto que toda autoridad efectiva sea, por eso mismo, legítima.

4 | Finnis

El argumento de la coordinación es usado por Caracciolo para criticar también a Finnis. Este autor habría aceptado la consecuencia del argumento explícitamente (aunque, como he sugerido, no se desprenda del argumento). La crítica a Finnis es entonces que lleva a admitir que *“los habitantes de un país ocupado militarmente, con independencia de la moralidad o inmoralidad de la ocupación, deben obedecer a la autoridad militar efectiva”*. Esto último, según Caracciolo, lleva a aceptar *“que la vía admitida para construir un concepto comprometido de autoridad conduce irremediabilmente a que, externamente, haya que postular que la autoridades efectivas, como postulación de ese compromiso aparentemente conceptual, deben ser objetivamente obedecidas. Tesis que, a pesar de su venerable tradición, no es otra cosa que un genuino postulado ideológico sobre el derecho y el poder”* (Caracciolo, 2009, pág. 118).

Esta objeción me parece algo paradójica.

Según vimos, Caracciolo pretende examinar críticamente la idea de una primacía conceptual. Un núcleo común a esa idea es que los problemas

(Raz, 1990, pág. 192). La misma idea de límites jurisdiccionales aparece en otra obra de Raz (Raz, 1986, pág. 62).

conceptuales no son independientes de los justificatorios. La crítica de Caracciolo al argumento de Finnis es extraña porque, según parece, solo hay dos modos de interpretarla. O bien Caracciolo critica la teoría de Finnis empleando un argumento normativo, i.e. que la teoría de Finnis lleva a la inaceptable consecuencia normativa según la cual uno debe obedecer objetivamente a autoridades por el mero hecho de ser efectivas, lo que sea que ordenen. O bien Caracciolo critica a Finnis porque abandona distinciones teóricas, i.e. que abandona la idea de independencia entre cuestiones conceptuales y justificatorias.

Si hace lo primero, no obstante, Caracciolo abandona su propia pretensión. Supone que hay al menos un sentido de primacía conceptual de la noción de autoridad legítima, esto es, que una teoría del concepto de autoridad puede ser impugnada si es moralmente inadecuada. Ese sería al menos un sentido en que los problemas conceptuales no son independientes de los empíricos.

Si hace lo segundo, por su parte, Caracciolo presupone lo que tiene que probar. Pues su idea era examinar *críticamente* la idea de la primacía conceptual. No puede reprochar a Finnis por el mero hecho de que sostenga la primacía conceptual.

5 | Conclusiones

Las teorías de J. Raz y J. Finnis son dos de las teorías contemporáneas más reconocidas, dentro de cierta tradición filosófica, sobre la noción de autoridad. Aunque hay diferencias notables entre ellas, Caracciolo ha identificado y criticado dos tesis centrales comunes a ambas teorías. La primera tesis es metodológica, y sostiene que un análisis del concepto de autoridad no es independiente de un análisis justificativo o normativo de la autoridad. La segunda tesis, construida a partir de dicho enfoque metodológico, es sustantiva. Se trata del argumento de la coordinación, según el cual puede haber autoridades legítimas porque sólo esas autoridades pueden resolver problemas de coordinación.

Las críticas de Caracciolo apuntan a mostrar que el argumento de la coordinación, tal como ha sido propuesto por estos autores a partir del enfoque metodológico mencionado, lleva a la consecuencia inaceptable de que toda autoridad *de facto* es legítima.

He intentado mostrar dos cosas. Por un lado, he tratado de mostrar que el argumento de la coordinación no lleva a esa consecuencia. Eso no significa, naturalmente, que el argumento de la coordinación, tal como ha sido propuesto por Raz o Finnis, sea exitoso. Sólo muestra que son necesarios argumentos adicionales para mostrar que la conclusión mencionada se desprende de dicho argumento.

He sugerido, por otro lado, que no puede afirmarse que la consecuencia del argumento sea inaceptable en virtud del hecho de que oculta bajo la forma de una afirmación teórica un postulado ideológico (i.e. que debe obedecerse a toda autoridad *de facto*). Si imputar a la teoría ese defecto es una crítica moral, eso implica admitir que los problemas de justificación no son independientes de los conceptuales. Si imputar a la teoría ese defecto es una crítica teórica, se presupone lo que hay que probar. Pues la idea de postulado ideológico presupone, en última instancia, la distinción entre problemas conceptuales y normativos. Eso no significa tampoco que los problemas justificativos no sean independientes de los conceptuales. Sólo muestra que son necesarios argumentos adicionales para probarlo.

