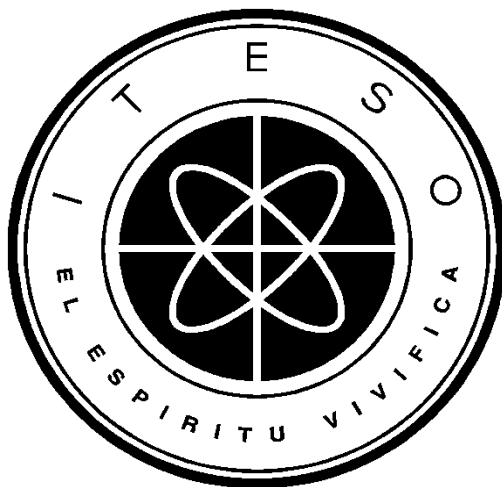


**INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS
SUPERIORES DE OCCIDENTE**

RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ OFICIAL, ACUERDO S.E.P. NO. 15018
PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION

EL 8 DE AGOSTO DE 2013.



**DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA Y HUMANIDADES
MAESTRÍA EN FILOSOFÍA Y CIENCIAS**

PROBLEMAS DE LA RACIONALIDAD, AUTONOMÍA Y ARBITRARIEDAD DEL DERECHO:
ELEMENTOS PARA UN DIÁLOGO INTERDISCIPLINARIO.

**TESIS DE MAESTRÍA PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN FILOSOFÍA Y CIENCIAS SOCIALES**

PRESENTA:

Luis Eduardo Rivero Borrell Zermeño

TLAQUEPAQUE, JALISCO A 8 DE AGOSTO DE 2013

A LOS QUE DIALOGANDO
ME AYUDARON A REALIZAR ESTA TESIS
A MIS PADRES
Y A TODOS LOS QUE COOPERARON PARA LA CAUSA
A LUIS DANIEL POR SER FELIZ

Índice

INTRODUCCIÓN.....	5
Capítulo I.- LA RACIONALIDAD JURÍDICA COMO PERSPECTIVA INTERNA DEL DERECHO.....	8
1. Posturas clásicas de la racionalidad jurídica.....	11
1.1 Iusnaturalismo.....	11
1.2 Positivismo Jurídico.....	17
2. Breve historia del pensamiento jurídico.....	25
3. El problema de la contingencia normativa y la teoría jurídica.....	35
4. El malestar ante el positivismo. ¿Un malestar ante el derecho?.....	43
5. Conclusiones: problematización y construcción de los elementos para un diálogo.....	52
5.1 La autonomía jurídica.....	52
5.2 ¿Cómo distinguir el derecho de un asalto? Postulación de criterios internos de juridicidad.....	56
5.3 El positivismo y el iusnaturalismo jurídicos como ideología.....	57
5.4 La universalización del formalismo.....	62
5.5 La arbitrariedad.....	64
Capítulo II.- LOS JUEGOS DE PODER AL INTERIOR DEL DERECHO COMO LA MANERA EN QUE SE MANTIENE LA RACIONALIDAD JURÍDICA.....	68
1. Breve introducción a “Elementos para una sociología del Campo Jurídico.”.....	70
2. “Elementos para una sociología del campo jurídico.”.....	77
2.1 División del trabajo jurídico; la apariencia de neutralidad, universalidad y sublimación de la razón jurídica.....	77
2.2 El Establecimiento del Monopolio; el espacio jurídico.....	86
2.3 El poder de nombrar; hacer el mundo social.....	89
2.4 La fuerza de la forma; eficacia práctica del derecho.....	90
2.5 Efectos de la homología; la resistencia del campo jurídico.....	92
3. La propuesta de Bourdieu frente a las posiciones contemporáneas sobre el derecho.....	92
4. Conclusiones.....	99
Capítulo III.- DIFICULTADES DE UNA FUNDAMENTACIÓN RACIONALISTA DEL DERECHO.....	103
1. La violencia del derecho.....	104
2. El deber ser del derecho.....	121
3. Buena voluntad.....	128

4. Ensayo para pensar en los Derechos de los otros.....	136
CONCLUSIONES FINALES.....	157
Bibliografía citada.....	190
Bibliografía complementaria.....	192

INTRODUCCIÓN.

El punto de partida de la tesis es mi apreciación de que el derecho, como muchos inventos humanos, termina imponiéndose sobre las personas en vez de funcionar para ellas. Por sus propias características, parece una herramienta o disciplina que suele ser lenta en digerir los cambios e inadecuada en sus formas de conocer los conflictos y dar una respuesta que los resuelva. Se puede notar que el derecho se encuentra tan especializado que le resulta casi imposible dialogar con otras disciplinas e incluso con las nuevas técnicas. Me parece que abrir este diálogo puede funcionar para adecuar al derecho como una herramienta que funcione mejor, evitando que se imponga sobre las personas. ¿Puede el derecho funcionar para las personas?

Las anteriores consideraciones son más propias de una reflexión filosófica. Podría, entonces, iniciar preguntándome cómo entiende o ve el derecho a las personas o cuál es el concepto de persona que subsiste en la racionalidad jurídica, para mostrar después sus limitaciones o contradicciones. Esto, sin embargo, representa un problema por la especialización del derecho y sus características que le permiten mantenerse independientemente del concepto de persona que se postule o de cualquier otra fundamentación filosófica de su hacer. Se puede alegar que el derecho no es consciente de su postura filosófica, pero que la tiene y funciona con ella. Pero, en la medida en que funciona, ser consciente de ella no le representa ninguna urgencia. Se podrían enumerar los problemas del derecho, que de alguna manera él mismo reconoce, y de ahí justificar el ejercicio de concientización. Pero, de cualquier manera, quedaría en el debate si el resultado, la concientización, es sobre un tema filosófico subyacente o no.

Me parece que un diálogo interdisciplinario no puede suponer la primacía de una disciplina sobre otra. Más aún, que el diálogo implica en la medida de lo posible hablar desde la óptica o los supuestos del otro, sin negarlos o criticarlos por principio. En la medida en que el derecho se pueda identificar con lo dicho por otras disciplinas, lo que implica que las otras disciplinas se tomen la molestia de

situarse en el lugar del derecho, se dará una mejor recepción de los temas tratados.

El trabajo realizado en esta tesis me parece semejante al de un mediador en un conflicto. Aunque el mediador va formulando sus conclusiones sobre el caso debe suspenderlas para adentrarse en la comprensión de los temas que se exponen. Sin embargo, las disciplinas no hablan, no son ellas las que tienen un conflicto o un debate.

El diálogo fue construido por el mediador. Inicié realizando una exposición general del derecho para después tomar las posturas de otras disciplinas que se acercaban a lo expuesto. A partir de las problemáticas expuestas por el derecho sobre su hacer y sobre sí mismo, durante la elaboración de la tesis, inventé una problemática común, la arbitrariedad del derecho, que funciona como un referente para el diálogo. La arbitrariedad es un problema al que el derecho pretende dar una respuesta, que se puede observar en la sociedad y sobre la que cabe una profundización filosófica. En el derecho la arbitrariedad aparece como un problema para la validez y subsistencia del sistema jurídico, en la sociología como un problema de desigualdad, y en la filosofía como un problema que afecta la humanidad de la persona.

Hablar sobre el derecho arbitrario más que una crítica parece un oxímoron. ¿Nos sirve para entender mejor al derecho? ¿Qué posibilidades se abren? ¿Se trata de un vicio insalvable?

Esta tesis se inició durante el último año de la maestría y se presenta cuatro años después de haber concluido con las asignaturas. Su elaboración se realizó en diferentes periodos en los que se me presentaba un espacio para su redacción. En cada periodo procuré adentrarme en la disciplina o el autor tratado, suspendiendo conclusiones y con la esperanza que el desarrollo terminara por presentar una ilación congruente, aunque conservando las inquietudes que la suscitaron. Respeto a grandes rasgos la redacción realizada en cada periodo para no

traicionar la perspectiva que existía cuando se formuló. Las conclusiones de cada capítulo por una parte son el intento de ilación y por otra la exposición de la perspectiva que se generó con la elaboración del siguiente capítulo. Su forma final se asemeja a una dialéctica que inicia con la manera en que el derecho se entiende a sí mismo. En el segundo capítulo, se exponen los elementos que pueden dar pie a entender la manera como el derecho se manifiesta. En este momento resulta medianamente claro que esta manifestación niega la manera que el propio derecho tiene de entenderse. La negación se presenta como afirmación de la práctica que fue negada por la teoría jurídica. La manifestación del derecho en la práctica niega la racionalidad pretendida por la teoría, pues se pone de manifiesto la necesidad de su aplicación y no de su autorreferencia. El tercer capítulo profundiza en esta contradicción, haciéndola más evidente, procurando entender el significado o sentido que tiene la manera como se manifiesta el derecho.

Al final del tercer capítulo intenté exponer y construir la propuesta de Lévinas como una posible respuesta a la problemática tratada. El autor resonó a lo largo de la elaboración de la tesis, sin embargo la construcción pretendida no fue posible. Creo que el problema se debió a que intenté mantenerla dentro del diálogo interdisciplinar, siendo que su propuesta apunta hacia otro tipo de diálogo basado en las personas.

Capítulo I.- LA RACIONALIDAD JURÍDICA COMO PERSPECTIVA INTERNA DEL DERECHO.

La palabra “derecho” tiene distintas acepciones. Hace referencia al conjunto de leyes y a las facultades que derivan de estas leyes. También tiene una acepción valorativa que casi equivale a justo o bueno. Por último, esta palabra hace referencia a una disciplina, con su fenómeno propio de estudio y su método. La perspectiva interna que se intenta exponer en este capítulo es la perspectiva que la disciplina del derecho tiene sobre el derecho en todas sus acepciones. Si esta tesis pretende ser un diálogo, lo justo es que inicie hablando el propio derecho. En esta primera parte del diálogo es necesario descubrir la forma como el derecho se fundamenta o dice de sí –su racionalidad- y encontrar si el derecho pide hablar con otras disciplinas, si está en disposición de dialogar.

Para lo anterior es necesario presentar el debate, más o menos actual, de la reflexión jurídica. Decidí hacer sólo una breve referencia a las posiciones más actuales o de avanzada en el debate jurídico, acotando la exposición a las teorías o posturas que estimo aparecen usualmente en la reflexión común del derecho en México: 1) la posición iusnaturalista, como un antecedente y como posición de la reflexión actual del derecho; 2) la posición positivista, que al igual que la iusnaturalista es antecedente y es posición actual, pero que además es la posición predominante de nuestro derecho en México. Es necesario exponer de manera muy breve una historia del pensamiento jurídico para poder situar el debate y porque la racionalidad del sistema jurídico mexicano se fundamenta en buena medida en los principios postulados por el pensamiento jurídico en su fase moderna, en la que se pretende hacer del derecho una ciencia. Al final del capítulo se exponen algunas de las problemáticas que se presentan en el debate actual del derecho.

Sobre el término “racionalidad” hago la aclaración que lo utilizo para expresar el pensamiento jurídico (filosofía, teoría, fundamentación y ciencia jurídica) de manera general. Sin embargo, dada la situación actual del debate, esto no es un

abuso ya que no encontré un consenso para nombrar la actividad de reflexionar el derecho, las diferentes posturas, los resultados y fundamentos de esta reflexión (algunos lo llaman filosofía, otros ciencia y otros teoría). Además, el término “racionalidad” alude a la postura científica y filosófica de la modernidad, con muchos de sus principios. Es incuestionable que todavía buscamos que nuestro derecho sea racional, aunque el mismo término racional parezca tan equívoco.

El debate actual presenta diversas posturas teóricas, sin embargo parece que existe una referencia común a la propuesta kantiana. Arthur Kaufmann, en su libro “La filosofía del derecho en la posmodernidad”, afirma:

“No hay más regreso detrás de Kant. Pero esto no sólo significa que no puede haber retorno a un derecho natural en el sentido clásico, que atribuyó contenido absoluto al derecho. Tampoco hay vuelta al positivismo científico del siglo XIX, que absolutizó la positividad del derecho”
(KAUFMANN, 2007, pág. 13).

En esta afirmación de Kaufmann se entrevé que el debate actual supera a las posiciones positivistas o iusnaturalistas, sin embargo, como se verá en la exposición histórica del pensamiento jurídico, el debate parte de estas posiciones, de sus principios e insuficiencias. Además, está imposibilidad de “regreso detrás de Kant” expresa las pretensiones de algunas de las nuevas teorías o reflexiones jurídicas. “No hay más regreso detrás de Kant” bien puede equivaler a la pretensión de avanzar sobre un conocimiento exacto, fundado y objetivo sobre el derecho; un derecho sometido a juicio por la razón, un derecho fundado en la razón.

Se puede generalizar que el ideal científico de la modernidad (ilustrada) es la ciencia matemática, es decir, exacta. Kaufmann continúa afirmando que el objeto final de todo conocimiento en la modernidad sería el mundo en su totalidad en un unívoco sistema cerrado, siempre con juicios verdaderos adecuados a su representación. A mediados del siglo pasado parece que este ideal científico

comenzó a decaer para el derecho y la reflexión jurídica reaccionó, por una parte, limitándose:

“a lo que es en realidad racional en el propio y estricto sentido del vocablo, que no son el contenido, la esencia, el sentido de las cosas, sino solo sus estructuras lógicas, formales, conceptuales, pues únicamente ellos son accesibles al método confiable” (KAUFMANN, 2007, pág. 27).

Otra reacción en contra del ideal moderno del derecho consistió en retomar la preocupación sobre el contenido de las normas. Sin embargo, el estado actual del derecho coincide con lo que podríamos llamar el *imperio del formalismo jurídico*. Las normas jurídicas son postuladas como universales no por su contenido o por haberse encontrado en la naturaleza, sino por su forma. Con dicho formalismo se mantiene la idea de que la creación y buena parte del derecho es un simple proceso lógico, concretamente la subsunción de un conjunto de circunstancias vitales bajo la norma legal. Esta subsunción a la norma legal opera en dos sentidos. Por una parte, los legisladores valoran una abstracción de la realidad calificándola como jurídica o antijurídica, es decir como buena, deseable o indeseable, y crean un universal abstracto –ley- que se funda o legitima en el propio sistema de leyes. A manera de ejemplo, pensemos en una ley discutida por un congreso que fue electo de acuerdo a lo estipulado por las leyes y que mediante un proceso, también estipulado por las leyes, aprobó que determinada autoridad (también electa y mediante un proceso estipulado en las leyes) impondrá una sanción de multa de 300 pesos a quien fume en un lugar cerrado. Los matices o grados de análisis que se pueden hacer al anterior ejemplo, que en términos cotidianos llamamos creación de una ley, pueden ocupar páginas enteras. Lo importante del ejemplo es el proceso lógico jurídico y la racionalidad propia del derecho que termina por encuadrar todo fenómeno a su propio formalismo, a su propia lógica jurídica. La subsunción también opera cuando el juez determina la verdad jurídica, cuando resuelve un juicio emitiendo su sentencia. En la técnica jurídica tradicional, y en la manera de argumentar del juez

en su sentencia, se puede observar que lo que se está juzgando es si determinada conducta fue probada mediante los medios que las leyes establecen dentro de un procedimiento jurídico, si existe una ley que sancione dicha conducta, si dicha conducta se pudo imputar a determinada persona (también mediante las pruebas y procedimientos apegados a derecho) y si es aplicable la sanción establecida en la norma. El imperio del formalismo jurídico, en buena medida, resulta de un supuesto imperio de la ley.

A continuación se expondrá el desarrollo de esta racionalidad interna del derecho, es decir, el derecho como un conjunto de normas incorporadas a una estructura formal dentro de un marco teórico construido y justificado. Veremos los problemas que esta racionalidad encierra y esto me permitirá mostrar por qué el derecho se puede abrir a dialogar con otras disciplinas.

1. Posturas clásicas de la racionalidad jurídica.

1.1 Iusnaturalismo.

El derecho natural clásico afirmaba la existencia de leyes intrínsecamente válidas, mismas que podían ser encontradas en la naturaleza por medio de la razón. Ya fuera por mandamiento divino, por analogía a las leyes naturales, por ser un tema recurrente en todas las culturas, o por deducciones lógicas, parece claro y evidente que no se debe matar. Sobre el naturalismo, George Naknikian, afirma lo siguiente:

“Las tesis fundamentales del naturalismo son éstas. (1) Los enunciados éticos son juicios genuinos (susceptibles de ser verdaderos o falsos). (2) La verdad o falsedad de los enunciados éticos se determina mediante métodos de experimentación y observación característicos de las ciencias naturales. (3) Las palabras éticas son definibles mediante palabras que se

refieren a propiedades de objetos o de estados de cosas, científicamente discriminables” (NAKNIKIAN, 1991; 1968, pág. 13).

El supuesto básico es la existencia y posibilidad de conocimiento de algo intrínsecamente bueno, entendido esto como deseable por sus propios méritos por un observador moral. De ahí se opta por lo que causalmente sea necesario para realizar lo intrínsecamente bueno. Con esto los juicios de valor pueden ser verificables. Nahnikian comenta que toda la empresa iusnaturalista comienza por probar como verdadero que las palabras éticas son definibles mediante palabras que se refieren a propiedades de objetos o de estados de cosas. Que el método para probar sea el científico (natural o sujeto a experimentación), ha perdido peso en la actualidad.

La posición iusnaturalista puede identificarse también como aquella que sustenta la relación intrínseca entre el derecho y moral. Hay muchas divergencias en la manera como se entiende esa relación. Generalizándolas un poco, Carlos Santiago Nino, observa dos tesis fundamentales que se respetan en las distintas fases o ramas del iusnaturalismo:

“a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.

b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de `jurídicos´ si contradicen aquellos principios morales o de justicia” (SANTIAGO Nino, 2003; 1973, pág. 28).

Los principios morales o de justicia suelen denominarse como derecho natural y se defienden generalmente argumentando la naturaleza o estructura de la razón humana. Lo esencial, en todo caso, es nuestra capacidad para conocer lo bueno, ya sea que lo bueno esté en la naturaleza de las cosas, en nuestra propia naturaleza, en el desarrollo lógico de la historia o del derecho, etc.

Tomando los anteriores principios, los iusnaturalistas formularon sistemas jurídicos fundamentados en normas básicas o leyes naturales, es decir, de supuestos axiomas autoevidentes a la razón humana de las que se derivaban lógicamente las demás (véase el referente matemático).

En la historia del pensamiento jurídico, los principios iusnaturalistas fueron criticados por la corriente que se denominó como positivista, que rechaza la relación esencial entre moral y derecho. A manera de ejemplo veamos el debate entre ambas posturas en la Alemania nazi. Para llegar al poder y ya en el poder, el partido nazi adoptó la posición iusnaturalista para legitimar el derecho natural de la raza aria. Sin embargo, durante los juicios de Núremberg, en los que se buscaba determinar responsabilidades jurídicas por las atrocidades de la guerra y el régimen nazi, se utilizó como defensa común el postulado positivista en el que los enjuiciados afirmaban el haber actuado con apego a las leyes de su Estado, y que las mismas eran válidas y no podían determinarse como injustas, aunque fueran en contra de la naturaleza o la dignidad de las personas.