Bibliografía

CARACCILO, R., *El derecho desde la filosofía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

LEWIS, D., *Convention: A Philosophical Study*, Harvard University Press, Cambridge, 1969.

RAZ, J., *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

RAZ, J., *Practical Reason and Norms*, Princeton University Press, Oxford, 1990.

RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

Índice de autores citados

ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.

ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Sobre la existencia de normas jurídicas*, Valencia, Venezuela, Universidad de Carabobo, 1979.

ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALTHUSSER, LOUIS, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, 1ra. ed., Bs. As., Nueva Visión, 1974.

ALTHUSSER, LOUIS, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado. Freud y Lacan*, Colección Teoría e Investigación en las Ciencias del Hombre. Dirigida por Jorge Sazbón, 1ra. ed., Bs. As., Nueva Visión, 1988.

ANITUA, GABRIEL I., *Historia de los pensamientos criminológicos*, 1ra. ed., Bs. As., Editores del Puerto, 2005.

ANSART, PIERRE, “¿Es ideológico todo conocimiento de lo social?”, en Jean Duvignaud (comp.), *Sociología del conocimiento*, 1ra. ed., México, FCE, 1982.

ARENDT, H., *Eichman en Jerusalén*, Barcelona, Debolsillo, 2010.

ARENDT, H., *The human condition*, Chicago, Chicago University Press, 1958.

ATRIA, FERNANDO et AL, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

ATRIA, FERNANDO, *On Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishers, 2002.

AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, The Nooday Press, 1954 [1832].

BAIER, K., “The Justification of Governmental Authority”, en *The Journal of Philosophy*, Vol. 69, n°. 20, 1972, pp. 700/716.

BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, 1ra. ed., Bs. As., Siglo XXI, 2004.

BARBERIS, M., *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011.

BAYÓN MOHINO J. C., *La Normatividad del Derecho: Deber Jurídico y Razones para la Acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BAUMAN, ZIGMUNT, *Legisladores e Intérpretes. Sobre la modernidad, la posmodernidad y los intelectuales*, Bs. As., Universidad Nacional de Quilmes, 2001.

BAUMAN, ZIGMUNT, *Modernidad líquida*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2008.

BLACKBURN, S., “Quasi-realism No Fictionalism”, en M. E., Kalderon, *Fictionalism in Metaphysics*, Oxford, Clarendon Press, 2005.

BLACKBURN, S., *Essays in Quasi-Realism*, Nueva York, Oxford, Oxford UP, 1993.

BLACKBURN, S., *Ruling Passions*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

BLACKBURN, S., *Spreading the Word. Groundings in the Philosophy of Language*, Oxford, Clarendon Press, 1984.

- BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di comunità, 1965.
- BOUVIER, H., *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- BULYGIN, EUGENIO; ATIENZA, MANUEL y BAYÓN, JUAN C., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- CAMPILONGO, CELSO, “Asistencia jurídica y realidad social: apuntes para una tipología de los servicios legales”, en *A Justiça em São Bernardo do Campo: perfil sócio-jurídico de clientes e profissionais da assistência jurídica*, vol. 2, São Bernardo do Campo, CEDISO.
- CAMUS, A., *El Hombre Rebelde*, Bs. As., Losada, 1978.
- CÁRCOVA, CARLOS, “Acerca de las relaciones entre marxismo y derecho”, en *Derecho, Política y Magistratura*, Bs. As., Biblos, 1996.
- CÁRCOVA, CARLOS, “Derecho y Política en los Tiempos de la Reconversión”, en *Escritos sobre Derecho y Política*, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1993.
- CÁRCOVA, CARLOS, *La opacidad del derecho*, Bs. As., Trotta, 2006.
- CARACCILO, R., *El derecho desde la filosofía*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2009.
- CARACCILO, R., “Realismo moral vs. positivismo jurídico”, en P. Comanducci y R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto*, 2000.
- CELANO, B., *Derecho, justicia, razones*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *Lecciones de historia de la filosofía del derecho*, Rosario, Ed. Zeus, 2000.
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., “Panorama Trialista de la filosofía en la posmodernidad”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 19, FIJ, Rosario, 1995.
- CORSI, G.; ESPÓSITO, E., y BARALDI, C., *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*, México, ITESO - Anthropos, 1996.
- CUETO RÚA, JULIO, “Prólogo”, en Jerome, Frank, *Derecho e incertidumbre*, Bs. As., CEAL, 1968.
- CUNEO, T., “Saying what we Mean”, en R. Shafer-Landau, *Oxford Studies in Metaethics*. Volume 1, Oxford, Clarendon Press, 2006.
- DALY, C. y LIGGINS, D., “In Defence of Error Theory”, en *Philosophical Studies* 2, vol. n° 149, 2010.
- DAVIDSON, D., “On the Very Idea of a Conceptual Scheme”, en *Proceeding and Addresses of the American Philosophical Association*, vol n° 47, 1974.
- DE GIORGI, R., *Roma come memora dell'evoluzione*, J. Monteros (trad.), Lecce, ined., 2006.
- DE LA TORRE RANGEL, JESÚS A., “Algunos fundamentos teóricos del uso alternativo del derecho desde la judicatura”, en revista *El Otro Derecho*, n° 26-27, abril, ILSA, Bogotá, 2002.
- ELSTER, J., *Rendición de Cuentas. La Justicia Transicional en perspectiva histórica*. Bs. As., Katz Editores, 2006.
- FEYERABEND, PAUL, *Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, 1ra. ed., Bs. As., Hyspamérica, 1984.

- FILIPPINI, L., “La persecución penal en la búsqueda de justicia”, en *Hacer Justicia. Nuevos Debates sobre el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad en la Argentina*, Bs. As., Siglo XXI, 2011.
- FOUCAULT, MICHEL, *La arqueología del saber*, Bs. As., Siglo XXI, 1970.
- FOUCAULT, MICHEL, “El ojo del poder”, en J. Bentham, *El Panóptico*, Ed. La Piqueta, 1980.
- FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, Madrid, Las ediciones de La Piqueta, 1992.
- FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995.
- FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo*, La Plata, Altamira, 1996.
- FOUCAULT, MICHEL, “*Omnes et singulatim*”, en *¿Qué es la Ilustración?*, Madrid, De la Piqueta, 1996.
- FOUCAULT, MICHEL, *La vida de los hombres infames*, La Plata, Altamira, 1996.
- FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, 28va. ed., México, Siglo XXI, 1998.
- FOUCAULT, MICHEL, *El orden del discurso*, Barcelona, Fábula Tusquets, 2002.
- FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la Sexualidad. Vol.1. La voluntad del saber*, Bs. As., Siglo XXI, 2002.
- FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la Sexualidad. Vol.2. El uso de los placeres*, Bs. As., Siglo XXI, 2004.
- FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la Sexualidad. Vol.3. La inquietud de sí*, Bs. As., Siglo XXI, 2004.
- FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, Bs. As., Siglo XXI, 2005.
- FOUCAULT, MICHEL, *Seguridad, territorio, población*, Bs. As., FCE, 2006.
- FOUCAULT, MICHEL, *El poder psiquiátrico*, Bs.As., FCE, 2007.
- FOUCAULT, MICHEL, *Los anormales*, Bs. As., FCE, 2007.
- FOUCAULT, MICHEL, *Nacimiento de la biopolítica*, Bs. As., FCE, 2007.
- FREUD, SIGMUND, “La histeria, El mecanismo psíquico de los fenómenos histéricos, y Los orígenes del psicoanálisis” (Estudio preliminar de Ernst Kris), en *Obras completas*, Madrid, Ed. Biblioteca nueva, 1967, tomos I y III.
- GORDON, ROBERT, “Cómo ‘descongelar’ la realidad legal: una aproximación crítica al derecho”, en AAVV, *Desde otra mirada*, Bs. As., Eudeba, 2001.
- GRAMSCI, ANTONIO, “Filosofía e historia”, en *Antología*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.
- GUARDIA, LUCAS, “Pinturas de la violencia en Osvaldo Lamborghini”, en *Revista Derecho y Barbarie*, año I, n° I, 2008.
- GUASTINI, R., *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011.
- GUIBOURG, RICARDO et AL., *Lógica, proposición y norma*, Bs. As., Astrea, 1980.
- HABERMAS, JÜRGEN, *La lógica de las ciencias sociales*, 1ra. ed., Madrid, Tecnos, 1988.
- HAMNER HILL, H., “Hart’s Hermeneutic Positivism. On Some Methodological Difficulties on The Concept of Law”, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 1, vol. 3, 1990.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, P. A. Bulloch, y J. Raz, (eds.), 2da ed., Oxford, Clarendon Press, 1994 [1961].