La posición iusnaturalista se encuentra aún vigente como posición común entre los profesionales del derecho. Sin embargo, como se afirmó con anterioridad, el debate actual parece que supera o busca superar las posiciones tradicionales iusnaturalistas o positivistas tradicionales. No obstante, estas posiciones, con sus matices, subsisten como antecedentes o por ciertos principios en el debate actual.

Un ejemplo del debate actual que presenta como antecedentes algunas de las propuestas del iusnaturalismo es la obra de Ronald Dworkin.¹ Sostiene que la teoría jurídica, para interpretar y sistematizar el derecho, debe encontrar los principios o valores que subyacen a determinado sistema jurídico y que proporcionen su mejor justificación moral, mostrando al derecho lo más bondadosamente posible. Dworkin se opone a que los jueces tengan poderes discrecionales que los conviertan en creadores de normas jurídicas. En caso de

¹ Dworkin acepta sus antecedentes iusnaturalistas, pero se distancia de ellos y se define como postpositivista (ATIENZA, El derecho como argumentación, 2004).

vaguedad en los ordenamientos, los jueces deben de recurrir a estos principios que se encuentran en el ordenamiento jurídico preexistente para justificar sus sentencias, jerarquizándolos para determinar cuál se debe aplicar al caso concreto. Contrario a la posición positivista, que se analizará más adelante, sostiene que los principios constituyen la moralidad del derecho y que éstos aparecen constantemente en la práctica jurídica. Jueces y abogados suelen estar convencidos de la existencia de una sola solución a cada caso, y el debate se entabla como un “todo o nada” sobre lo que realmente dice el derecho. Además, el derecho contiene reivindicaciones morales que se sostienen aún en contra de las prácticas sociales cotidianas y que se argumentan como correctos o bondadosos. Es posible y pertinente, entonces, hablar de lo que es moralmente correcto dentro del derecho. La virtud cardinal de la tarea de gobernar y juzgar es la “integralidad”, que implica la obligación de tratar a los particulares de manera consistente con los principios que ya se encuentran plasmados en el derecho y las instituciones. Las investigaciones jurídicas, así como las sentencias, deben de responder a la pregunta: ¿Qué sentido debe asignarse a determinada proposición jurídica si esta debe seguirse de los principios que mejor se adaptan al derecho establecido y que mejor lo justifican? Por lo tanto, se requiere tomar un posicionamiento moral que justifique el valor de los principios, pues no es posible conceptualizar el derecho sin acudir a la moral pública.

La justificación última que define al derecho responde a la pregunta sobre la justificación de la coerción. ¿En qué circunstancias el uso de la fuerza estatal está justificado por decisiones anteriores tomadas por las autoridades públicas?

“De acuerdo con esta teoría, los particulares tienen derecho a que las decisiones de las autoridades públicas estén basadas en principios² aplicados de manera consistente. El derecho como integridad sostiene que los casos similares sean tratados de manera similar y condena, por lo

² Los principios se distinguen de las reglas establecidas por las normas. Por una parte, se supone que subyacen a las reglas y por otra parte, argumentativamente se tienen que justificar para determinar qué principio tiene mayor peso en el caso concreto. Con las reglas sólo cabe la pregunta si x regla es excepción o deroga a la otra. Los principios nunca se dejan de aplicar, sólo se armonizan o jerarquizan.

tanto, las leyes y sentencias fundadas en distinciones caprichosas” (RODRÍGUEZ, 1997, págs. 64, 65).

Para Dworkin, la actividad que realizan los jueces y los profesionales del derecho se asemeja a la creación literaria. Es como hacer una novela en cadena donde el autor encuentra una serie de capítulos terminados y debe crear el siguiente, pero respetando el sentido de la historia. La actividad jurisdiccional implica la revisión de antecedentes y principios, y en cualquier caso se puede criticar una sentencia o debatir un argumento bajo el criterio de respeto a lo que ya estaba escrito. Por lo tanto, se puede llegar a “una respuesta correcta” para los asuntos del derecho que ya no se basa en la evidencia empírica (postulada por el iusnaturalismo clásico), sino a una práctica interpretativa desde el punto de vista interno de los participantes en el proceso argumentativo del derecho. Se afirma la existencia de una respuesta correcta por la posibilidad de verificación de la “coherencia narrativa” junto con la evidencia de que los abogados y jueces afirman que las normas correctamente interpretadas presentan sólo un resultado³ (RODRÍGUEZ, 1997, págs. 81-85).

Dworkin retoma con sus matices algunos de los postulados iusnaturalista, pues sostiene que el derecho se sujeta a principios de moralidad (debido a los argumentos justificativos o valorativos que expresan jueces, abogados y la comunidad en general dentro de los litigios en el derecho), por lo que es evidente que el derecho no se agota en las leyes y se debe argumentar de conformidad a los valores o principios que se encuentran conformaron el propio sistema jurídico (por ejemplo los valores liberales).

Una norma puede ser considerada como injusta, lo que equivaldría a injustificable, es decir que no guarda secuencia con los principios pertenecientes al sistema jurídico o no puede generar principios. Pensemos en una norma que genere discriminación: los argumentos a favor de la norma serán que no genera

³ El autor no lo expone así, pero me parece que lo correcto sería: que los profesionistas del derecho, en su manera de argumentar, sostienen que las normas correctamente interpretadas presentan sólo una respuesta correcta a cada caso concreto.

discriminación, pero jamás se podrá argumentar que la discriminación es buena o se vale dentro del derecho. Para Dworkin, esa norma injusta hace parte del derecho de manera “descriptiva” –está en alguna ley-, pero no de manera “justificativa”.

Lo que acontece en los debates jurídicos no es sólo si los hechos se apegaron o no a lo establecido en la norma, sino que se discute qué es lo que la norma quiere decir o los alcances que puede tener la norma:

“La gente discute, en general, sobre lo que ‘realmente establecen’ las normas jurídicas... Los desacuerdos teóricos –que constituyen la médula del derecho- muestran el rasgo central de las prácticas jurídicas, a saber, su carácter argumentativo. La vida del derecho consiste en un intercambio de argumentos entre personas que ofrecen interpretaciones alternativas sobre lo que ‘realmente dice’ el derecho en un caso concreto”
(RODRÍGUEZ, 1997, pág. 62).

Los principios funcionan además para garantizar que el derecho sea un sistema completo para juzgar, pues en caso de que falte alguna regla siempre es posible acudir a los principios. Como puede acontecer que dos principios resulten contrarios es necesario realizar una jerarquización, de tal manera que se obligue al juez a preferir unos principios sobre otros. Para Dworkin, los principios individuales tienen una justificación moral y se sobreponen a los principios que buscan proteger un “objetivo colectivo”. Las consideraciones sociales o la opinión de la mayoría son cuestiones que se tratan en los procesos legislativos, la tarea de los jueces es proteger los derechos individuales “incluso –y sobre todo- contra el parecer de la mayoría” *(RODRÍGUEZ, 1997, págs. 78, 83).*

La posición de Dworkin entró en debate con la posición de los positivistas (es especialmente conocido el debate de este autor con Hart), haciendo que Dworkin matizara algunas de sus posturas. Por ejemplo, toda vez que los principios son de moral pública, es necesario un trabajo descriptivo y de reconocimiento de las

instituciones y normas “oficiales” –en tanto que hechos empíricos históricos y como reconocidos por la comunidad jurídica-. La justificación existe sólo si hay un acuerdo mínimo sobre aquello que se pretende justificar (RODRÍGUEZ, 1997, págs. 54-66).

1.2 Positivismo Jurídico.

El positivismo jurídico presenta muchas variantes, por lo que considero oportuno iniciar con dos definiciones que introduzcan al tema:

1) Derecho positivo: Es un conjunto de normas puesta por los seres humanos, a través del Estado, mediante un procedimiento formalmente válido, con la intención o voluntad de someter la conducta humana al orden disciplinario por el acatamiento de esas normas (CISNEROS Farías, 2000, pág. 30).

2) Hans Kelsen, uno de los principales exponentes del positivismo jurídico, lo define como el nombre que damos a la teoría jurídica que concibe únicamente como “derecho” al derecho positivo, esto es, al derecho producido por actos de voluntad del hombre.

El positivismo cambia el objeto de reflexión jurídica. Para el iusnaturalismo lo esencial era encontrar las leyes naturales y adecuar nuestras leyes a aquellas. Normalmente se expone como una teoría material del derecho que lo define no por sus actos de creación o aplicación sino por su contenido y finalidad. Los positivistas, al estilo de Georgias por así decirlo, niegan que existan las leyes naturales, o si existen niegan que se puedan conocer, y si se pueden conocer niegan que se puedan comunicar. Por lo tanto, el objeto de la reflexión jurídica serán únicamente las normas positivas, esto es, las normas jurídicas que regulan de hecho a una sociedad.

Es importante referir que el positivismo hace referencia a posiciones diferentes que, para algunos autores, nada tienen que ver entre sí. En el debate de

mediados del siglo XX, Norberto Bobbio hizo notar esta diversidad en torno al positivismo, haciendo una clasificación que es retomada en la actualidad: el positivismo como modo de acercarse al derecho, el positivismo teórico y el positivismo metodológico (BOBBIO, 1997, págs. 41-46).

Así mismo, Bobbio intentó diferenciar al positivismo jurídico del formalismo jurídico, aclarando también que el formalismo presenta diferentes posicionamientos: como concepción formal de la justicia, la teoría formal del derecho, la ciencia del derecho como ciencia formal, y la interpretación formal del derecho. Sin embargo, la diferencia entre el formalismo y el positivismo no resulta tan clara. Las principales acepciones de formalismo jurídico reaparecen en las diferentes configuraciones del positivismo jurídico. La concepción formal de la justicia se vincula con el positivismo ideológico; el formalismo como teoría del derecho, como ciencia del derecho y como interpretación se vincula con el positivismo teórico, y; la manera de acercarse al derecho pasa por entender al derecho de manera formal (BOBBIO, 1997, pág. 38).

Sobre la diferencia entre el formalismo y el positivismo también se sostiene que el primero resulta en una degradación del segundo, como una concepción peyorativa: como aquel que no da cuenta de la singularidad histórica del derecho; que identifica al derecho sólo como la ley general y abstracta creada por el Estado; o como aquel que buscó la sistematización mediante la referencia a unos pocos criterios de los que se desprendían los principios y doctrinas generales del derecho (ATIENZA, 2004, págs. 276-277).

Regresando al positivismo, Carlos Santiago Nino realiza una clasificación de las diversas posturas o postulados que utilizo a continuación para mi exposición, aunque agrego mis comentarios y explicaciones (SANTIAGO Nino, 2003; 1973, págs. 30-43):

- a) Escepticismo ético.

Parten de la idea de que no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales objetivos. Esta posición se sostiene afirmando que los únicos juicios cuya verdad o falsedad es decidible racionalmente son (fuera de los juicios analíticos cuya verdad está determinada por su estructura lógica) los juicios que tienen contenido empírico. Los enunciados morales no satisfacen esta condición y por lo tanto no pueden ser calificados de verdaderos o falsos, ya que únicamente expresan estados emocionales o sugerencias para el actuar. Los intentos por justificar racionalmente principios morales o de justicia incurren en el vicio lógico de pretender derivar juicios de “deber ser” o normativos, de juicios de “ser” o descriptivos. La justicia, en su caso, es un “ideal racional”.

Santiago Nino incluye dentro de esta clasificación a los que podemos llamar “positivistas-utilitaristas”. Ellos consideran que es posible fundamentar racionalmente un principio moral universalmente válido: el principio de utilidad, que sostiene que una conducta es correcta cuando contribuye a incrementar la felicidad del mayor número de personas, pudiéndose medir con índices de desarrollo, aumento de los ingresos, etc.

b) Positivismos Ideológico.

Este postulado sostiene que independientemente del contenido de las normas del derecho positivo, éste tiene validez o fuerza obligatoria (es decir, que “deben ser”, pero no como mera imposición). Por su parte, Norberto Bobbio también afirma que el positivismo contiene esta tesis que también llama “ideológica”:

“1) El derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de la voluntad dominante, es justo; o sea que el criterio para la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar la validez o invalidez. 2) El derecho como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza de una determinada sociedad sirve, con su misma existencia, independientemente

del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza, y en general, la justicia legal” (SANTIAGO Nino, 2003; 1973, pág. 33).⁴

Con todo lo que esta afirmación pueda tener de tiránica, considero pertinente justificarla. Se sostiene que, independientemente del contenido de las normas, el puro hecho de tener un sistema jurídico (por muy simple que pueda ser) contribuye a ordenar una sociedad, lo que deriva en una paz y seguridad jurídica (posibilidad de prever las conductas de otros). Cualquier sistema jurídico crea un orden y este orden se le puede llamar justicia, aunque sea un monstruo como el Leviatán. Esta tesis deriva de la importancia que tiene para el pensamiento jurídico el poder sostener la validez del derecho independientemente del contenido de sus normas, o de lo que la filosofía, ética o religión pudieran decir del derecho. Al derecho no le preocupa lo bueno y lo malo de las normas, es decir, su contenido; de eso se encargará la ética, la sociología o la política.

Por otro lado, esta postura sostiene un hecho tradicional de la reflexión jurídica: que el derecho, para existir, necesita un mínimo de obediencia más allá del temor a la sanción. A este mínimo de obediencia se le puede dar una connotación moral en la medida en que se actúa por respeto a la ley (BOBBIO, 1997, pág. 53).

Aún así, a esta postura se le denomina “ideológica” con justa razón, ya que pretende afirmar la bondad del derecho en sí mismo. Sin embargo, deriva de una necesidad y principio del positivismo muy importante que sostiene la validez de las normas jurídicas (no su bondad) independientemente de su contenido, con lo que se posibilita que el derecho pueda tener un objeto específico de estudio.

c) El formalismo jurídico.

También conocido como “positivismo teórico”, sostiene que el derecho únicamente se conforma por preceptos derivados de órganos centralizados

⁴ Citado por Santiago Nino, sobre el libro de Norberto Bobbio “El problema del positivismo jurídico” (BOBBIO, 1997).

(quedando fuera la costumbre y jurisprudencia). Además, afirma que el sistema jurídico es siempre completo por lo que es autosuficiente para cualquier caso y los jueces le deben absoluta sumisión (no pueden argumentar principios de justicia o nada que no sea lo estrictamente legal).

En la actualidad es insostenible que las puras normas emanadas de los órganos centralizados basten para solucionar cualquier conflicto o caso. En México se hace una constante referencia a las jurisprudencias y en otros países a la costumbre. Sin embargo, esta postura formalista tuvo un valor histórico y político muy importante. Por ejemplo, cuando Napoleón va conquistando Europa se topa con la necesidad de organizar su imperio. Para esto fue necesario unificar los criterios de los jueces de los distintos territorios con el objetivo de poder establecer un orden. Se recurre, entonces, a la “codificación” del derecho, esto es, a establecer en códigos los criterios a los que los jueces se tienen que atener para resolver los asuntos que se les presenten.

d) El positivismo metodológico o conceptual.

Tesis meramente conceptual que implica caracterizar el concepto de derecho sin términos valorativos y haciendo alusión a propiedades fácticas o verificables empíricamente. Su objetivo es conceptuar el derecho a partir de meros elementos descriptibles.

En opinión de Nino, esta tesis es en la que coinciden la mayor parte de los autores positivistas. Por su parte, Bobbio considera que esta tesis es el punto de partida de la “ciencia del derecho como ciencia formal”, que se caracteriza por buscar una sistematización del derecho mediante conceptos jurídicos y no una interpretación (BOBBIO, 1997, pág. 23). Dentro de esta parte del positivismo, se puede clasificar el “positivismo suave” expuesto por H. L. A. Hart.

Hart parte de señalar la diferencia entre el derecho y el mandato u orden. El derecho no se explica como órdenes que recibimos de un legislador claramente identificado que nos obliga a cumplirlas bajo la amenaza de un castigo. Que una

persona “tenga una obligación” es distinto a que “se vea obligada” (por ejemplo, por que lo amenazan con una pistola). Tener una obligación jurídica implica la existencia de una regla (RODRÍGUEZ, 1997, págs. 22-25).

Se busca entender al derecho a partir del significado que guardan sus actos para sus practicantes –cómo se habla y qué se hace- y de ahí reconocer y describir lo que es el derecho. Los términos jurídicos, comparados con las palabras ordinarias, no tienen contrapartida obvia en el mundo. La diferencia característica entre las expresiones típicamente jurídicas es que son anulables o revocables. Esta característica peculiar de las condiciones de anulación excluye la posibilidad de definir palabras como “contrato” tal como ella es usada en la doctrina, haciendo referencia a condiciones necesarias y suficientes. Hart dice que una proposición de la forma “X tiene un derecho subjetivo” es usada para sacar una conclusión de derecho (“esto es mío” o “A debe a B diez dólares”) y cumple una tarea totalmente diferente que las proposiciones fácticas y de las frases que utilizamos para influir o provocar emociones.⁵ En el lenguaje de los abogados “esto es mío” o “X tiene un derecho subjetivo” son “expresiones realizativas”, que implican por ejemplo ejecutar una transacción (NAKNIKIAN, 1991; 1968, págs. 38-45).

Se plantea, entonces, una reformulación del positivismo en la que introduce la noción de “regla de reconocimiento”. Se trata de una “regla secundaria”, como lo son también las “reglas de cambio” de las leyes y las de “adjudicación” de las sentencias, encargadas de regular la modificación o implementación de las “reglas primarias” que imponen deberes u obligaciones a los individuos. La regla de reconocimiento sirve para identificar al derecho vigente sin atender a cuestiones morales y sólo se utiliza en los ordenamientos jurídicos modernos (Estados secularizados). Es una regla que se verifica en el hecho externo de ser

⁵ El sentido de esta oración es distanciar la posición de Hart de los naturalistas y otros no cognocivistas. Algunos naturalistas afirman que los enunciados éticos o morales son proposiciones fácticas, mientras que algunos no cognosivistas sostienen que dichos enunciados no tienen correlato fáctico y son enunciados que emiten recomendaciones. Posiblemente, la analítica jurídica centra sus estudios en entender el tipo de enunciados o lo qué expresa una oración jurídica, así como los alcances de dichas expresiones.

utilizada por los integrantes de la comunidad jurídica y que expone que todo lo que emane de la Constitución (o “criterio supremo”, para los países que no tienen una Constitución escrita) es derecho (RODRÍGUEZ, 1997, págs. 25-34).

Hart sostiene que la vaguedad es una característica inherente al lenguaje jurídico, por lo que cuando se presentan casos difíciles existe más de una interpretación razonable y los jueces resuelven discrecionalmente. Lo que implica que el juez crea el derecho para el caso concreto, siendo imposible demostrar (empíricamente) cómo el juez debe inclinarse a una interpretación entre varias posibles (RODRÍGUEZ, 1997, págs. 34, 40).

A diferencia de Dworkin, para Hart una norma no puede ser calificada como injusta dentro del derecho; la calificación como injusta le viene desde afuera. La norma injusta para Dworkin –que no se puede justificar de conformidad a los principios o que no genera principios- es para Hart una norma de jerarquía menor, pues existen otras normas –como los principios generales del derecho o la Constitución- que la pueden declarar como no válida o revocable. Al juez se le puede presentar una contradicción de normas y, en última instancia, decidirá discrecionalmente. Pero su argumentación se basará en la analogía y dentro de la lógica del derecho, de manera un tanto hipócrita pues no admite su discrecionalidad, sin que sea posible objetivamente afirmar lo que juez debió haber resuelto.

En todo caso, contra Dworkin, sostiene que la pregunta sobre lo que realmente exige el derecho se encuentra subordinada a la descripción sobre lo que es derecho. Descripción que, en última instancia, se sostiene en la regla de reconocimiento.

La discrecionalidad que se les presenta a los jueces sólo opera en los casos difíciles, cuando falta una norma o existe contradicción. Normalmente la regla establece con claridad cómo juzgar casos concretos. Ante algunas lagunas, los jueces pueden recurrir a la analogía con otras normas (u otros criterios de

interpretación considerados válidos dentro del ordenamiento jurídico, como la referencia a principios, doctrina o jurisprudencia). Puede pasar que existiendo una norma y siendo clara su aplicación resulte socialmente perjudicial o “injusta”. Esta “injusticia” no es objetivamente verificable –dentro del derecho–, pero es evidente que a un juez le puede parecer así. El posicionamiento de Hart se separa, entonces, de la posición que considera que el juez aplica ciegamente la norma o que el juez únicamente aplica su discrecionalidad.

“Para Hart, el derecho concilia dos necesidades sociales: de un lado, la necesidad de que existan reglas claras que regulen la conducta de los individuos y, del otro, la necesidad de dejar abiertos asuntos que se puedan definir adecuadamente sólo en cada caso concreto. El derecho se mueve así, entre la seguridad y la equidad” (RODRÍGUEZ, 1997, págs. 70, nota al pie.).

Dada la vaguedad del derecho, en los casos difíciles el juez aplica su discrecionalidad; no descubre una solución, sino que la crea. La discrecionalidad de los jueces tiene su propia forma y se limita a la gama de posibilidades dadas por las normas sobre las que se aplicará la analogía en la argumentación del juez, al apego a los principios procesales, y a las “virtudes judiciales”:

“Estas virtudes judiciales son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada para la decisión. Ya que es siempre posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede demostrar que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial y bien razonada. En todo caso aparece la ‘ponderación’ y la ‘balanza’ característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto” (HART, 1963;1961, pág. 253).

De cualquier manera, las anteriores “virtudes” no rompen con la discrecionalidad, pues en los casos difíciles el juez tiene que escoger entre conceder o negar. En la práctica, aunque los jueces apliquen su discrecionalidad, no argumentarán su sentencia como un acto de preferencia hacia sus convicciones morales o políticas, sino como si se estuviera apegándose al derecho (RODRÍGUEZ, 1997, pág. 75).

Lo suave de este positivismo es que postula que algunos sistemas jurídicos (el de Estados Unidos, por ejemplo) aceptan los valores morales para la interpretación jurídica. Sin embargo, este posicionamiento, a diferencia de los sostenido por Dworkin, indica la posibilidad del investigador para permanecer en la descripción de dichos juicios (o prácticas justificativas), poniéndose en el lugar de algún practicante que los acepte, pero sin emitir juicios sobre los mismos, valorarlos o defenderlos. De igual manera, es suave en la medida en que no termina por excluir los hechos sociales, ya que la regla de reconocimiento se explica por el hecho social de que la comunidad jurídica la utilice de manera más o menos consistente.

2. Breve historia del pensamiento jurídico.

Las distintas posturas positivistas y iusnaturalistas son posicionamientos adoptados por los juristas en la actualidad. En el debate jurídico suele preguntárseles a los autores, si no es que ellos mismos se pronuncian airadamente, ¿cuál es tu postura, desde dónde estás hablando? Cada postura se entiende mejor en la medida en que se explica respecto a qué se están posicionando, cuál es su objetivo o finalidad. Por lo tanto, resulta pertinente desarrollar de manera breve algunos puntos de la historia del pensamiento jurídico que permitan dar cuenta de cómo surgieron el positivismo y el iusnaturalismo, y apuntar hacia una explicación del porqué nos llegaron de la manera anteriormente expuesta.

Los libros de historia del pensamiento jurídico suelen iniciar con Platón y Aristóteles, y terminan con los positivistas (y algunos puntos de las teorías contemporáneas). Me llama la atención notar que, en perspectiva, pareciera como si el pensamiento jurídico iniciara con reflexiones en torno a la justicia y el contenido de las leyes, y terminara con reflexiones sobre la autonomía del derecho (por qué la justicia no entra dentro del estudio del derecho) y sobre la forma de las leyes. Las posturas iusnaturalistas han buscado argumentar en contra de este desenlace del pensamiento jurídico, pero si un juez sostiene que dejará de aplicar alguna ley por una cuestión de justicia, seguro terminará siendo destituido.

Las reflexiones sobre la justicia, entonces, habían pertenecido tradicionalmente al ámbito del derecho. Aristóteles domina la escena y la justicia se entiende como una virtud que contempla a todas las demás virtudes pero con relación al otro. Es justo obedecer las leyes pues en éstas aparecen todas las virtudes que debemos respetar con su relación al otro (la virtud de la valentía aparece como la obligación de no abandonar a tus compañeros en el campo de batalla, so pena de muerte). Resulta evidente, en un primer momento, que la justicia se refiere a las normas justas y de lo que se trata es de comprender cuáles son estas normas justas o qué es lo que hace justa a una norma.

En los siglos XVII y XVIII se postulará como posible y necesario llegar a estas norma justas para ordenar la vida en sociedad, es decir, para utilizarlas como derecho. Los ordenamientos jurídicos en esta época, el derecho vigente, era todavía el romano mezclado con ciertas costumbres. Este derecho resulta injusto por inadecuado. Se está imponiendo a los hombres por costumbre, tradición o autoritarismo. Se considera que esta tradición y autoritarismo son injustos y que nublan la conciencia de los hombres. Para pensar claramente debe ser la razón la que se imponga a la tradición y no al revés. Debemos abandonar las normas tradicionales para buscar otras que, emanando de la razón, sean justas y adecuadas a la nueva realidad de las personas. Para lo cual se busca deducir de

ciertos principios evidentes o que no partan de los prejuicios de la historia o de los sentidos (ya que éstos nos pueden engañar), para llegar a un sistema de normas que por racionales resultan universalmente válidas.

La justicia, decíamos, dentro de la reflexión jurídica será tratada en relación a cómo son las buenas leyes y como el derecho debe formarse por estas buenas leyes para ser justo. El pensamiento jurídico y el tratamiento o la respuesta que comúnmente se encontrará será la dada por lo que ahora conocemos como iusnaturalismo: las leyes justas son las que están conformes con la naturaleza o ley natural. Durante el Iluminismo las leyes naturales serán las que estén conformes con la naturaleza racional del hombre.

El Iluminismo se desarrolla bajo el ideal de un conocimiento universal a través de la razón. Conocer las leyes que rigen el universo, mismas que tienen una estructura racional y que, por lo mismo, puedo buscarlas en mi propia lógica. Existe una enorme confianza en el hombre y su razón que viene puesta desde los inicios de la modernidad. Como ejemplo, Hobbes afirma que todos los hombre se parecen, por lo que puedo buscar en mi interior y lo que encuentre en mi lo puedo generalizar. Se prescinde de la experiencia y de la historia, pues en el hombre están pesando los prejuicios de la costumbre y de la autoridad que opacan su razón. Se trata de someter toda la realidad al tribunal de la razón. -Así hemos hecho las cosas, pero no las hemos pensado, hay que pensarlas y vemos si le seguimos haciendo así-. Es una lucha contra las antiguas instituciones y contra el absolutismo que se vivía en Europa en aquella época.

El iusnaturalismo se erige como una oposición al absolutismo y contra los jueces dependientes de ellos, y triunfará en el terreno político y legislativo con la revolución francesa y la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (FASSO, 1982, pág. 29).

Aunque por principio el iusnaturalismo racional pretendía una limitación al poder absoluto, pues sostenía que no podía ser válido un derecho que no estuviera

conforme a la razón, a finales del siglo XVIII las tesis iusnaturalistas se utilizaron para justificar la política de los Estados modernos. Pretendían quitar los cuerpos intermedios entre el Estado y los ciudadanos para afianzar la soberanía absoluta del Estado. Se buscó quitar la validez a las normas de dichos cuerpos intermedios –costumbres, precedentes jurisprudenciales, opiniones de jurisconsultos, estatutos de las ciudades o corporaciones, el derecho canónico, el feudal, etc- , atribuyendo obligatoriedad jurídica únicamente a la ley en tanto que mandato establecido por el Estado. Con Napoleón se realizará la codificación del derecho y algunos concluirán que el derecho natural ya se ha realizado en estos códigos. Los soberanos absolutistas iluminados (Federico II de Prusia), afirmaban que era una exigencia de la razón para la felicidad del pueblo la racionalización de todo el derecho irracional mediante su transformación en leyes derivadas de una voluntad racional, prohibiendo cualquier interpretación que no fuera la realizada por el propio legislador.⁶

Pocas veces, y nunca en un ordenamiento que llegara a ser vigente, se cumplirá el verdadero ideal iusnaturalista que es el de la traducción pura y simple de principios filosóficos en normas jurídicas positivas.⁷ Ganó pues, la estabilidad y certeza del derecho a los principios filosóficos naturales. El único ideal iusnaturalista (que eran principalmente individualistas) que sí aparecerá en los códigos es el principio de que el código debía ser un sistema completo, de manera que se tuviera que interpretar lo menos posible (FASSO, 1982, pág. 22). Dicho ideal se convertirá en un postulado básico del positivismo.⁸

⁶“La afirmación iusnaturalista sobre la existencia de un derecho racional universal y absolutamente válido, llevó a buscar la adecuación de los ordenamientos jurídicos existentes a dicho modelo; lo que coincidía, además, con la necesidad práctica de remediar la confusión y la incertidumbre de las normas jurídicas debido a que el derecho común –derecho romano- y otros usos ya no eran compatibles con la situación económica y social” (FASSO, 1982, pág. 16).

⁷ Aparecen pocas luces iusnaturalistas del derecho como obra de la razón. Sólo la tendencia individualista en los derechos innatos –libertad, propiedad como disposición absoluta, divorcio, libertad contractual plena en cuestiones laborales-. La limitación de la interpretación de los jueces, que era apenas señalada por el iusnaturalismo y sin mucha importancia, será muy acentuada en el código (FASSO, 1982, págs. 22-24).

⁸ Con la codificación surgirá en Francia la corriente o escuela de la exégesis que dominará en a las aulas. Un reconocido maestro de la exégesis decía “yo no conozco el derecho civil, yo enseño el Código de Napoleón” (FASSO, 1982, pág. 26).

La codificación será el puente ente el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Poco a poco se llegará después a mantener la consideración (que viene argumentada desde el Medievo) de poner la juridicidad o validez de la norma únicamente como resultado de la voluntad del legislador. Notemos que primero se persigue que la razón legisle, luego se afirma que la voluntad del legislador es racional, o que lo querido por el pueblo o sus representantes en los Estados democráticos es intrínsecamente racional. Paralelo a esto se está eliminando todo el derecho que no sea esta ley dada por la voluntad del legislador. Parece como si la manera como se practica el derecho posibilita y mantiene lo que después será considerado como verdadero (que sólo el derecho positivo es derecho), porque de lo contrario no resulta posible explicar el descuido sobre los ideales individualistas del iusnaturalismo racional.

Por otro lado, el pecado de la noble labor iluminista de buscar las normas justas consiste en negar la historia y la realidad que se encuentra atrás de esas normas. Contra esto se levantarán algunas corrientes, como la jurisprudencia analítica y la escuela histórica del derecho⁹, que seguirán conformando la postura positivista. Tienen en común que parten no de postulados abstractos de la razón de orden metafísico, que no consideran la historia o la realidad, sino de los hechos observables que son la base para un pensamiento científico. La labor de los estudiosos del derecho consiste, para estas corrientes, en lograr sistematizar el derecho que realmente existe y que vienen de la historia, que es experiencia de los pueblos, mediante la conceptualización del derecho. Estas corrientes todavía distinguen “un derecho que es”, mismo que es objeto de su sistematización, y “un derecho que debe de ser”, que da fruto a reflexiones sobre la legislación.

La escuela histórica surge en Alemania con Savigny en el siglo XIX. Savigny opina que lo mejor para Alemania es:

⁹ La escuela histórica del derecho surge durante la época romántica y adopta parte de las reflexiones de la jurisprudencia analítica que pertenece al iluminismo inglés.

“una ciencia del Derecho orgánica y progresiva, que pueda ser común a toda la nación, ya que por la diversidad de las situaciones históricas de los distintos países alemanes, un código nunca podría ser común para toda Alemania” El derecho constituye algo propio de cada pueblo, que conforma su identidad, que crece con el pueblo, toma forma con él, y muere cuando el pueblo ha perdido su personalidad” (FASSO, 1982, págs. 49, 50).

Lo que se pretende es sistematizar el derecho sin modificarlo, pero dándole a esta sistematización un valor jurídico y científico. La escuela histórica ofrecía abundante recursos para la sistematización gracias a su pericia histórica para la reconstrucción de de las instituciones jurídicas romanas. Sin embargo, aun operando históricamente, establecieron los presupuestos para la obtención de una abstracción conceptual, pues la reconstrucción implicó configurar dichas instituciones en conceptos concretos que se aislaban de la historia de la que habían salido. La sistematización llevará con la escuela de la Pandectística, que derivó de la Histórica, a abandonar el plano histórico para situarse en el formalismo, en la indagación de la:

“íntima conexión que enlaza a todas las instituciones y a todas las reglas del Derecho en una gran unidad” (FASSO, 1982, pág. 54).

La configuración del positivismo jurídico implicó la aparición y el mantenimiento de ciertos ideales que aparecieron en diferentes y opuestos pensadores: el de la certeza jurídica y la sistematización del derecho –que para los positivistas concluyó en la plenitud del ordenamiento jurídico-. Así mismo, la configuración del positivismo pasa por el interés de convertir al Derecho –o la jurisprudencia- en un conocimiento verdadero y riguroso, llámese primero filosófico y después científico. Otro elemento o antecedente del positivismo jurídico será el de atenerse a las normas dadas o positivas, ya sea porque algunos consideraban como elemento esencial del derecho el ser un mandato de la autoridad, o por ser el derecho históricamente materializado, o por ser la materialización de la voluntad general representada por el Estado –donde todos los individuos son iguales-. Podrían

incluirse elementos políticos que ayudaron al positivismo, como el hecho de que afirmaban el poder establecido u operante en determinado momento, el poder que está creando al derecho vigente.

Paralelo al positivismo, aunque podría tomarse cuestión esencial del mismo, es el método formalista. Éste también surge del ideal de sistematización y el ideal científico. Parece ser la manera correcta de tratar científica y racionalmente a un conjunto de normas cuyo contenido varía, o a un conjunto de normas que se estiman como justas e inmutables: se parte de la reducción de lo variable a conceptos o la deducción racional de dichos conceptos, y lo que se hace es estudiar sus relaciones lógicas¹⁰.

Por otro lado, en Europa se desarrollará el positivismo científico que desembocará en la sociología de Comte. Se puso de moda la idea de que los conocimientos verdaderos no podían fundarse sino en las observaciones de los hechos, debiéndose renunciar a las indagaciones sobre el principio universal de la realidad y las causas últimas de los fenómenos, para únicamente intentar descubrir las leyes constitutivas de las relaciones constantes en invariables entre los fenómenos mismos. Se comenzará, entonces, a buscar en la sociedad estas leyes constantes e invariables que relacionan los fenómenos. Se tendrá mucha fe en las aplicaciones del método natural a los problemas sociales y humanos¹¹ (FASSO, 1982, pág. 133).

En la sociología de Comte se pierde toda autonomía de las formas particulares de conocimiento de la sociedad. Todas las llamadas ciencias del espíritu son

¹⁰ Es en este contexto que surgirá la postura positivista, pero en por lo menos tres vertientes que sólo más de un siglo después, y en una total confusión, quedarán unidas junto con el positivismo de Comte en una sola corriente o postura llamada positivismo jurídico. Corriente que después Bobbio separará en las posturas del positivismo, según se expuso en el apartado anterior. Únicamente falta la consolidación del positivismo por medio de la obra de Kelsen, misma que sustenta en buena medida al “positivismo metodológico”.

¹¹ Llama la atención que en el Medievo se buscaba llegar a un conocimiento universal a través de la metafísica y la teología, me parece que atendiendo a objetos universales, pues los objetos que nos brinda la experiencia son contingentes. En la modernidad se tiene fe en que se puede llegar a un conocimiento universal mediante el método científico; se llega a lo universal a través del método, no del objeto; lo universal es el método.

abarcadas por la sociología, que es la única que parte de hechos observables y que puede ser una ciencia auténtica. Es una ciencia omnicomprensiva y sintética. En las investigaciones fundamentadas en el positivismo de Comte, se pierde de vista a los individuos y, por lo mismo, al derecho que regula las relaciones entre ellos. El derecho como ciencia desaparece, pues la obra los juristas es sustituida por la de los sociólogos, donde la sociedad es gobernada por la ciencia. Se llega a afirmar que “todo derecho humano es tan absurdo como inmoral” (FASSO, 1982, págs. 135, 136). Con este positivismo, en pos del orden y el progreso social, se atenuará mucho el valor del derecho subjetivo, es decir, del individuo y su libertad, muy afirmado antes por el iluminismo.

Los primeros hechos observables, para los que intentaban estudiar al derecho con el método de Comte, serán los históricos, pero al igual que con la escuela histórica se tendía a generalizarlos y abstraerlos, perdiendo de vista su valor o sentido. Otro método de estudio será la comparatística jurídica y la etnografía jurídica, pero aquí también se veía en el fondo una evolución histórica del derecho (FASSO, 1982, pág. 139).

El historicismo, que es una corriente alterna a la positivista de línea comteana y presenta la enorme diferencia de que no busca diluir al derecho en la sociología, se ha ido moviendo bajo la tendencia de la abstracción generalizadora y antihistórica, llegando hasta el formalismo. Estas tres corrientes (historicismo, formalismo y positivismo de Comte) tienen un llamativo punto en común: postulan eliminar la filosofía jurídica por su base metafísica, ajena a la historia o a los hechos observables.

Por supuesto que hubo reacciones a estas corrientes y tendencias positivistas. Los que se irán llamando iusnaturalistas tomarán pedazos de las filosofías de Kant, Hegel, etc., para justificar la necesidad de una filosofía jurídica, retomar los valores iluministas y defender al derecho natural.

También aparecerán críticas al positivismo de base comteana intencionadas a salvar al derecho como disciplina o a dotarlo de la científicidad necesaria para que no se pierda en la sociología y no se quede en los meros estudios formalistas (sistémico-descriptivos) de las leyes, rescatando la labor que realizan los juristas. Sobre esto, me parece muy ilustrativa la obra del alemán Julio Ermanno Von Kirchmann (1802-1899).

En su obra “La nulidad del valor de la jurisprudencia como ciencia”, Kirchmann ironiza sobre esta nulidad derivada de la concepción de ciencia del positivismo, que buscaba la objetividad como independencia del pensamiento y la acción del hombre; ciencia que se realizaba con la formulación de relaciones constantes entre hechos observables de los que derivaban leyes inmutables. La labor de las ciencias es “comprender su objeto, descubrir sus leyes, desarrollar a fondo los conceptos, reconocer la afinidad y la conexión de las figuras particulares, organizar su propio saber en un sistema simple” (FASSO, 1982, pág. 140). Observa que las ciencias naturales han realizado muchos descubrimientos, y esto no ha pasado con la jurisprudencia; no se ve un progreso. En la naturaleza los fenómenos no cambian, mientras que las leyes sí. Existe una inestabilidad de las proposiciones jurídicas, siempre atrasadas con respecto de su objeto e inclinadas a forzarlo con conceptos relativos a instituciones ya superadas. Además, en el estudio del derecho influyen los sentimientos personales del estudioso. El derecho reviste frecuentemente la forma de ley positiva que siendo producto de la voluntad humana no puede estar libre de elementos contingentes y arbitrarios, dependiendo del tiempo y el lugar:

“A causa de la ley positiva los juristas son como gusanos que viven solamente del leño podrido. En tanto que asume como objeto suyo lo contingente, la ciencia del Derecho se convierte en contingente ella misma: tres palabras modificadoras del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en papel de estraza” (FASSO, 1982, págs. 140, 141).

Notemos la crisis que se le presenta a la disciplina jurídica: por un lado, se la está comiendo la sociología, cuyo método es el que presenta mayor peso para los estudios de las llamadas antes “ciencias del espíritu”, que se centra en las acciones observables de la realidad social y opina que las leyes no dejan de ser construcciones técnicas-metafísicas; y por el otro lado, todos los trabajos de descripción del derecho dado y los trabajos de derecho comparado (los trabajos realizados por las escuelas de la exégesis, histórica, pandectística, etc.) son vanos, pues “tres palabras modificadoras del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en papel de estraza”.

Para que el derecho pueda permanecer como ciencia, resulta inminente que las conclusiones no se vengán abajo por el cambio de ánimo en los legisladores – históricos o racionales-, de donde resultará necesario que la sistematización pueda sostenerse o valer independientemente del contenido contingente de las normas. El otro requisito para que el derecho se salve de sus crisis es hacerle frente a la sociología.

Es Rudolf Stammler (1856-1938)¹², fundador de la escuela neokantiana en Alemania, quien pondrá las bases para que el derecho como disciplina no se diluya en la sociología. Stammler observa que lo que sea que es el derecho no puede ser concluido de manera inductiva, esto es, en la mera observación de los hechos, porque cuando se intentan abstraer el concepto de derecho de los fenómenos que consideramos jurídicos estamos presuponiendo la juridicidad de dichos fenómenos. El concepto de derecho es anterior a las manifestaciones empíricas en las que observamos que se manifiesta.

¹² Stammler aplica al Derecho la distinción kantiana de materia y forma: la materia es el contenido del derecho, que cambia en la historia; la forma es el derecho natural, objeto de la filosofía del derecho. A esta doctrina se ha llamado “Derecho natural de contenido variable”. Es un iusracionalismo con su propia concepción formalista, donde el derecho en si mismo entendido o como idea es el principio a priori de la coordinación de las libertades de los individuos, que no tiene en cuenta el contenido de las acciones humanas, sino tan sólo la forma en que debe ser realizada. El juez no es, sin embargo, un mero aplicador de la ley, sino que debe interpretarla a la luz de la razón.

Será Hans Kelsen (1881-1971) quien podrá armar una teoría que califique al propio fenómeno jurídico salvando, además, los problemas de la contingencia de las leyes.

3. El problema de la contingencia normativa y la teoría jurídica.

El derecho como disciplina necesitaba partir de un hecho medianamente constante. En la historia se observa que los contenidos de las normas varían en los lugares y en el tiempo. Ante esto, los estudios que realizaban los pandectistas y formalistas que partían de la reducción de lo variable a conceptos y de ahí a entender sus relaciones lógicas, resultaban adecuados para salvar la contingencia de las leyes derivada del contenido de las normas. En general se toma como fundamento que, independientemente del contenido, toda norma es un mandato de la autoridad, es fruto de la voluntad del legislador, y pertenece a un conjunto. La labor científica del derecho consiste en sistematizar las normas y su objetivo es que dicha sistematización, por la luz de la razón, produzca certeza jurídica; esto es, que las normas se apliquen.

El problema al que se tiene que hacer frente, para que el derecho sea una ciencia, no es la contingencia derivada del contenido de una norma, pues más o menos bastaba la labor de los formalistas para que el derecho como disciplina se mantuviera independientemente del contenido, justo o injusto, de las leyes; ahí está el derecho positivo (las normas vigentes) como hecho o fenómeno propio para la reflexión jurídica. La contingencia a salvar, a mi parecer, es la contingencia del derecho en tanto que emanado de la voluntad del legislador. Lo que dice el legislador (el rey, el Estado o la razón) no es derecho por tratarse de la voluntad de la autoridad, sino que el derecho necesita su propio campo independiente de dicha voluntad.

Este campo propio del derecho será fundamentado con la teoría jurídica. Rafael de Giorgi explica que la ciencia jurídica moderna, que culminará con la teoría pura

del derecho, comienza con Savigny en su intento por realizar en el ámbito de la ciencia jurídica una revolución tipo kantiana. Esta revolución es de naturaleza epistemológica y consiste en la conciencia de que la ciencia jurídica tiene como tarea la organización de la materia jurídica dada en un sistema expositivo, en el que los principios de derecho positivo¹³ constituyen premisas de donde se derivan cada una de las abstracciones jurídicas. La tarea de la ciencia es la explicación de la racionalidad interna del derecho, donde los conceptos y reglas encontrados se ligan en una gran unidad (DE GIORGI, 1998, págs. 15-21).

Se trata, entonces, de reducir un cúmulo de documentos (leyes ya dadas) a una unidad ideal. Esto se logra mediante la traducción lógica de los contenidos originarios del derecho, expresados como proposiciones jurídicas. La actividad de la ciencia jurídica consiste en la construcción lógica del sistema de las proposiciones jurídicas y por esto, a la ciencia jurídica también le tocará participar en la creación del derecho. El conocimiento científico del derecho es un conocimiento de las conexiones lógicas que se puedan establecer entre las leyes. Como consecuencias: 1) el derecho positivo, a través de la construcción del sistema o unidad ideal dada por las relaciones lógicas, recibe una nueva vida orgánica que reacciona constructivamente sobre la misma materia. Es decir, el derecho positivo aparece también como producto de la actividad científica. 2) La epistemología se reduce a la metodología de construcción del sistema que pretende unificar la materia jurídica ya existente (DE GIORGI, 1998, pág. 46).

En conclusión, se parte y se concluye con el derecho positivo, pero ahora justificado como producto racional. De Giorgi hace notar que el derecho como concreción lógica producida por el sistema no puede legitimarse por una metodología que únicamente reduce lo múltiple a una unidad ideal (DE GIORGI, 1998, págs. 38,39).

¹³ Nota de Giorgi. El concepto de derecho positivo no es claro en Savigny, sin embargo, utilizamos el que lo identifica con las leyes que surgen de un proceso legislativo y que supone un Estado moderno.

Las dificultades que presenta la ciencia del derecho en esta fase inicial, según De Giorgi, derivan del hecho de que a la metodología se le anexa el cargo de legitimar la positividad del derecho, mientras que ella misma carece de una fundamentación teórica que la justifique al interior de un proyecto epistemológico coherente y global. Es decir, la metodología del derecho propuesta por Savigny es una metodología científica que parte de lo observable y tiende hacia un sistema cerrado adecuado de juicios lógicos. Sin embargo, esta metodología pretende justificarse a sí misma y al derecho, y no termina de responder a la pregunta de ¿cómo legitimar a un derecho contingente?¹⁴ “El problema teórico del derecho (es) el problema de la positividad misma” (DE GIORGI, 1998, págs. 39, 45-48).

Para Giorgi, estas preguntas las resolverá Kelsen al elaborar una teoría jurídica asilada de la metodología y postulando la autonomía¹⁵ del derecho de otras disciplinas:

“Kelsen resolverá el problema de la epistemología jurídica separando el proceso de legitimación de la razón jurídica¹⁶ del proceso de explicación de su coherencia interna, aislando la teoría de la metodología, proponiendo, en otros términos, la neutralidad de la ciencia jurídica” (DE GIORGI, 1998, pág. 47) .

Kelsen parte desde el postulado de la separación entre ser y deber ser, entre lo natural y lo social, entre hecho y valor. Del ser al deber ser no hay paso, del

¹⁴ ¿Cómo fundamentar una reflexión científica sobre un contenido que puede variar? ¿De qué me sirve una sistematización cuando dos palabras del legislador pueden transformarla en inútil?

¹⁵ Además de la crisis que como disciplina tenía el derecho, la cuestión de la autonomía es un tema típico de la modernidad, como una moda de principios del siglo XX. Ortega y Gasset comenta que antes todas las ciencias-disciplinas buscaban ser ilimitadas, la Física quería ser Metafísica, la Política, Religión, etc. Sin embargo, ahora, “cada ciencia acepta su limitación y hace de ella su método positivo”. Además, las ciencias intentan librarse de los perjuicios de otras disciplinas; por ejemplo, Einstein cuando observa que los fenómenos no se comportan conforme la ley de Euclides, no duda en declarar a la Física como ciencia soberana y quitarle jurisdicción a la Geometría (ORTEGA Y GASSET, 2004).

¹⁶ Concepto de Giorgi, lo define como el conjunto de sentido que se realiza en el sistema jurídico. Es el sentido que guía las selecciones normativas operadas en la realidad, y que se encuentra como fundamento de las elecciones practicadas en el universo de lo posible. Para este autor, el sentido actual del derecho oculta la objetividad racional de las relaciones sociales de producción (DE GIORGI, 1998, pág. 15).

hecho que algo sea no se puede inferir o deducir que así deba ser¹⁷. Las normas jurídicas quedan dentro del universo del deber ser, es decir, de lo que no es pero que quisiéramos que fuera. Cuando se establece una sanción contra quienes comenten homicidio en el fondo se establece que no se debe matar; lo que es, es que a veces se comenten homicidios, lo que debe ser es que no se cometan. El derecho queda como una técnica de organización social que se basa en una serie de normas que califican o valoran hechos sociales o naturales (es malo matar, no se debe matar). Lo que queda en juego es la objetividad de dichas valoraciones, es decir, la validez de una ley que establezca una sanción y el fundamento objetivo de dicha valoración. Kelsen formulará un sistema donde la objetividad de tales valoraciones depende de las condiciones puramente formales de su producción. Es importante recordar que Kelsen quiere que el derecho sea una ciencia autónoma y, por lo tanto, las valoraciones jurídicas no pueden encontrar fundamentos metafísicos, sociales, etc. Es decir, no nos importa que la norma sea justa o no, eso lo podrá resolver la política, la ética o la sociología, lo que nos interesa es saber si determinada norma es una norma jurídica y por lo tanto si la autoridad está obligada a actuar como la norma lo prescribe, y en su caso a imponer la sanción establecida por la propia norma, y por consecuencia poder afirmar el deber ser (jurídico) prescrito por la norma.

Sobre este respecto, Kelsen hace notar que el primer obligado por la norma jurídica no es el ciudadano o la persona, sino la autoridad. Por ejemplo, un código penal puede establecer que “se impondrán de 2 a 15 años de prisión al que cometa robo”; como se puede observar, la norma está dirigida a la autoridad, que tiene que imponer de 2 a 15 años de prisión a quien robe. A este deber ser impuesto por la norma, Kelsen lo denomina simple deber. El deber, con todas sus letras, ocurre cuando por la coacción establecida en la norma se prohíbe a la población realizar una determinada conducta.

¹⁷ Incluso de algún hecho bueno o justo no se puede derivar un deber ser: ¿por qué debe ser lo bueno o lo justo?

El deber ser del derecho no se refiere directamente al comportamiento del sujeto como autoridad –no es un mandato-, sino al hecho de que a ese comportamiento se le debe aplicar una sanción establecida por una norma. El deber ser es lógicamente en primer lugar para la propia autoridad -se impondrá una pena de x a quien cometa y-. Para que se fortalezca o se perfeccione este deber ser se necesitan otras normas que establezcan una sanción para el órgano que no cumpla con su deber, es decir, que no establezca la sanción. Esto irá creando una jerarquía de normas donde en la base encontramos a las sentencias o normas individualizadas y las normas superiores son las que determinan las consecuencias para el órgano que no imponga la sanción individual. De lo que resulta que la validez de una norma deriva otra norma superior.

La objetividad del sentido valorativo de la norma tiene sólo un significado formal (FASSO, 1982, pág. 232). La validez de la cualificación se deriva del hecho de que ésta tiene una existencia específica dentro del derecho, es decir, que ha sido producida de una manera determinada, mediante un proceso determinado. Cada norma jurídica encuentra su validez en otras normas, por ejemplo, las normas que establecen el procedimiento legislativo, es decir, el procedimiento para hacer leyes. Tenemos normas que fundamentan o validan a otras normas. Kelsen establece, entonces, una norma fundamental o fundante que es de carácter hipotético, cuya validez no se deriva de otra norma. La norma fundamental es válida no porque ha sido creada en cierto modo, sino que su validez es asumida en virtud de ser el primer hecho que producirá todo el derecho subsecuente. Piénsese, por ejemplo, la revolución y la Constitución mexicana de 1917. Al respecto, Kelsen comenta:

“El contenido de la norma fundamental, es decir, el hecho histórico particular cualificado por la norma fundamental como el primer hecho productivo de derecho, depende completamente del material que ha de ser considerado como derecho positivo, la riqueza de los hechos dados empíricamente, que subjetivamente pretenden ser actos jurídicos.

Objetivamente, son válidos sólo en virtud de su relación con el hecho fundamental, que gracias a la norma fundamental, está presupuesto como el primer hecho productivo de derecho... este es en verdad el problema de la positividad del derecho: el derecho surge como un deber ser y un ser al mismo tiempo, mientras que lógicamente estas dos categorías se excluyen una con la otra... la norma fundamental significa por tanto, en un cierto sentido, la transformación del poder en derecho” (DE GIORGI, 1998, pág. 85).¹⁸

El hecho de que Kelsen postule o afirme una norma fundamental no debe confundirse con que la norma fundamental sea el fundamento del derecho para Kelsen. La norma fundamental únicamente contiene el patrón o el proceso cómo se crearán las normas. Se da por supuesto que este patrón productivo de normas deriva de algún hecho social y es fácil encontrar estos hechos en la historia de cualquier país. Sin embargo, recordemos que el derecho (en esta versión positivista) no es sociología ni historia¹⁹. El derecho es una técnica o una forma de organización social. El sistema jurídico es el que hace derivar el fundamento de validez de sus normas jurídicas de una norma fundamental, normalmente de su Constitución aunque puede incluso no estar establecida. La norma fundamental indica que todo lo que pase por determinados procesos (y por determinadas personas) será considerado norma válida.

La teoría de Kelsen establece una jerarquía de normas que permite construir un esquema general del ordenamiento jurídico tipo pirámide, en cuya cúspide se

¹⁸Cita de Giorgi tomada de KELSEN, Hans. (1952). Teoría generale del diritto e delle Stato. Milán: Comunità, p.400.

¹⁹ La “regla de reconocimiento” de Hart me parece una reformulación de la “norma fundamental” de Kelsen. Hart hace notar que la diferencia consiste en que Kelsen afirma la validez de esta norma que no depende de ninguna otra, lo que resulta contradictorio pues la validez de una norma jurídica implica que se encuentra referenciada a otra norma. Además, sostiene que la “norma de reconocimiento” es un hecho social. Kelsen no niega que se pueda tratar de un hecho social, sólo indica que para el derecho esto es indiferente. Afirmarla como un hecho social implicaría hacer del derecho una sociología, que es un anatema para Kelsen. Así mismo, si la norma fundamental es un hecho social se caería en la contradicción (o en el gran problema) de derivar del hecho o del ser cuestiones de deber ser. Así lo afirma Robert Alexy, para quien la teoría de Kelsen tiene la ventaja de que la norma fundamental no se esconde detrás de conceptos tales como aceptación o existencia de una práctica, sino que se pone de manifiesto y se tematiza (ALEXY, 1994).

encuentra la norma fundamental y en la base los actos jurídicos individualizados, como las sentencias del juez. Las normas inferiores se suponen válidas en la medida en que se fundan en una superior, como una sentencia de un juez se sostiene del código civil. A su vez, el código civil se sostiene en la Constitución del Estado, que establece los derechos de propiedad, familia, etc. En caso de contradicción el ordenamiento jurídico establece procedimientos para que sea la norma de mayor jerarquía la que se aplique, como el caso del juicio de amparo que puede invalidar una sentencia o una norma contraria a la Constitución. Esta jerarquización de normas se encuentra establecida dentro del derecho en México, pues se elaboró de manera expresa con la teoría del derecho. Aunque no fuera explícita esta jerarquización de las normas dentro de un ordenamiento jurídico, Kelsen hace notar que todo ordenamiento jurídico funciona de esta manera, con normas que se validan unas a otras, y en cualquier momento se puede hacer una investigación descriptiva para hacer ver cuáles son las normas que jerárquicamente se encuentran por encima de otras normas. Puede aparecer, incluso, dentro de un sistema jurídico normas inferiores que no se puedan invalidar por alguna laguna en el sistema jurídico, pero serán inferiores en la medida en que resulten o existan por la aplicación de otras normas.

El sistema jurídico se presenta de esta manera “positivista kelseniana” como un universo de valoraciones normativas que requiere de una coherencia y unidad establecida por las relaciones formales de producción de sus normas; indiferentes de cómo debe ser con respecto a instancias materiales propias del ser o de la sociedad o de la naturaleza. Un universo que se busca sea autónomo y que lo consigue, entre otras cosas, por el hecho de fundamentar la validez de las normas desde su interior, desde otras leyes hasta llegar a una norma fundamental. Sobre esto se sostiene su estructura. Evidentemente, desde esta perspectiva las normas pueden tener cualquier contenido y su fundamento no está en su carácter de mandato de la autoridad, sino en su validez que deriva de otras normas.

Con lo anterior, Kelsen ha logrado legitimizar la contingencia del derecho. Es decir, ha logrado establecer que independientemente del contenido de la norma e independientemente de la voluntad del legislador una norma puede ser válida, puede valorar los hechos. Con los anteriores principios teóricos, Kelsen propone la doctrina pura del derecho como ciencia jurídica específica:

“La doctrina pura del derecho, como ciencia jurídica específica, dirige su atención a las normas jurídicas: no a los hechos concretos, es decir, a aquello que las normas pretenden o se representan, sino a las normas jurídicas entendidas como contenidos ideales pretendidos o representados. Comprende cualquier hecho solamente en la medida en que esté determinado por normas jurídicas. Su problema es la específica autonomía de un ámbito de significados” (DE GIORGI, 1998, pág. 91).²⁰

Llama “pura” a su teoría del derecho pues pretende eliminar de dicho conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente determinado como derecho. El único principio que se tenía era la estatuidad de la norma, pero los neokantianos y Stammler mostraron que no podía adoptarse como criterio de juridicidad un dato empírico, ya sea como contenido o como voluntad de un legislador.

Kelsen explica en un primer momento que la norma fundamental es un presupuesto lógico trascendental, y por lo tanto niega el hecho empírico de la constitución. Sin embargo, después aclara que para que exista este presupuesto de hecho debe de estar pasando que dicha norma fundamental sea eficaz, es decir, que esté siendo observada. El derecho existe en la medida en que está siendo observado. Con lo cual ya se perdió la pureza pretendida, pero casi se consigue. La validez quedará, entonces, como el significado de un acto de la voluntad y de creencia, y la norma será la forma lógica de un mandato. El carácter de juicio hipotético de la norma pertenece a la ciencia jurídica que se encarga de

²⁰ Cita de Giorgi tomada de KELSEN, Hans. (1952). Teoría generale del diritto e delle Stato. Milán: Comunità, p.124.

describirlo, mientras que la norma en sí tienen un carácter prescriptivo o imperativo –es un acto de una voluntad que quiera algo-. Pero Kelsen seguirá afirmando que el deber ser de la norma no resulta por este carácter imperativo, sino por su validez, por el carácter lógico. Lo más difícil para la ciencia del derecho es esta relación entre validez y eficacia, y Kelsen aconseja que se eviten los extremos, es decir, la pura lógica donde no existe relación entre validez y eficacia, y la pura sociología donde la validez se resuelve en la eficacia de la norma.

La obra de Kelsen –y su evolución que baja el acento en la pureza- pone de manifiesto mejor que cualquier otra, el límite insuperable del positivismo jurídico formalista, al haber demostrado cómo las tesis puramente normativas son tan poco sostenibles como las puramente sociológicas o realistas (FASSO, 1982, pág. 232).

El derecho será una técnica social donde el Estado imputa una sanción en función a un fin que pretende (que no se robe, que no se mate) considerando, entonces, determinadas conductas como ilícitas. Lo original de Kelsen consiste en que lo ilícito no es tal por sí mismo (iusnaturalismo), ni por tratarse de un mandato dado (estatuadad), sino porque a determinada conducta se le imputa una sanción, es decir, por el nexo puramente lógico que se presenta.

4. El malestar ante el positivismo. ¿Un malestar ante el derecho?

Después de la segunda guerra mundial, surgió en el pensamiento jurídico un esporádico renacimiento del derecho natural. Quedó restablecida la preocupación teórica sobre cómo evitar los regímenes autoritarios y dictatoriales, y las leyes injustas;²¹ como comenta Kaufmann:

²¹ La racionalidad iusnaturalista pretende fundamentar el contenido del derecho en base a ciertos postulados que dotan de una validez intrínseca a la norma. Un Estado nos puede imponer ciertas leyes por el uso de la

“con el pecado original de las leyes injustas (de las que son culpables el pensamiento positivista y el iusnaturalista), perdimos para siempre nuestra inocencia. Desde que eso ocurrió, no puede ninguna filosofía del derecho limitarse exclusivamente a lo formal y descuidar los contenidos, o sea dejárselos a la política” (KAUFMANN, 2007, pág. 14).

La reflexión jurídica se esforzará por superar el modelo kelseniano, culpable de reduccionismo positivista, culpable, no obstante la separación originaria, de haber identificado el deber ser con el ser, de haber hecho de la existencia del derecho positivo el criterio de su justicia (DE GIORGI, 1998, pág. 95).

“La degeneración nazi había demostrado que el derecho, como ordenamiento normativo de la sociedad, podía ser instrumento de violencia organizada, que el derecho del Estado podía ser instrumento de atropello a la sociedad, que el principio de la juridicidad podía atropellar todo principio ético que no derivara de la ética más profunda del Estado, y que esta ética del Estado se manifestaba en la identificación de justicia y derecho de Estado, de justicia y ley” (DE GIORGI, 1998, pág. 98).

A partir de esto, la teoría del derecho presentará una serie de configuraciones diversas, todas articuladas conforme a esquemas precisos y finitos, los cuales permiten a la ciencia jurídica estructurarse conforme a modelos derivados de las ciencias sociales o la filosofía²². Estos modelos se oponen al conjunto

fuerza, pero la obligatoriedad o el deber ser de la norma jurídica se deriva de las leyes naturales que se consideran intrínsecamente buenas y por lo tanto obligatorias. Con lo anterior se puede entender el aporte de la reflexión iusnaturalista, que tiene una reflexión en torno al contenido de las normas. Si bien, la objetividad con la que puede postular ciertos factores como intrínsecamente obligatorios ha sido muy cuestionada, en la actualidad se le concede cierta fuerza y valor argumentativo sobre todo en el tema de los Derechos Humanos. Éstos han sido reconocidos y aceptados por el mundo y lo que se pretende es que se compartan las razones y fundamentos de los mismos con el objeto de que posean una mayor fuerza u obligatoriedad, más allá del mero consenso. Si es posible compartir los fundamentos del derecho, y estos además implican la bondad intrínseca de los mismos, no es factible que un Estado pueda romper dicho consenso sin caer en una contradicción o hipocresía evidente.

²² “En este contexto el sendero que se abre a la teoría del derecho ya está marcado por la pluralidad de las construcciones teóricas de la ciencia social. La pluralidad de las teorías del derecho surgen de complejos de hipótesis no jurídicas sobre el derecho, paralelamente al proceso de afirmación política del principio del pluralismo científico” (KAUFMANN, 2007).

monopolista de la epistemología kelseniana, pretendiendo superar el lado malo del positivismo (DE GIORGI, 1998, pág. 106).

Sin embargo, es necesario aclarar que la positividad del derecho no se pone en discusión:

“Las categorías con las que la positividad del derecho se había estructurado y el presupuesto de que la libertad de los modernos se concreta en su forma jurídica, como también el hecho de que en el derecho se expresa normativamente la separación real entre Estado político y sociedad civil, en cuanto el derecho es la forma de su mediación no podían ser tocados... El malestar no surge por el hecho de la positividad del derecho, sino por la cuestión del positivismo... Es necesario buscar el fundamento del derecho en algo distinto a su positividad. El derecho no es la ley” (DE GIORGI, 1998, pág. 99).

Muchos son los malestares o problemas teóricos que nos quedan en el derecho. Me permito mencionar algunos de ellos que me parece abren la reflexión jurídica hacia otras disciplinas:

- Si tomamos el tema expuesto de la contingencia normativa, nos encontramos con que no queremos que cualquier cosa pueda ser derecho (derecho nazi) o que cualquier cosa pueda no serlo (que no se acepten los derechos humanos). Dentro del positivismo jurídico parece imposible poder pronunciarse al respecto. El contenido de las normas y la justicia o injusticia quedaron fuera de la esfera del derecho, sin embargo, estos eran temas tradicionales de la reflexión jurídica; es necesario que el derecho pueda decir algo al respecto.

Este debate, abierto (en Alemania) por la controversia entre Popper y Adorno, envuelve a la epistemología moderna en un abanico que se extiende desde al hermenéutica hasta la teoría crítica de la sociedad, el racionalismo crítico, la filosofía analítica y el funcionalismo estructural” (DE GIORGI, 1998, pág. 107).

- Tenemos que el derecho no sólo tiene un significado para los científicos o profesionales del derecho, sino que existe una pluralidad de agentes a los que el derecho significa cosas distintas, y ante esto ¿por qué darle preferencia al significado científico-positivista? Aquí nos topamos con el problema de una fragmentación de la verdad.
- El derecho, además, por su alto grado de especialización resulta ahora inaccesible u oscuro para las personas.
- Con la globalización que hace, por ejemplo, que el TLCAN afecte a las comunidades indígenas en Chiapas, notamos, sin embargo, que estas comunidades no pueden participar jurídicamente en la toma de decisiones. Un fenómeno similar aparece cuando el juez ni siquiera conoce a las partes en el litigio, es decir, a las partes en conflicto.
- El derecho no cuenta con herramientas comunicativas para entender la “vida cotidiana” donde ocurrió el conflicto. Las sentencias no se entienden o no resuelven los intereses originales de las partes.
- A raíz de esta ruptura con la vida cotidiana, el derecho posibilita, permite o incluso legitima ciertas prácticas que son consideradas como injustas en el sentido común.
- El derecho utiliza abstracciones lógicas para lograr cierta sistematización. El problema es que, a veces, se llega al uso de conceptos huecos que se pueden llenar con lo que sea, por ejemplo “estado de derecho”.
- El derecho como se expuso se basa en el procedimiento, en las formas. A veces pasa que cumplir con obligaciones o trámites menores nos impide cumplir con obligaciones mayores o casi vitales. El acento se pone en el uso adecuado de la herramienta, más que en la utilidad de la misma.

- Bajo el supuesto de que una conducta es punible sólo en la medida en que la autoridad competente dicte una ley que considere esa conducta como delito, se crea todo un sistema de valoración de conductas punibles que sólo es explicable en sus propios términos, y sólo en estos términos es capaz de justificarse. Es el positivismo en su manera pura. Pues bien, lo anterior resulta en términos generales en que cualquier autoridad podría lograr que cualquier pretensión justa sea inexigible por no codificarse en los términos de derechos. Siendo una de las pretensiones más justas del movimiento de la razón o ilustración, parece que el derecho no logró quedarse encima de las autoridades.

- Existe, por supuesto, el problema de que ciertos sectores de la sociedad oficialicen sus intereses a través de procedimientos legales.

- Es posible detectar una contradicción al interior del derecho, que deriva en un problema en el funcionamiento del derecho consistente en unas sentencias que no reflejan la realidad del problema social (la sentencias no se entienden y nadie queda conforme con ellas) y la excesiva carga de trabajo de los juzgados. Dicha contradicción radica en que la exigencia de que un tercero juzgue mediante parámetros universales –leyes- es imposible (o muy difícil) ante los casos concretos. La tendencia del derecho a la formación de conceptos rígidos (universales) choca con la tendencia de buscar soluciones adecuadas (diferentes) a cada situación concreta.

- El derecho ejerce cierto tipo de violencia con las personas, ya sea por imponer una única forma de verdad o por imponer las leyes, en cuanto que ideas, a las personas. Notemos por ejemplo:

- Estamos obligados a resolver nuestros conflictos por medio del derecho vigente y a través de instituciones de justicia centralizadas.

- Los propios procedimientos del derecho restringen a unas cuantas personas la posibilidad de decir qué es derecho.

- El derecho se nos presenta como algo oscuro, que sólo es comprendido por unos cuantos.
- El derecho no admite, en principio, otras perspectivas que no sean jurídicas.

4.1 Concepciones contemporáneas del pensamiento jurídico.

La siguiente exposición pretende dar cuenta de otras de las escuelas contemporáneas del pensamiento jurídico con el objetivo de dejar abierto el diálogo con la propuesta que se presenta. No se trata de una exposición exhaustiva, pues supera las intenciones de esta tesis.

En general, las concepciones de derecho que presentan estas escuelas son reelaboraciones de las posiciones clásicas, de ahí la tendencia a los prefijos “neo” “post” (ATIENZA, 2004, pág. 304).

Es importante remarcar que las propuestas de las escuelas actuales se presentan como respuesta ante el malestar del positivismo, ya sea por su falta de precisión teórica o por su incapacidad para pronunciarse sobre algunos de los problemas actuales del derecho. En tanto que respuestas a un malestar, sugieren que la posición positivista sigue dominando la escena en las prácticas y concepciones comunes del derecho, siendo su contraposición común la posición iusnaturalista. Es por lo anterior que el desarrollo del presente capítulo buscó dar cuenta de estas concepciones comunes y no tanto del debate actual, que por lo demás no se podría entender sin la exposición de las posturas clásicas.

Parte de estas posturas actuales las constituyen el positivismo suave (de carácter analítico) de Hart, y el postpositivismo de Dworkin que ya fueron expuestos anteriormente.

a) Neoiusnaturalismo.

Como se expuso, el iusnaturalismo regresó al debate actual debido a la experiencia de las guerras mundiales y de los regímenes totalitarios. Su

propuesta tradicional consiste en el énfasis sobre los fines, tendiendo por una parte hacia la limitación de los contenidos del derecho y por otro lado al posicionamiento argumentativo de prescripciones o proposiciones inquebrantables o intemporales. Se puede distinguir del iusnaturalismo clásico pues abandona o reduce sus pretensiones de comprobación empírica de sus postulados.

Su principal exponente es John Finnis quien tiende a configurar el derecho natural en términos deontológicos (no ontológicos) con principios morales que guían o justifican al derecho, pero sin suministrar criterios sobre la validez o existencia del derecho. Estos principios derivan de una serie de bienes básicos aceptados por todos en el contexto de una comunidad de seres humanos donde se busca que el sistema jurídico cree condiciones para la consecución de dichos bienes. El derecho se considera dirigido hacia el bien común (ATIENZA, 2004, pág. 305).

b) Teorías críticas del derecho.

Surgen en Estados Unidos aunque han tenido mucha resonancia en Latinoamérica. Su antecedente no es ni la posición positivista ni la iusnaturalista, sino la realista norteamericana.²³ El realismo parte del pragmatismo y se centra en la eficacia social del derecho pretendiendo cambiar la sociedad por la acción racional del hombre. A decir de Holmes, uno de sus principales exponentes, el derecho es un confuso cúmulo de detalles que se intenta organizar, pero sus posibilidades se limitan al intento de predecir las conductas de los jueces (ATIENZA, 2004, págs. 281-284).

La teoría crítica comparte esta visión social y pragmática del derecho, pero tiene influencias de la sociología de línea marxista por lo que su visión es escéptica. En general, sostienen que el derecho actual esconde y mantiene situaciones de

²³ Además del realismo norteamericano, existe un realismo escandinavo. Éste pretende una desmitificación del derecho pues considera que sus conceptos (propiedad, derecho, deber, etc.) no corresponden a una realidad empírica sino a un estado psíquico.

desigualdad y pretende dar cuenta de ellas, postulando un uso alternativo del derecho.

La teoría crítica no presenta un sistema propio para el acercamiento al derecho, sino que reúne diferentes trabajos con diversas metodologías y propuestas. Una de sus exponentes, Martha Minow, decidió presentar cuatro objetivos de la teoría crítica para facilitar el diálogo con otras escuelas del pensamiento jurídico:

“1) Demostrar que la interpretación de las normas jurídicas puede ser utilizada para alcanzar cualquier resultado; 2) detectar, a través del análisis histórico y socioeconómico, los grupos sociales que se han beneficiado de la aplicación del derecho; 3) exponer la forma como el análisis jurídico intenta legitimar sus resultados; y 4) favorecer visiones sociales que han sido marginalizadas con el fin de volverlas parte del discurso jurídico” (RODRÍGUEZ, 1997, pág. 86).

c) Neoconstitucionalismo.

Su punto de partida sería el papel activo que juega la Constitución en el derecho actual, misma que se observa en las dificultades procedimentales para modificarla, los mecanismos de defensa de la Constitución sobre otras leyes que la pueden contradecir, la aplicación directa de la Constitución para solucionar conflictos, la necesidad de una abundante interpretación de la Constitución en la práctica jurídica, y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (GUASTINI, 2003).

Me parece que la centralidad de la Constitución ya estaba planteada en la teoría pura del derecho, sin embargo, al considerar las prácticas que esta centralidad ha ocasionado se presentan problemas teóricos y prácticos que no fueron contemplados. Por ejemplo, la interpretación de la Constitución no puede realizarse del todo con su referencia a otras leyes, pues su validez no depende de ninguna norma superior. Lo cual provoca que en algunos casos se tenga que argumentar con la referencia a ciertos principios que se postulan como

pertencientes a la misma Constitución, pero que no están del todo descritos por ella misma. Esta circunstancia es descrita por el positivismo como la parte discrecional en la decisión judicial, pero decir discrecional y no decir nada es lo mismo. La propia Constitución puesta en práctica pide que las decisiones se sujeten a ella misma y por lo mismo invita a que se formulen estos principios para que se realice la interpretación. Por su parte, estos principios son de carácter sustantivo, como la democracia, o representan un bien específico, como el trabajo. Lo anterior, introduce un tipo de argumentación que no puede quedarse en la subsunción, sino que implica también la valoración explícita. Dado este tipo de argumentación la escuela neoconstitucionalista se vincula con la propuesta de Dworkin que afirma que no es posible la mera descripción de lo que es el derecho, sino que resulta necesario para su conocimiento pronunciarse sobre lo que debe ser.

Además de describir su novedoso papel, los neoconstitucionalistas en general valora de manera positiva a la Constitución y la postulan como solución a los problemas de los contenidos del derecho, protección de los derechos fundamentales y como límite a la abundante aparición de leyes y ordenamientos sectoriales (leyes para la protección de ciertos sectores vulnerables, ordenamientos internos de los sindicatos, de las corporaciones, tratados de comercio y contratos en general).²⁴ Es necesario hacer notar que la presencia relevante de la Constitución en el ordenamiento jurídico va de la mano con el desarrollo e instauración de Estados democráticos y liberales, por lo que suelen ser estos los valores puestos por la Constitución.

²⁴ El problema de la abundancia de ordenamientos sectoriales conducen a Luigi Ferrajoli a distanciarse del neoconstitucionalismo pues considera que opera un cambio de paradigma pues de hecho a la Constitución se le dificulta realizar este control. Ante la abundancia de ordenamientos sectoriales la centralidad de la Constitución ya no es patente. Ferrajoli argumenta la necesidad de que los valores de la Constitución se expliciten y permeen a los Estados, especialmente su valor como garantía de los derechos de todos, inclusive o sobre todo frente a la voluntad popular. Su propuesta es tender a un orden constitucional de derecho ampliado al plano supranacional, que modifica por completo la concepción de la constitución como voluntad de un pueblo o grupo y la proyecta como garante de los derechos de todos y como límite de cualquier acto que pueda atentar contra ellos (FERRAJOLI, 2003).

Es por lo tanto factible distinguir en el neoconstitucionalismo diferentes posturas que, al igual que con el positivismo, pueden corresponder a teóricos, metodológicos e ideológicos (COMANDUCCI, 2003).

5. Conclusiones: problematización y construcción de los elementos para un diálogo.

El capítulo está integrado por fragmentos que pretenden dar cuenta, a manera de sustrato o de denominador común, de la racionalidad jurídica como manera que tiene el derecho de explicarse y fundar su práctica común. Aunque en general se pretendió dejar hablar al derecho (como si se tratara de un documental), toda fragmentación implica un acto de decisión o valorización que pone como relevante una parte del discurso sobre otras. Los criterios que sostienen la valorización realizada no se presentaron de manera explícita y resultan únicamente de la apreciación sobre mi experiencia como estudiante y practicante del derecho, así como del diálogo con otros profesionistas de la materia. Queda pendiente la explicitación o interpretación de esto supuestos.

A manera de conclusión se presentan los elementos con los que se pretende continuar el diálogo. La construcción de estos elementos se encuentra intencionada al diálogo pretendido en los siguientes capítulos aunque se pueden sostener con los fragmentos que se presentaron (digamos que se da paso a un falso documental).

5.1 La autonomía jurídica.

A partir de la exposición histórica del pensamiento jurídico en la modernidad notamos una búsqueda por la autonomía del derecho, ya sea de la historia, de los criterios oscuros de los jueces, o de los mandatos de la autoridad. Dicha autonomía se va ganando mediante el discurso sobre la autosuficiencia del

derecho para juzgar, que va de la mano con la suficiencia del derecho para conocerse o explicar sus propios fenómenos: el derecho como ciencia, justificado desde la teoría jurídica positivista. El debate entre la posición iusnaturalista y la positivista no terminó, y en la actualidad continua por aquellos problemas que el posicionamiento positivista no alcanza a resolver. Esta problemática que se enunció como el malestar ante el positivismo me parece que se trata de un malestar ante el derecho en general o ante la situación que guarda actualmente el derecho, derivada de circunstancias sobre las que se pide que el derecho responda, o que conlleven contradicciones hacia el interior de la propia teoría jurídica que sustenta la reflexión jurídica.

En el debate actual del derecho me parece que existe una apertura interdisciplinaria en la medida en que se busca estructurarlo conforme a modelos derivados de las ciencias sociales o la filosofía, según lo comenta Kaufman. No es tema de esta tesis dar cuenta de todos estos modelos, sino sólo de la manera, si se quiere general, como se está presentando esta apertura. Sin embargo, Kaufman también comenta que paralelo a esta estructuración conforme a modelos derivados de las ciencias sociales o la filosofía, existe otra tendencia que busca limitar al derecho:

“a lo que es en realidad racional en el propio y estricto sentido del vocablo, que no son el contenido, la esencia, el sentido de las cosas, sino solo sus estructuras lógicas, formales, conceptuales, pues únicamente ellos son accesibles al método confiable” (KAUFMANN, 2007, pág. 27).

¿Se pueden explicar estas dos tendencias opuestas desde una base común, desde una “dinámica” propia del derecho o de su reflexión de sí mismo, desde su racionalidad? ¿Por qué en la actualidad el derecho se abre a otras disciplinas y al mismo tiempo se limita a las estructuras lógicas formales? Creo que el tema de la autonomía puede servir como esta base común. En primer lugar porque no se puede dar una apertura al diálogo si el derecho se diluye en otras disciplinas; esto sería un monólogo de la filosofía o de la sociología. Además, me parece que la

autonomía se presenta como una característica propia de la racionalidad del derecho no sólo por su desarrollo como ciencia, sino como su manera de funcionar, como herramienta para ordenar a la sociedad o resolver conflictos. Siempre se busca que lo que se resuelva en derecho no sea arbitrario o parcial. Se busca que se resuelva conforme a derecho para evitar arbitrariedades.

A pesar de los problemas y malestares actuales del derecho, sería muy difícil que el derecho se abriera a dialogar con otras disciplinas si no fuera porque se encuentra en juego su propia autonomía. Esta autonomía no me parece en sí misma mala, por ejemplo, me parece una necesidad actual que el derecho pueda ordenar con autonomía de los intereses del mercado. Para sostener su autonomía, sin embargo, el derecho necesita “aliados”, cuyos intereses no pueden ser la propia autonomía del derecho, sino las problemáticas que se quieren o no resolver (hay aliados bueno y malos). Los malestares actuales ante el derecho, como fruto de su propia dinámica, ponen en juego su autonomía para juzgar y abren su campo al diálogo con otras disciplinas, pero el derecho se guarda también de no perder con esto su autonomía. Ejemplos de esta apertura que busca salvar su autonomía son tanto el “positivismo suave” de Hart, como el “iusnaturalismo” de Dworkin.

El desarrollo que realicé en este capítulo sobre Hart y Dworkin lo basé principalmente en la exposición hecha por Cesar Rodríguez, quien en su estudio se pregunta: “¿Están Hart y Dworkin realmente en desacuerdo?” Su conclusión es que se trata de teorías complementarias y que los puntos de desacuerdo fueron matizados por ambos autores aunque mantuvieron su posicionamiento. Sin embargo, aplicada su teoría a los casos concretos, sirven para describir o justificar satisfactoriamente las decisiones de los jueces.

“Hart reitera que el poder discrecional no es arbitrario y Dworkin sostiene que para interpretar las convicciones subyacentes a la práctica jurídica de la comunidad, el juez no puede evitar acudir a sus propias convicciones

(aunque no para imponerlas sobre las de la comunidad, sino para llegar a éstas)” (RODRÍGUEZ, 1997, pág. 84. nota al pie) .

La tesis de Dworkin no es sólo justificativa, sino que parte de una descripción (RODRÍGUEZ, 1997, pág. 47). Hart reconoce que su teoría carece de un tratamiento detallado de los principios, se queda en las puras reglas, pero la argumentación de principios también existe en el derecho (RODRÍGUEZ, 1997, pág. 53). La diferencia entre principios y reglas no es tan clara pues los principios pueden operar como reglas y entrar en oposición con otras reglas (por ejemplo, el principio de igualdad entre las partes se puede contraponer a la regla que establece desechar una prueba repetida; en este caso el principio actúa como una regla de excepción al desechamiento).

Dentro de la postura de Dworkin de lo que se trata es de interpretar la norma, encontrar su verdadero sentido o propósito, mediante la justificación moral y política (RODRÍGUEZ, 1997, pág. 41). Hay que notar que no se trata de encontrar lo que el legislador quiso decir o pretendía cuando creó la norma. Ningún abogado ni juez apoyan sus escritos con una entrevista al legislador. El verdadero sentido de la norma es independiente de la voluntad de la autoridad que puso la norma, de las palabras del legislador.

Hart, por su parte, sostiene que el juez cuando la norma es clara simplemente la aplica. En caso de duda utiliza la analogía con otras normas y, en el último de los casos, crea el derecho de conformidad a su moral o intereses, pero justificándolo en analogías y referencias al derecho existente. Pocas veces admitirá que resuelve en función de su opinión, pero nunca sostendrá que resolvió por la opinión del legislador. Aquí tampoco es relevante la opinión del legislador que creó los ordenamientos preexistentes, sino las analogías que hace el juez dentro del propio ordenamiento.

En ambos casos, el proceso argumentativo dentro de un litigio o en la teoría jurídica supone atenerse a lo que el derecho dice, nunca en la opinión del

legislador. Ambos autores concluyen que la función legislativa es distinta a la función judicial. El derecho mantiene su autonomía: tres palabras del legislador no pueden acabar con el derecho.

5.2 ¿Cómo distinguir el derecho de un asalto? Postulación de criterios internos de juridicidad.

Hart sostiene que la regla de reconocimiento es un hecho social, esto es, una conducta más o menos general dentro de la comunidad jurídica que sostiene con su práctica la regla de que todo lo que emane de X es derecho. Los mandamientos de una autoridad se distinguen de un asalto en la medida en que se reconoce que se trata de una regla. Kelsen criticaría dicha posición porque el derecho quedaría subordinado a una cuestión de validez ajena al propio derecho, esto es a la cuestión social, pues del hecho de que algo sea no se puede saltar a que deba ser. Dicha práctica de reconocimiento no puede ser, para Kelsen, una regla. Recordemos que el positivismo de Hart es “suave” con respecto al de Kelsen. El paso del ser al deber ser, en Kelsen, se da por medio del “simple deber”: la norma obliga a la autoridad a comportarse de determinada manera para que pueda ordenar (o a los particulares para que puedan pactar), de lo contrario los mandatos de la autoridad (o las obligaciones pactadas) pueden ser nulificados. Las normas jurídicas se distinguen por su carácter coactivo, pero el ‘deber ser’ (obligatoriedad para Hart) distingue a las normas de un asalto. Dentro de ambas posturas positivistas lo importante es responder “¿Qué es derecho y qué un asalto?” La respuesta dentro del positivismo es lógica descriptiva.

Por su parte, Dworkin sostiene que no basta con reconocer qué es derecho o qué norma es válida, pues hace falta que dicha norma se justifique consecuentemente con los principios del ordenamiento jurídico. Dicha justificación se hace de manera argumentativa entre los integrantes de la comunidad jurídica. Es también un hecho social, pero sujeto a una intención o a unas reglas de corrección que

permiten argumentos en contra para determinar lo que real o plenamente es derecho. Para Dworkin, sin embargo, el prerrequisito a esta pregunta es identificar mediante una descripción lo que es el derecho. Lo que “realmente es el derecho” queda sujeto a la práctica argumentativa basada en los antecedentes puestos por la ley y a una justificación valorativa (que es en buena medida lógica). Creo, entonces, que podemos llegar a la misma pregunta: ¿qué es derecho y qué un asalto?

Modificada a los términos de la propuesta de esta tesis, la diferencia entre derecho y un asalto quedaría en la pregunta: ¿qué es una respuesta autónoma del derecho y qué un acto arbitrario? Si la pregunta resulta válida, se tiene que argumentar, con respecto a la postura de Hart ¿Cómo la discrecionalidad de los jueces o la práctica social de reconocimiento puede no ser arbitraria? Por su parte, con Dworkin, ¿cómo la respuesta dada por los principios del derecho no cae en la arbitrariedad jurídica o cómo determinar si dichos principios no son arbitrarios?

Si las anteriores preguntas pueden resultar pertinentes, entonces es posible establecer la cuestión de evitar la arbitrariedad como un sentido del derecho. El derecho quedaría como una herramienta para ordenar la conducta social evitando la arbitrariedad. Esta arbitrariedad se evita apelando a la autonomía de las reglas o los principios en tanto que dados con anterioridad y por la obligación de atenerse a ellos, lo que implica la postulación de un criterio interno del derecho sobre la juridicidad.

5.3 El positivismo y el iusnaturalismo jurídicos como ideología.

Me parece que algunos elementos del denominado positivismo ideológico subsisten en los demás posicionamientos positivistas. Lo llamaré el positivismo jurídico como ideología. El punto es muy debatible, sobre todo para el positivismo

metodológico que se plantea como una tesis meramente conceptual en la que explícitamente se pretenden excluir los elementos valorativos.

El positivismo y el iusnaturalismo tienen un elemento común, entre otros, pues coinciden en que el derecho ordena la conducta con referencia a una norma. Omitamos la valoración intrínseca que realiza el positivismo ideológico del derecho, esto es, llamar justo o bueno a cualquier tipo de orden que el derecho establezca. Dejemos a un lado también la necesidad de distinguir al derecho de otro tipo de reguladores de la conducta (moral, religión, modas, modales), y quedémonos sólo con la función común que puede presentar todo ordenamiento jurídico: ordenar conductas. Posiblemente el derecho busque diversos fines (el bien común, la justicia, la felicidad de todos), pero en cualquier caso tiene esta misma función, que realiza haciendo referencia a una norma (o valor) puesta. En la medida en que ordena las conductas por una norma puesta, las conductas resultan predecibles. La sistematización del derecho tiene como finalidad este punto, que podamos predecir las consecuencias que seguirán a determinados actos. Es lo que se conoce como certeza o seguridad jurídica que existe como principio general del derecho, y que dentro de la postura ideológica se considera como un valor intrínseco del derecho. Me parece, entonces, que la certeza jurídica en tanto que finalidad del derecho es común a todos los posicionamientos jurídicos y presenta una carga ideológica.

Hinkelammert, en su libro "Crítica a la Razón Utópica", pone como ejemplo una cita de la obra de Kelsen que retomo junto con algunos de sus argumentos que funcionan para argumentar el punto sobre la carga ideológica:

"no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe de haber la posibilidad de una discordia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera

en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula” (HINKELAMMERT, 1984, págs. 61, 62).²⁵

Hinkelammert hace notar que la teoría formal del derecho (refiriéndose a Kelsen) supone en el proceso social del derecho que el derecho no se cumpla siempre. En lo anterior aparece una contradicción que es común a toda teoría de la institucionalidad en la medida en que la perfección formal es usada como criterio de juicio sobre dicha institucionalidad. La confusión radica en tomar como conceptos empíricos a conceptos que en realidad son metafísicos (HINKELAMMERT, 1984, págs. 61, 62).

Sin embargo, Kelsen da cuenta de lo anterior –parece que no cae en la contradicción expuesta por Hinkelammert²⁶- . Según apuntó De Giorgi, la “Teoría Pura del Derecho” surge en la medida en que se quiere evitar las dificultades que presenta la ciencia del derecho en su fase inicial (Savigni), donde a la metodología formalista se le pide que legitime la positividad del derecho. Es una metodología científica que parte de lo observable y tiende hacia un sistema cerrado adecuado de juicios lógicos. Sin embargo, esta metodología pretende justificarse a sí misma y al derecho, y no termina de responder a la pregunta de ¿cómo legitimar a un derecho contingente? ¿Cómo fundamentar una reflexión científica sobre un contenido que puede variar? El problema teórico del derecho es el problema de la positividad misma.

La fundamentación que da Kelsen, como se vio, está dada por la estructura lógica del sistema jurídico que opera con normas que se validan jerárquicamente, ordenando en un primer lugar la conducta de la autoridad. Lo positivo no es, en

²⁵ La cita corresponde a la obra de Hans Kelsen, “Teoría Pura del Derecho”, EUDEBA, Buenos Aires, 1960, pag. 141.

²⁶ Por ejemplo Kelsen afirma: “El material que se interpreta como derecho no es a priori derecho, sino que adquiere esa cualidad a merced de la hipótesis que sirve para interpretarlo.” (KELSEN, 1979, pág. 168)

última instancia, el mandato dado por la autoridad, pues sus posibilidades de mandar están dadas por el propio derecho. Tres palabras del legislador no acaban con la ciencia del derecho, pues ésta explica la lógica que opera en los propios mandatos de la autoridad en la medida en que se dan conforme a derecho. El derecho positivo supone los mandatos que pueda dar la autoridad, y en esta medida son meridianamente predecibles, lo que permite un punto sólido para que se apoye la ciencia jurídica y fortalece la certeza jurídica pretendida por el derecho. Lo positivo es el derecho o las normas que se puede predecir que serán cumplidas; lo positivo viene dado por la certeza jurídica a la que se aspira.

La certeza jurídica, sin embargo, sigue siendo un ideal que tiene el derecho. En la realidad ocurre que las personas y la autoridad no obedecen todas las normas. Dado que no se obedecen, se crean las instituciones jurídicas; estas existen en la medida en que el derecho no se cumple, de ahí que tengan que intervenir. En un estado de derecho completo no serían necesarios los juzgados, ni los jueces, ni los abogados, pues éstos tienen razón de ser en la medida en que alguien no cumple las leyes. Si la certeza jurídica se cumpliera plenamente o viviéramos en un completo estado de derecho, las instituciones jurídicas, insisto, no tendrían razón de existir.

La objetividad pretendida por la postura positivista metodológica (me refiero a la postura, por ejemplo del propio Kelsen o de Hart y no sólo a la postura formalista que se tenía antes de Kelsen), se ordena sin embargo hacia la certeza jurídica plena y, con esto, a la perfección formal de las instituciones jurídicas. Presenta, entonces, un elemento ideológico (empíricamente irrealizable, utópico, metafísico) que sustenta su propio trabajo metodológico objetivo. Se parte de una norma puesta o dada como supuesto dato empírico o descriptible siendo que también se tiende idealmente hacia la certeza jurídica.

El problema es que desde cualquier postura positivista que se adopte, no se puede dar cuenta de este elemento ideológico que, sin embargo, se encuentra dentro de cualquier tipo de positivismo. El propio positivismo ideológico se limita a

llamar justo a cualquier ordenamiento jurídico, es decir, valora como justo el hecho del derecho en sí mismo. El positivismo en general no repara en que el supuesto hecho jurídico que toma, es decir lo positivo, ya presenta una carga ideológica, pues lo positivo contiene como ideología la perfección formal y la certeza jurídica plena: derecho positivo es aquel que se estima será cumplido. Es decir, la ley positiva es “reconocida” o “validada” bajo el supuesto de la certeza jurídica, que me parece que implica la posibilidad de toda sistematización o análisis objetivo del derecho: tener la certeza de que la norma puesta está efectivamente ahí.

De lo anterior resulta que el imperio de la ley es en realidad un imperio de la forma –el formalismo–, en tanto que las condiciones formales son las que permiten que la norma sea pública y oficial y con esto velar por la certeza positiva de la norma. Sin embargo, el derecho no es sólo un elemento dado, no está nada más puesto, no es mero derecho positivo, sino que tiene una intención, se está haciendo y se orienta hacia un fin en este caso inalcanzable y contradictorio con las propias instituciones y dinámicas sociales: la certeza jurídica plena o el estado de derecho completo. Se abre la pregunta sobre la finalidad del derecho como posibilidad de dar cuenta de su propia ideología. ¿Este es el único fin o el más adecuado para el derecho? Además, se abre una pregunta por la arbitrariedad que puede generar el propio derecho, ¿por qué este fin y no otro?

Por cierto, el iusnaturalismo también presenta su carga ideológica. En principio, parece que no tiende hacia una perfección formal, sino a establecer contenidos fundamentales o a postular ciertos límites que presenta la contingencia normativa. La idea de derecho en Kant, el principio a priori de la coordinación de las libertades de los individuos, es un elemento formal que utilizan algunos autores para limitar los posibles contenidos de las normas (como Stammler). Por el lado de los contenidos, es posible hacer la misma crítica que se realiza al positivismo ideológico, pues toma como hecho algo que es querido y de ahí acepta como finalidad el mismo estado de derecho (tal vez se llamaría estado de justicia),

donde todos los derechos naturales se cumplen, presentando la misma ideología de perfección formal. En la medida en que el derecho tiene un fin en sí mismo o se encamina hacia su realización plena, la realidad y la persona humana terminan por estorbar. Por otro lado, si de lo que se trata es de establecer un límite formal a la contingencia normativa, esto es que cualquier cosa pueda ser o no derecho, el elemento ideológico se puede presentar en la medida en que la libertad se considera como un hecho dado que pretende empíricamente su posible plenitud.²⁷

5.4 La universalización del formalismo.

Paralelo al positivismo, aunque podría ser una cuestión esencial del mismo, es el método formalista. Éste también surge del ideal de sistematización y el ideal científico. Parece ser la manera correcta de tratar científica y racionalmente a un conjunto de normas cuyo contenido varía, o a un conjunto de normas que se estiman como justas e inmutables: se parte de la reducción de lo variable a conceptos (o la deducción racional de dichos conceptos), y lo que se hace es estudiar sus relaciones lógicas. Para el formalismo no cuentan los mandatos de autoridad ni los contenidos universales. Para que el derecho pueda permanecer como ciencia, resulta inminente que las conclusiones no se vengán abajo por el cambio de ánimo en los legisladores –históricos o racionales-, de donde resultará

²⁷ En estos momentos noto que me falta una historia del pensamiento jurídico que verse sobre el contenido de las normas y los límites a la contingencia normativa. Paralela a la historia de cómo el derecho se hizo formalista, está siempre la crítica que hicieron muchos autores basándose en la pregunta sobre el contenido de las normas, los límites del derecho y su posibilidad material. En la historia del pensamiento jurídico que expuse, no di cuenta del desarrollo de la posición iusnaturalista y el asunto no es menor pues contiene puntos importantes para la reflexión actual sobre el tema de los derechos humanos. Por ejemplo, ¿por qué se tiene que obligar a todos a que se cumplan estos derechos y no otros? Además, pretendo en este capítulo justificar la apertura del derecho para dialogar con otras disciplinas. La corriente iusnaturalistas, en la mayoría de los casos, utilizó argumentos de la filosofía. No sé si estos argumentos hayan abierto al derecho hacia el diálogo. En la medida en que existieron, puedo suponer mínimo la necesidad de abrir al derecho a dialogar. Buena parte de la postura iusnaturalista me parece que, sin embargo, tiende a cerrar al derecho de la misma manera que se cierra en el positivismo, por una ideología de la que no se ha dado cuenta. El iusnaturalismo, por lo demás, se clasifica normalmente como la teoría de los dos órdenes, pues no niega al positivismo, sólo dice que paralelo al derecho positivo existe un derecho natural y que el positivo busca o debería apearse al natural

necesario que la sistematización pueda sostenerse o valer independientemente del contenido contingente de las normas. Este es el triunfo del positivismo que aparece con Kelsen. Sin embargo, desaparece el formalismo kantiano y de muchos iusnaturalistas que también pretendían relacionar los conceptos, pero que dichos conceptos presentaban un contenido o un ideal distinto al de la certeza jurídica (que está muy escondida en la pretendida objetividad del derecho, ¿por qué se prefiere este ideal al de la adecuación de las libertades de todos?). El problema es y era que esos mismos ideales pueden ser perversos y le quitan autonomía al ordenamiento jurídico.

El formalismo provoca la misma universalización que se pretendía evitar: se afirma un sistema jurídico que subsiste independientemente de la arbitrariedad de la autoridad (porque el mandato de la autoridad debe apegarse al derecho natural, o porque el mandato de la autoridad no invalida la lógica del derecho), pero no hay sistema sin contenido, lo que provoca que los contenidos conceptualizados, como por ejemplo la propiedad privada o el derecho individual, subsistan con el sistema jurídico. Y ahora ¿cómo los criticamos, cómo los cambiamos dentro del mismo derecho?

El problema que considero mayor es que bajo la neutralidad y objetividad del formalismo se esconden prácticas inequitativas o de dominación. Es como taparse los ojos para no ver las arbitrariedades.

Aunque el formalismo jurídico no sea sostenido por ninguna escuela actual del derecho (el derecho como sistema completo, la referencia a lo que efectivamente fue formalizado por la autoridad competente –la ley del legislador–, la deducción como la argumentación correcta en el derecho), el formalismo –por decirlo así– en su sentido amplio subsiste como una práctica y un tipo de racionalidad propia del derecho. El puro formalismo jurídico, como degeneración del positivismo, puede desenmascarse en los argumentos de una sentencia y diferenciarse de otra que no lo sea. Pero la sentencia, en tanto que pública, lógica y autoritaria es un

documento formal que sintetiza el litigio y lo resuelve sin que resulte apelable más que mediante otro procedimiento que participe del formalismo.

5.5 La arbitrariedad.

La teoría jurídica de Kelsen fue un desarrollo necesario para la consolidación y autonomía del derecho como ciencia, para lograr legitimar al derecho positivo y fundamentar la reflexión y estudio de la ciencia jurídica. Lo importante aquí es que dentro de la dinámica propia del derecho, dentro de la historia del pensamiento jurídico que culmina en la teoría jurídica, encontramos algunos puntos que fundamentan al derecho desde su perspectiva interna. Como comenta Giorgi, la conquista epistemológica de Kelsen “constituirá el punto de partida de toda la reflexión posterior sobre el derecho, la cual adquirirá el postulado de la centralidad de la teoría como pensamiento legitimante de la contingencia” (DE GIORGI, 1998, pág. 23). El derecho positivo, por medio de la teoría jurídica, logró encontrar un fundamento de la propia ciencia jurídica y del sistema normativo sin recurrir a cuestiones valorativas extra jurídicas, a la filosofía o a las otras ciencias. A decir de Bourdieu, Kelsen transfirió al derecho la cuestión sobre la fundamentación (cuestión típica de la filosofía), pero de una manera puramente teórica (BOURDIEU, 2003, pág. 164).

Con la aparición de la teoría pura del derecho, Kelsen salva a la disciplina jurídica de diluirse en la sociología o la filosofía. La reflexión jurídica se puede mantener independientemente de la contingencia que se produce por un derecho que se basa en la voluntad de legislador. Sin embargo, es como si el derecho se hubiera rendido a la voluntad del legislador o de la autoridad. Es un elemento que aparece y que el derecho no puede criticar, que tiene que aceptar incondicionalmente so pena de convertirse en filosofía o sociología. Acepta la arbitrariedad y se puede terminar convirtiendo en el garante de dicha arbitrariedad.

No obstante, Kelsen mismo nos advierte que el derecho en un primer momento se encarga de ordenar la conducta de la autoridad. A mi parecer, esto puede interpretarse como que el derecho se orienta a evitar la arbitrariedad. Nuestros códigos ordenan que la autoridad realice determinados actos y no otros. Inclusive el mismo código de Hammurabi, que establecía la ley del talión, obligaba a la autoridad a cortar una mano a quien robaba, no a matarlo o a sacarle los ojos. En caso de que el juez no se apegara al código, se podía apelar.

Recordemos que la finalidad de la ciencia jurídica fue construir un sistema jurídico a partir del derecho positivo (del derecho que efectivamente se aplica) para brindar esquemas de decisión a los órganos jurisdiccionales; para lograr que las decisiones jurisdiccionales resultaran predecibles, mediante el sometimiento de éstas al derecho vigente, es decir, el declarado como obligatorio por una autoridad legítima mediante un procedimiento emanado de las propias leyes²⁸. ¿Qué tanto dicha previsibilidad se funda en la eliminación de la arbitrariedad?

Todo ordenamiento jurídico pretende la certeza jurídica, pero también busca evitar la arbitrariedad. Sin embargo, la pretendida imparcialidad y objetividad puede propiciar y resultar arbitraria. ¿Puede el derecho cuidarse de su propia arbitrariedad, de su propia inequidad? ¿Puede cuidarse de convertirse en elemento de opresión, de cadena de las personas?

²⁸ Es interesante notar, aunque no es materia de esta tesis, que brindar esquemas de decisiones jurisdiccionales es una manera de someter la impartición de justicia al poder del Estado. El desarrollo del derecho positivo va a la par del desarrollo de la codificación del derecho (agrupar los distintos criterios de justicia en leyes iguales para todos y en un lenguaje que resulte accesible para las personas) que fue utilizada por Napoleón para organizar su imperio. No es posible tener un orden y, por lo tanto, ejercer un dominio si cada región resuelve sus conflictos en base a distintos criterios o distintas leyes. Mal que bien, los códigos y el derecho positivo son una manera de someter a las decisiones de los jueces y los conflictos de los particulares a la tutela, orden y dominio de la autoridad o del Estado. Los órganos jurisdiccionales constituían una parte o fracción del poder y lo que se hizo fue unificarlos al interior de un Estado dividido en tres poderes y sometido a la ley. Con estos principios, resulta que los jueces tienen que argumentar sus decisiones como sometidas a la ley y a la doctrina, es decir, fundadas en derecho. Para declarar determinada verdad jurídica de forma legítima (es decir, no arbitraria), se tiene que presentar ésta como fundada y razonada a partir de los textos de la ley. ¿No traspasa lo anterior del mero espacio jurídico hacia la sociedad para hacer de esta manera de llegar a una verdad jurídica una manera de llegar a la verdad en general? De forma similar a lo presentado por M. Foucault en su texto “La verdad y las formas jurídicas” (FOUCAULT, 1985). Es como un sometimiento por medio de la forma. Nótese por ejemplo la importancia de las citas en las tesis.

En el siguiente capítulo, pretendo dar cuenta de esta arbitrariedad propia del sistema jurídico. Como se expuso, la experiencia de los regímenes totalitarios provocó que se le pida ahora al derecho poderse pronunciar sobre la justicia o injusticia de las normas²⁹. Sin embargo, el derecho puede ser injusto, no sólo por sus contenidos, sino por su forma misma. A decir de Luis Villar Borda:

“La ciencia jurídica no puede sustraerse a la cuestión fundamental de saber la diferencia entre derecho e injusticia (entuerto), sin caer en una jurisprudencia que legitima o por lo menos tolera la arbitrariedad, la ilegalidad y la dictadura” (KAUFMANN, 2007, pág. 8).³⁰

Tomaré como base el texto de Bourdieu “Elementos para una sociología del campo jurídico”, pues además de dar cuenta de la arbitrariedad propia del derecho (y otros de los malestares que causa), permite entender al derecho desde su especificidad, pero con los elementos de la sociología. Me permite continuar con la descripción de la racionalidad del derecho desde la pregunta sobre cómo se mantiene en sus prácticas la racionalidad expuesta, considerando la autonomía, la arbitrariedad y la carga ideológica concluidas en el presente capítulo.

La propuesta de Bourdieu me resulta relevante porque además de dar cuenta de la arbitrariedad propia del derecho, sostiene que las prácticas al interior del derecho mantienen a la racionalidad jurídica. Sin recurrir a elementos ajenos al derecho, como la economía o la política, y con esto respetando la autonomía del derecho, se puede dar cuenta de las prácticas que mantienen el tipo de racionalidad definido en lo común como positivista. Esto es relevante porque aporta un elemento de análisis sobre la dificultad que se está teniendo para

²⁹ Creo que en este estado de la cuestión, se pueden entender la reflexión de Habermas, que parte de su teoría de la acción comunicativa, o la reflexión de Rawls; ambas toman al derecho como derecho positivo, es decir, como fruto de un acuerdo de voluntades, y su aporte es limitar este consenso mediante ciertos elementos comunicativos, democráticos o de imparcialidad, en los que se puede suponer que este contrato o consenso es justo o legítimo.

³⁰ Luis Villar Borda en el prólogo a la edición castellana de “La filosofía del derecho en la posmodernidad” de Arthur Kaufmann.

superar al positivismo. El debate actual del derecho pretende superar el positivismo mediante un refinamiento lógico o la apertura hacia problemas no tratados por la teoría positivista tradicional, sin embargo, su misma intención delata cierta fuerza de conservación de la que es preciso dar cuenta. Creo que el malestar se interpreta erróneamente como malestar al positivismo, cuando de hecho se trata de un malestar ante el derecho que se expresa de manera sencilla o común con los postulados positivistas.

No obstante lo anterior, se presenta la dificultad de expresar el malestar como malestar ante el derecho pues esto fácilmente podría conducir hacia su abandono. ¿Qué sentido puede tener una reflexión jurídica sobre el derecho si se parte de que el derecho causa malestar? Me parece que por esta razón, las escuelas del pensamiento jurídico contemporáneo suelen enfocar su crítica al positivismo, pues no pretenden abandonar al derecho. Sin embargo, el malestar ante lo que está mal comporta algo de salud. En el tercer capítulo se intentará profundizar en este malestar ante el derecho, que por lo tanto implica retomar al derecho y su malestar como consigo mismo.

Capítulo II.- LOS JUEGOS DE PODER AL INTERIOR DEL DERECHO COMO LA MANERA EN QUE SE MANTIENE LA RACIONALIDAD JURÍDICA.

Retomando lo sostenido en el capítulo anterior, el derecho positivo por medio de la teoría jurídica logró encontrar un fundamento de la propia ciencia jurídica y del sistema normativo sin recurrir a cuestiones valorativas extra jurídicas, a la filosofía o a las otras ciencias. Como comenta Bourdieu, Kelsen transfirió al derecho la cuestión sobre la fundamentación (cuestión típica de la filosofía), pero de una manera puramente teórica (BOURDIEU, 2003, pág. 164). A decir de Kelsen:

“Concebir algo jurídicamente no significa otra cosa que concebirlo como Derecho. Con la tesis de que sólo las normas pueden constituir el objeto del conocimiento jurídico, no se afirma más que una tautología. Pues el Derecho, el único objeto de conocimiento jurídico, es la norma; pero la norma es una categoría que no tiene aplicación en el ámbito de la naturaleza. Cuando se califica de hechos jurídicos a ciertos actos de naturaleza, no se ha hecho otra cosa que afirmar la validez de normas cuyo contenido se corresponde hasta cierto punto con lo que en la realidad acontece. Cuando el juez da por supuesta la existencia de un hecho concreto, por ejemplo, un delito, su conocimiento se refiere, de primera intención, a un hecho efectivamente acaecido en la naturaleza. Pero ese conocimiento no se convierte en jurídico mientras el juez no pone en relación el hecho constatado con la ley aplicable, en función de la cual puede definirlo como “robo” o como “estafa”. Y esta interpretación no es posible más que si el contenido del hecho es contenido de la norma” (GARCÍA Maynez, 1942, pág. 23).³¹

La teoría jurídica funciona para justificar el objeto de estudio de la ciencia jurídica y la forma como se aborda dicho objeto. La ciencia jurídica (entendida como la reflexión y análisis del derecho a partir de la teoría jurídica) no realiza un estudio

³¹ Citado por Eduardo García Maynez, en relación a la obra de Kelsen “El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho”.

pasivo o distante del derecho, sino que algunos de sus resultados transforman al derecho. En este sentido, existe un paralelismo entre los resultados de la ciencia jurídica y la práctica del derecho.³² Aunque existan divergencias entre ciencia y práctica (entendida la práctica como el derecho que aplican los jueces y abogados), es curioso notar que resultan complementarias, que no se dañan y que en todo caso, mantienen los principios de la teoría jurídica. Esta complementariedad la podemos notar, por ejemplo, en que la práctica jurídica se postula como un ejercicio racional y cuasi científico, y la ciencia jurídica se topa con la práctica como aquello que es, como lo observable, como el objeto de estudio. En todo caso, en el derecho mexicano, la referencia a la doctrina es válida y usual como método de interpretación y argumentación.

La teoría jurídica, entonces, se mantiene en la práctica jurídica y, como se verá, por ciertas prácticas. En este capítulo se analizará, con algunos de los elementos aportados por Bourdieu, cómo las prácticas al interior del derecho funcionan para mantener su manera de entenderse y de justificar su trabajo.

La intención de retomar el estudio de Bourdieu es porque permite entender al derecho desde su especificidad, pero con los elementos de la sociología; es como tener un pie adentro y uno afuera, ya que Bourdieu:

“rechaza a un mismo tiempo la perspectiva puramente interna del derecho, objetivista, que ve el derecho como un conjunto de normas incorporadas a una estructura formal, y la perspectiva estructuralista interna que ve el derecho como un subproducto, como algo total o casi totalmente determinado por condiciones externas de él” (MORALES, 2003, pág. 60).

La postura objetivista correspondería a la postura de los teóricos clásicos del derecho, según lo expuesto en el capítulo anterior, y se centra en buscar el fundamento del derecho en sí mismo. Más que rechazar, Bourdieu da cuenta de

³² Por ejemplo, en la teoría jurídica se contempla a la doctrina (los resultados de la ciencia jurídica) como una fuente del derecho, en algunos casos, o como un criterio válido para la interpretación y la argumentación jurídica que, además, obtiene gran convicción.

esta postura objetivista, analizando la manera como se dan las prácticas al interior del derecho y cómo éstas mantienen la perspectiva objetivista interna. Me parece que permite el diálogo con el derecho en la medida en que considera y, de alguna manera, respeta la tan buscada autonomía del derecho. Por su parte, la perspectiva estructuralista es la que pretende encontrar al derecho como un reflejo o instrumento al servicio de los dominadores o de otras ciencias o prácticas (típico ejemplo, la economía). Para Bourdieu, ambas posturas ignoran:

“la existencia de un universo social relativamente independiente de las demandas externas al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima,³³ cuyo monopolio corresponde al Estado, que puede recurrir también al ejercicio de la fuerza física” (BOURDIEU, 2003, pág. 158).

No es materia de esta tesis hacer una sociología del campo jurídico en México. Lo que se busca con este capítulo es retomar algunos de los elementos expuestos por Bourdieu que podrían utilizarse para entablar el diálogo, pues estimo que este autor puede servir como un “aliado” para afrontar algunos de los problemas sobre los que el derecho podría dar una respuesta (si es que el derecho todavía puede hablar después de la crítica que le hace Bourdieu). En todo caso, lo que se pretende es dar cuenta de la arbitrariedad en la que cae el derecho, como una propuesta para entender los malestares y problemáticas expuestos con anterioridad.

1. Breve introducción a “Elementos para una sociología del Campo Jurídico.”

Este universo social relativamente independiente de las demandas externas al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica, constituye lo que Bourdieu denomina “campo jurídico”.

³³ La violencia se ejerce mediante la imposición de representaciones simbólicas (lenguaje, conceptos, categorías) sobre receptores que casi no las pueden rechazar.

Definir la categoría del “campo” resulta relevante para la sociología propuesta por Bourdieu, sin embargo, para los propósitos de esta tesis basta con una aproximación. La cuestión clave para Bourdieu son los fundamentos sociales de la autonomía del espacio o campo jurídico que resultan de la lógica de su funcionamiento específico. En un campo, los agentes y las instituciones luchan permanentemente por apropiarse de productos específicos que se encuentran en disputa (en el campo jurídico será el capital jurídico, como se verá más adelante se trata del derecho por decir derecho), de acuerdo con las regularidades y las reglas constitutivas de este espacio de juego (y en ocasiones sobre las mismas reglas del juego), con distintos niveles de fuerza entre los competidores y, por tanto, con muy diversas probabilidades de éxito.

El campo es un espacio limitado de lucha que se define mediante regularidades de conductas y reglas, con una distribución de fuerzas desigual y que presenta momentos de crisis coyunturales, donde sus reglas son cuestionadas (MORALES, 2003, pág. 84).

Para Bourdieu, las prácticas y los discursos jurídicos son el producto del funcionamiento del campo jurídico. Me parece ilustrativo mostrar las características generales de este campo jurídico pues, aunque pudiera entrar en debate la categoría usada por Bourdieu, considero que un observador externo o un profesionalista del derecho podrían aceptarlas y con ellas tomar como válido la existencia del derecho como un universo social relativamente independiente. Carlos Morales señala las siguientes características (MORALES, 2003, págs. 62-76):

1. Está limitado por la competencia jurídica, esto es, quedan fuera los ignorantes del derecho, los que no pueden poner en la forma jurídica sus peticiones.
2. En el campo, los agentes e instituciones enfrentan sus concepciones, ya sean prácticas (jueces, abogados) o las teóricas (profesores, juristas) sobre

la forma de entender el derecho, así como los principios que deben regir el derecho en su conjunto (como por ejemplo, los que juegan del lado del derecho privado, vinculado a la realidad social y económica, en contra del equipo del derecho público, que pretende la evolución hacia mayores niveles de justicia social). Estas concepciones están fundamentadas por las distintas normas y doctrinas que determinan las posibles direcciones de cambio (por ejemplo, como se mencionó en el capítulo anterior, “no hay más regreso detrás de Kant” o “la ciencia jurídica se limitó a lo que es objetivo en sentido estricto”). Sin embargo, estas doctrinas no contienen en sí la dinámica del cambio (el que se opte por no regresar antes de Kant es una posibilidad entre otras), por lo que es necesario atender a las relaciones objetivas entre agentes e instituciones en competencia. Los agentes e instituciones se encuentran además en luchas ligadas a los propios intereses de cada posición al interior del campo (por ejemplo, jueces y litigantes). Estas luchas se dan en el lenguaje teórico, pero es necesario atender a la fuerza o poder que cada agente tiene, dónde le viene ese poder y cómo lo mantiene.

Es de notar, a la luz de estos dos puntos, que los agentes e instituciones que no ponen sus peticiones en la forma jurídica no enfrentan sus concepciones sobre la forma jurídica, pues de hecho no pueden entrar al campo.³⁴

3. En el campo jurídico operan reglas que determinan la conducta de los agentes e instituciones. Estas reglas se caracterizan por definir lo que les está o no permitido hacer y se presentan con un doble efecto: aparecen como neutras y necesarias para la administración de justicia y, al mismo tiempo, contribuyen a que el espacio se mantenga estable en cuanto a la

³⁴ Los usos y costumbres de los pueblos indígenas entran en discusión cuando algún investigador los mete al campo. De hecho, se reconocen como jurídicas hasta que una norma de derecho objetivo (en caso reciente, la Constitución) las acepta para dirimir controversias. En la clase de teoría jurídica se nos enseñó, y es lo que se argumenta en juicios, que las costumbres sólo se pueden alegar cuándo alguna ley las reconoce como válidas para crear derechos y obligaciones, pero en general nadie puede alegar costumbre en contrario para desobedecer alguna norma jurídica.

distribución de poder en su interior. Es necesario señalar que las reglas del campo jurídico presentan características propias, ya que otros campos pueden tener distintas reglas.

4. Las reglas de distribución del poder cambian y esto produce que también cambie la forma en que interactuarán los participantes en el futuro. Es decir, al cambiar las reglas cambia la fuerza o poder de los agentes dentro del campo jurídico, así como las reglas de distribución del poder hacia el futuro.
5. Existe una fuerte correspondencia entre el poder al interior del campo jurídico y la posición de los agentes en instituciones en el espacio social.

El campo jurídico es, entonces, un espacio de competencia y conflicto (como campo de fútbol) en el que los participantes aceptan sus reglas y compiten porque les interesa ganar algo que consideran valiosos y que se obtiene por jugar en dicho campo. Con el concepto de “capital” Bourdieu define la finalidad del juego, lo que se busca conseguir al jugar, lo que se considera valioso, y aquello con lo que se juega en el campo. El capital que buscan y el capital con que cuentan los participantes en el campo jurídico es un capital económico, político, cultural (poseer un tipo de información valorada y limitada) y social (poseer relaciones como una especie de recurso –conocer al juez-). Junto con estos capitales existe el capital jurídico, que es una forma de capital cultural propia del campo jurídico y que toma en muchas ocasiones la forma de capital simbólico:

“El capital simbólico se crea cuando una forma de capital se reconoce mediante categorías de percepción que reconocen su lógica específica o, si se prefiere, como el desconocimiento de su arbitrariedad en su posesión o acumulación” (BOURDIEU, 2003, pág. 191).

Para jugar y ganar en el campo jurídico se debe aceptar la racionalidad jurídica específica. La idea de campo nos remite, entonces, a la formación y mantenimiento de las reglas de juego. La cuestión se complica un poco, ya que estas reglas de juego no son formuladas de manera expresa sino que se

encuentran “incorporadas” en los jugadores; se juega sin conocer las reglas, casi sin saber que están jugando. Lo anterior nos conduce al concepto de “hábito”, que es propio de Bourdieu y que define, en general, como:

“Sistemas de disposiciones duraderas y transferibles... predisuestas a funcionar... como principios de generación y estructuración de prácticas y representaciones que pueden ser objetivamente reguladas y regulares, sin ser en ningún caso el producto de obediencia a reglas... pueden ser colectivamente orquestados sin ser el producto de la acción orquestante de un director” (BOURDIEU, 2003, pág. 206. 207).

Los hábitos jurídicos son categorías de percepción y de apreciación que, a su vez, estructuran la forma de percibir y apreciar (valuar o valorar) los conflictos ordinarios transformándolos en confrontaciones jurídicas.

Como se comentó con anterioridad, el derecho es para Bourdieu la forma de violencia simbólica legítima por excelencia. Con los anteriores elementos se puede entender que esta violencia es un efecto de desconocimiento que conlleva la acumulación de capital jurídico de manera arbitraria; es la fuerza de imposición de una forma de capital que tiene de suyo la negación, ocultación y dominación a un mismo tiempo, ya que el derecho da forma a prácticas que por el derecho se reconocen como convenientes, legítimas, necesarias. El capital jurídico que se encuentra en juego en el campo jurídico es por el monopolio a decir qué es derecho (BOURDIEU, 2003, pág. 191).

En el texto de Bourdieu, el formalismo jurídico (en la teoría como en la práctica) es la base a través de la cual se construye el monopolio por decir derecho. Es mediante el formalismo jurídico que se defiende la existencia de un derecho autónomo, neutral y capaz de dar soluciones justas y legitimadas en el uso de principios universales. Mediante la práctica formalista el lenguaje jurídico queda vaciado de contenidos políticos o éticos, aparentemente, y aparece como una forma neutral y universal por la propia construcción del razonamiento; pero el puro

lenguaje (es decir, las normas y argumentos jurídicos) no basta para mantener la creencia de la neutralidad y autonomía. Es necesaria la teoría jurídica como:

“una estructura global que tenga a un mismo tiempo las características de ser racional y poder ser racionalizante para poder mantener la creencia en la neutralidad y validez del derecho” (MORALES, 2003, pág. 73).

La teoría jurídica se vincula con la práctica jurídica y dota a ésta de su apariencia cuasi científica (por ejemplo, conclusiones lógicas a partir de hechos probados). Para Bourdieu, las prácticas y discursos jurídicos son el producto del juego o funcionamiento de un campo que se encuentra doblemente determinado:

“en primer lugar, por las relaciones de fuerza específicas que le confieren su estructura y que orientan las luchas o, con mayor precisión, los conflictos de competencia que se dan en él; en segundo lugar, por la lógica interna de las condiciones jurídicas que limitan en cada momento el espacio de lo posible, y con ello el universo de soluciones propiamente jurídicas” (BOURDIEU, 2003, pág. 159).

La interpretación jurídica y la teoría que sustente dicha interpretación, por ejemplo, quedarían determinadas por los anteriores factores que, en teoría, se pueden analizar y describir en un momento dado.

La exposición que sigue desarrollará esta doble determinación tomándola como cierta. Adelantando conclusiones, el aporte que la crítica de Bourdieu tiene para la tesis es llevar el tema del fundamento del derecho a la manera como se mantiene. Su crítica descubre que el derecho racional, como se planteó en el capítulo anterior, esconde relaciones de poder y adquisición de capital. El derecho aparece determinado y fundamentado por un juego de poder arbitrario. Su crítica descubre la arbitrariedad de la razón jurídica y su insuficiencia como fundamento del derecho.

Bourdieu concluye su estudio con el siguiente párrafo que, mediante la exposición que le sigue, me parece clarifica su método y forma de estudio así como las conclusiones a las que llegará:

“El hecho de que la producción jurídica, como otras formas de producción cultural, se lleve a cabo en un campo está en el origen de un efecto ideológico de desconocimiento que los analistas corrientes dejan inevitablemente escapar al referir directamente las “ideologías” a funciones colectivas o a las intenciones individuales. Los efectos que se engendran en el seno del campo no son ni la suma puramente aditiva de acciones anárquicas ni el producto integrado de un plan concreto. La competencia que produce esos efectos se ejerce al interior de un espacio capaz de imprimir en ella tendencias generales, ligadas a presupuestos inscritos en la estructura misma del juego del que constituyen la ley fundamental... La función de mantenimiento del orden simbólico que el campo jurídico contribuye a asegurar es –al igual que la función de reproducción del propio campo, sus divisiones y sus jerarquías, y del principio de visión y de división que es su fundamento- el producto de incontables acciones que no tienen por fin el cumplimiento de esa función y que pueden incluso inspirarse en intenciones opuestas, como los proyectos subversivos de las vanguardias que contribuyen, en definitiva, a determinar la adaptación del derecho y del campo jurídico al nuevo estado de relaciones sociales y a asegurar así la legitimación de la forma establecida de estas relaciones. Es la estructura del juego- no un simple efecto de agregación mecánica- lo que está en el origen de la trascendencia, revelada por los caso de inversión de las intenciones, del efecto objetivo y colectivo de las acciones acumuladas” (BOURDIEU, 2003, págs. 219, 220).

2. “Elementos para una sociología del campo jurídico.”

2.1 División del trabajo jurídico; la apariencia de neutralidad, universalidad y sublimación de la razón jurídica (BOURDIEU, 2003, págs. 160-180).

El derecho, con su sistema de normas y prácticas, aparece como fundado a priori en la equidad de sus principios, la coherencia de sus formulaciones y el rigor de sus aplicaciones. Aparece como partícipe de la lógica de la ciencia y de la moral, y se entiende capaz o con justificación de imponer universalmente su reconocimiento.

Los conflictos o luchas sociales al pasar por el derecho se someten a los agentes del derecho y estos agentes luchan al interior del campo jurídico para hacer ganar su causa. En esta rivalidad de los profesionales del derecho surge una lógica espontánea que trae consigo la base de la racionalidad jurídica y la regla número uno del campo jurídico: la actitud universalizante.

Esta actitud resulta porque, en el campo jurídico, los litigios y las sentencias se presentan bajo la forma racional, como si fueran una deducción lógica de determinados principios o la interpretación de una ley. Toda sentencia jurídica, entonces, se nos presenta como imparcial y como si sus criterios sirvieran para todos los casos, no obstante que la historia demuestre que la razón jurídica cambia.

Al interior del campo jurídico observamos una división del trabajo determinada por la rivalidad, estructuralmente reglada, entre las instituciones y agentes que toma la forma de litigio, es decir, una lucha por la interpretación del derecho. Bourdieu determina que la verdadera lucha al interior del campo jurídico es por establecer la razón jurídica que dominará, es decir por el monopolio a decir que es derecho.³⁵

³⁵ La razón jurídica es una forma de dominación brutal, ya que somete a todas las individualidades. ¿Qué puede decir un juicio subjetivo ante la razón? La ciencia jurídica busca que sus resultados sean independientes de las valorizaciones individuales.

La lucha por el monopolio del derecho a decir derecho es una lucha de los agentes que se encuentran investidos de una competencia social y técnica (especialistas del derecho) por establecer el buen orden o la buena distribución. Esta lucha aparece como una lucha en la capacidad de interpretar³⁶ las normas, en el entendido que las normas consagran la visión recta del mundo social. Lo anterior trae consigo el aceptar la autonomía del derecho respecto de las presiones sociales o externas. La competencia técnica de los especialistas del derecho radica, sobre todo, en la capacidad argumentativa de los recursos jurídicos heredados del pasado (jurisprudencias y doctrinas); lo que favorece un trabajo de racionalización que produce sentencias más cargadas de derecho (de razonamientos apegados y derivados de las normas y el derecho). Esto tiene el efecto de intensificar la separación entre profanos y especialistas, así como de hacer que el sistema jurídico aparezca a los que lo imponen y a los que lo padecen como totalmente independiente de las relaciones de fuerza que sanciona y consagra. El derecho registra las relaciones de fuerzas y ratifica las conquistas de los dominadores (ejemplo, nuestra constitución “liberal”). Con este registro y ratificación, las relaciones de fuerza se convierten en recurso jurídico argumentativo para las futuras generaciones, en la forma de leyes o doctrinas. Sin embargo, estas leyes aparecen fundadas no el hecho histórico sino en la equidad de sus principios, la coherencia de sus formulaciones y el rigor de su aplicación. Aparecen como fundadas a priori en su necesidad lógica y ética, y por ello capaces de imponer universalmente su reconocimiento.

No obstante, la verdadera base del sistema de normas y prácticas, para Bourdieu, se encuentra al interior del campo jurídico en una:

“división del trabajo que se determina mediante la rivalidad estructuralmente reglada entre los agentes y las instituciones comprometidos en ese campo, fuera de toda concentración consciente” (BOURDIEU, 2003, pág. 161).

³⁶ Actualmente ya no se habla de la interpretación como si se estuviera desentrañando el sentido de la ley, sino que se habla de una argumentación basada en la ley aplicable y el derecho (entendido como sistema más o menos coherente).

Rivalidad que, como ya vimos, es en el fondo una lucha por el monopolio a decir derecho. Lo importante para Bourdieu es hacer notar que la lucha por este monopolio se da al interior del campo y con las reglas del mismo.

La interpretación jurídica, que es la forma como aparece la lucha al interior del campo, se encuentra limitada por los fines prácticos del derecho (no es como la interpretación literaria, no es tan abierta³⁷), por la jerarquía propia del campo jurídico (la Suprema Corte tiene la última palabra), así como por la necesidad de que la interpretación se dé de manera reglada (no vale cualquier interpretación, se deben utilizar jurisprudencias, además que se debe respetar la lógica) sobre normas unánimemente reconocidas, con lo que aparece como no arbitraria:

“Al igual que la Iglesia y también la Escuela, la Justicia organiza no sólo las instancias judiciales y sus poderes según una estricta jerarquía, y por lo tanto también las decisiones y las interpretaciones que se autorizan mediante ellas, sino también las normas y las fuentes que otorgan autoridad a esas decisiones” (BOURDIEU, 2003, pág. 163).

Lo anterior provoca que el campo jurídico funcione como un aparato, con prácticas cohesionadas que se orquestan espontáneamente. Al parecer un aparato, el derecho parece como fundamentado en sí mismo, en su propia lógica (por ejemplo, en una norma fundamental de donde se deducen o validan las de inferior rango). Además, los juristas tienden a conferir a la razón jurídica y a la visión del orden social que ésta produce un fundamento trascendental:

“como el lugar de actualización de una razón universal (o científica) que no debería nada a las condiciones sociales dentro de las cuales se manifiesta” (BOURDIEU, 2003, pág. 164).

³⁷ Lo anterior contradeciría la posición de Dworkin, el derecho como creación literaria, y estaría a favor de la descripción que realiza Hart que concluye que los enunciados del derecho se deben tomar como enunciados “realizativos”, de conformidad a lo expuesto en el capítulo anterior. Sin embargo, me parece que lo que se quiere realizar no es sólo o en última la pretensión jurídica concreta. El abogado quiere ganar el caso porque es su trabajo, independientemente de la interpretación, así como el juez quiere hacer su trabajo.

Es curioso notar como el cuerpo de juristas casi no tiene reparos en convencerse de que el derecho encuentra su fundamento en sí mismo. En el campo jurídico opera una lógica producida por los efectos de apriorización, neutralización y universalización. Estos efectos se pueden observar con claridad en el lenguaje jurídico que impregna los argumentos y manifestaciones con una retórica de impersonalidad, neutralidad y universalidad (“a quién cometa adulterio”, “todo condenado”, “con la diligencia de un buen padre de familia”, “a confesión de parte, relevo de prueba”, etc). Esta retórica es la expresión misma de todo el funcionamiento jurídico. Lo que se llama “sentido jurídico” consiste precisamente en esta lógica propia del campo jurídico, que es una forma específica de juicio:

“deducción consecuente tomada a partir de un cuerpo de normas sostenido por su coherencia interna” (BOURDIEU, 2003, pág. 167).

Lo anterior conlleva una actitud universalizante en el común de los agentes jurídicos, a pesar de las fuertes diferencias entre ellos, que permite la cohesión y complicidad interna. Estos efectos de apriorización, neutralización y universalización, que se convierten en actitudes de los agentes y conducen a la elaboración de un cuerpo de reglas y procedimientos con pretensiones universales, son el producto de la división del trabajo al interior del campo jurídico, dada por la rivalidad reglada pero inconsciente de los agentes.

La división del trabajo resulta por la rivalidad entre las diferentes formas de competencia profesional (jueces, abogados, notarios, profesores, etc.), que conllevan diferentes posturas sobre el derecho (algunos privilegian el derecho social, otros el particular). La rivalidad es una lucha simbólica (por la acumulación de conocimiento, prestigio, títulos, autoridad) en la que se enfrentan definiciones diferentes del trabajo jurídico como si se trataran de interpretaciones autorizadas de los textos canónicos. En cuanto a que se trata de una lucha simbólica se puede decir que se trata de una lucha por el capital simbólico. Como se expuso en la introducción, es un tipo de capital de información valorada y limitada (como el “know how”) acumulada de manera arbitraria por el desconocimiento de los otros,

mediante la apariencia de una “lógica” específica del derecho. Es decir, que la forma como se juega al interior del campo jurídico está dada por el capital simbólico que se encuentra en juego; un capital que de suyo implica el poseer una información desconocida por otros y cuyo valor está dado por el desconocimiento de los otros.

Me parece que el acento se encuentra en el desconocimiento de la arbitrariedad de la posesión de dicha información. La arbitrariedad resulta porque esa información, de hecho, fue puesta por alguien (alguien determinó el “how” y por obviedad resulta que posee el “know how”), pero fue puesta de tal manera que parece una “lógica” específica del campo jurídico. Es decir, se puso como una definición derivada de lo que es derecho. De hecho, por las propias reglas del campo, si no se pone como una definición (como lógica específica), no “vale”. Si no apareciera como una “lógica” o “razón” específica del campo jurídico no se podría confabular el desconocimiento de la arbitrariedad en su posesión. De lo que resulta que:

“la significación práctica de la interpretación no se determina sino dentro de la confrontación entre los deferentes cuerpos animada por intereses específicos divergentes” (BOURDIEU, 2003, pág. 169).

Los agentes, además, pueden poner sus competencias jurídicas al servicio de su clientela o del tipo de clientela que tengan, es decir, de quienes les paguen³⁸. Bourdieu hace notar que la autonomía, la neutralidad y la universalidad son la base real del pensamiento y las prácticas del campo y son, además, la expresión del trabajo de racionalización al cual el sistema de normas jurídicas se encuentra sometido. Independientemente de la postura que tenga el agente (teórico o

³⁸ Cada agente defiende una posición teórica respectiva y, en general, se pueden agrupar en “teóricos” y “prácticos”. “La forma misma del cuerpo jurídico, especialmente su grado de formalización y de normalización, depende sin duda muy estrechamente de la fuerza relativa de los “teóricos” y de los “prácticos”, de los profesores y de jueces, de exegetas y de expertos, dentro de las relaciones de fuerza características de un estado del campo (en un momento dado dentro de una tradición jurídica determinada) y de su respectiva capacidad para imponer su visión del derecho y su interpretación” (BOURDIEU, 2003, pág. 169).

práctico, positivista o iusnaturalista), la racionalización jurídica consiste en esta actitud universalizante que de hecho cohesiona al conjunto de agentes al interior del campo, aunque se encuentren en competencia por la producción y venta de servicios jurídicos. El cuerpo de intérpretes se encuentra, además, fuertemente cohesionado por:

“la disciplina de un cuerpo jerarquizado que utiliza procedimientos codificados de resolución de conflictos entre los profesionales dedicados a la resolución reglada de conflictos... (Este grupo de intérpretes tiende a conferir la apariencia de un fundamento trascendental) tanto a las formas históricas de la razón jurídica como a la creencia en la visión de orden social que ellas producen” (BOURDIEU, 2003, págs. 163,164).

Por esto el cuerpo de juristas casi no tiene reparos en convencerse de que el derecho encuentra su fundamento en sí mismo. Como ejemplo, pongamos una disputa entre los actores representantes del gobierno de la ley (abogados) sobre el poder de los representantes de la reglamentación burocrática (funcionarios públicos). ¿Qué sutilezas argumentativas resultarán de mayor peso y por qué? En teoría, el asunto se resolverá en un juicio donde se valorarán los argumentos de manera neutral, pero el detalle está en los criterios que se tienen para valorarlos, es decir, en la razón jurídica que se tomará como fundamento para resolver el conflicto. Los funcionarios bien pueden argumentar el interés social y los