- HARVEY-BLANKENSHIP, MICHELE y SHIGEKANE, RACHEL, "Disappeared Children, Genetic Tracing and Justice", en Sharanjeet Parmar, Mindy J. Roseman, Saudamini Siegrist y Theo Sowa (eds.), *Children and Transitional Justice. Truth-Telling, Accountability Reconciliation*, Florencia/Massachusetts, UNICEF Innocenti Research Centre (IRC)/Human Rights Program, 2010.
- HEIDEGGER, MARTIN, "La pregunta por la técnica", Eustaquio Barjau (trad.), en *Conferencias y artículos*, Barcelona, Ediciones del Serbal, 1994. Ver texto en: www.heideggeriana.com.ar/textos/tecnica.htm
- HERRERA FLORES, JOAQUÍN y SÁNCHEZ RUBIO, DAVID, "Aproximaciones al derecho alternativo en Iberoamérica", en revista *Jueces para la Democracia*, n° 20, noviembre, 1993, Ver texto en www.dialnet.unirioja.es
- HOBBS, THOMAS, *Leviatán*, Madrid, Sarpe, 1984.
- HOBBSBAWM, ERIC, *La era de la Revolución 1789-1948*, Barcelona, Ed. Crítica, 1997.
- HOBBSBAWM, ERIC, *La era del capital 1848-1875*, Barcelona, Ed. Crítica, 1998.
- IACONA, A., "Faultless or Disagreement", en M. Kölbel y M. García Carpintero (eds.), *Relative Truth*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- JASPERS, K., *El problema de la culpa*, Barcelona, Paidós, 1998.
- JOYCE, R., "Moral Anti-realism", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2007.
- KANT, IMMANUEL, *El conflicto de las Facultades*, Madrid, Alianza, 2003.
- KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1995.
- KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, Bs. As., Eudeba, 2004.
- KENNEDY, DUNCAN, "Nota sobre la CLS en los Estados Unidos", en revista *Doxa*, n° 11, Alicante, 1992.
- KUHN, THOMAS, "Los paradigmas científicos", en Barry Barnes y otros, *Estudios sobre sociología de la ciencia. Compilación e introducción de Barry Barnes*, Ira. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1980.
- KUHN, THOMAS, *La estructura de las revoluciones científicas*, Ira. ed., 7ma. reimp, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2002.
- KUNDERA, MILAN, *La insoportable levedad del ser*. México, Tusquets, 1985.
- LACAN, JAQUES, *Escritos 2*, SIGLO XXI, 1985.
- LEITER, B., *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- LEWIS, D., *Convention: A Philosophical Study*, Cambridge, Harvard University Press, 1969.
- LORENZETTI, R. L., y KRAUT, A. J., *Derechos humanos: justicia y reparación. La experiencia de los juicios en la Argentina. Crímenes de lesa humanidad*, Bs. As., Sudamericana, 2011.
- LOSANO, MARIO, "La ley y la azada: orígenes y desarrollo del derecho alternativo en Europa y en Sudamérica", en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, n° 8, Madrid, enero-junio, 2000.
- MARCUSE, HERBERT, *El Hombre Unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, 5ta. ed., México, Joaquín Mortiz, 1969.
- MARÍ, ENRIQUE E, *Papeles de filosofía (...para arrojar al alba)*, 3ra. ed., Bs. As., Biblos, 1990.

- MARÍ, ENRIQUE E., *Papeles de filosofía II*, 1ra. ed., Bs. As., Biblos, 1996.
- MARRADES, J., “La radicalidad del mal banal”, en *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, 35, 2002.
- MARTYNIUK, CLAUDIO E., *Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas*, 1ra. ed., Bs. As., Biblos, 1994.
- MARX, KARL y ENGELS, FRIEDRICH, *La ideología alemana*, edición digital en www.marxists.org
- MESA, DIEGO, “Fisuras en el pensamiento jurídico contemporáneo: el movimiento Critical Legal Studies”, en revista *Criterio Jurídico*, n° 2, Santiago de Cal.
- NIETZSCHE, FRIEDRICH, “Ensayo de autocrítica”, en *El nacimiento de la tragedia*, Madrid, Alianza, 1994.
- NINO, C., *El Constructivismo Ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- NINO, C., *Juicio al mal absoluto. Los Fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso*, M. F. Böhmer (trad.), Emecé, 1997.
- NINO, C., *La Validez del Derecho*, Bs. As., Ed. Astrea, 1985.
- PÉREZ LLEDO, JUAN A., “El movimiento Critical Legal Studies”, Madrid, Tecnos, 1996.
- POGGI, FRANCESCA, *Norme permissive*, Turin, Giapichelli, 2004.
- POPPER, KARL, *La miseria del historicismo*, 1ra. ed., Bs. As., Alianza, 1992.
- RAYMOND ARON, *Introducción a la filosofía de la historia*, Bs. As., Ed. Losada, 2006.
- RAZ, JOSEPH (ed.), *Authority*, Oxford, Basil Blackwell, 1990.
- RAZ, JOSEPH, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- RAZ, JOSEPH, “Legal Reasons, Sources and Gaps”, en *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- RAZ, JOSEPH, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Princeton University Press, 1990.
- RAZ, JOSEPH, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- REDONDO, M. C., “La justificación de las decisiones judiciales”, en *Isegoría*, n° 21, 1999.
- REDONDO, M. C., *La Noción de Razón para la Acción en el Análisis Jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- ROSS, A., “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, México DF, Fontamara, 1993.
- RUIZ, ALICIA, “Derecho y derechos: una sociedad multicultural”, en *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2001.
- CHIASSONI, PIERLUIGI, “El deber de juzgar y las lagunas en el derecho”, en José Juan Moreso y Cristina Redondo (eds), *Un dialogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- RUIZ MANERO, JUAN, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas” en Fernando Atria, et al., *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- RUIZ MANERO, JUAN, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1990.
- SCHAFF, ADAM, “La objetividad del conocimiento a la luz de la sociología del conocimiento y

- p>del análisis del lenguaje”, en Eliseo Verón (dir. de selección),
- El proceso ideológico*
- , 1ra. ed., Bs. As., Tiempo Contemporáneo, 1971.
- SCHNEEWIND, J. B., *The Invention of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- SHAFFER-LANDAU, R. y CUNEO, T., *The Foundations of Ethics*, Oxford, Basil Blackwell, 2007.
- SHAPIRO, S., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- SOETEMAN, AREND, “On Legal Gaps”, Ernesto Garzón Valdés et al. (eds.), en *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlín, Duncker, 1997.
- SOKAL, ALAN y BRICMONT, JEAN, *Imposturas intelectuales*, Joan C. Guix (trad.), Barcelona, Paidós, 1999.
- SOUZA, MARÍA DE L., *El uso alternativo del derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derechos, Ciencias Políticas y Sociales, 2001.
- SPINOZA, BARUCH, *Ética demostrada según el orden geométrico*, Madrid, Trotta, 2009.
- VON CLAUSEWITZ, K., *De la Guerra*, 1832.
- VON WRIGHT, GEORG H., *Norm and Action*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.
- VON WRIGHT, GEORG H., “Prólogo”, en Carlos Alchourrón, y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- WALUCHOW, WILL, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- WEBER, M., en G. Roth, y C. Wittich, (eds.), *Economy and Society*, Nueva York, Bedminster Press, 1968.
- WINCH, P., *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, Abingdon/ Nueva York, Routledge, 2008 [1990, 1958].
- WOLKMER, ANTONIO C., *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, colección En clave de Sur, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y Derecho Alternativos, Bogotá, 2003.
- ZAFFARONI, E. Raúl, *Crímenes de Masa*, Bs. As., Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 1ra. ed., Ediar, 2005.

A los colaboradores

La Revista de Filosofía del Derecho publica artículos originales, notas críticas, discusiones y reseñas bibliográficas.

Los siguientes son algunos de los temas de interés: bioética, derecho y argumentación, derecho y economía, derecho y lenguaje, derecho y lógica, derecho y moral, derecho e informática, derecho y poder, concepciones del derecho, enseñanza del derecho y de la filosofía, funciones del derecho, género e identidad sexual, igualdad, justicia, metodología jurídica, filosofía política. La lista es meramente enunciativa.

Las colaboraciones deben ser remitidas a:

Prof. Cecilia Sgrazutti, csgrazutti@live.com.ar

Prof. Diego Duquelsky, Dduquelsky@jusbaire.gov.ar

Las características que deben tener los artículos son: extensión máxima de 10.000 palabras, notas al pie de página, no al final del trabajo, numeradas en forma consecutiva. Las referencias se citarán en el texto, entre paréntesis, por el apellido del autor y el año de publicación; por ejemplo, (Hart, 1961). Al final se pondrá, bajo el encabezamiento "Bibliografía", un listado completo de las referencias bibliográficas, por orden alfabético de los apellidos de los autores citados. Los títulos de libros y de revistas se escribirán en cursiva y los de artículos entre comillas dobles, según el siguiente orden:

ALCHOURRÓN, C. E., *"On Law and Logic"*, en *Ratio Juris* 9, vol. N° 4, pp. 331/348, 1996.

HART, H. L. A., *"The Concept of Law"*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

Por cualquier consulta o información sobre el particular, no dude en comunicarse con la Prof. Cecilia Sgrazutti —tel. cel.: (011) 6710-8796— o con el Prof. Diego Duquelsky —tel. (011) 4011-1312—, Secretarios de Redacción de la Revista.

Esta revista, con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en diciembre de 2012.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar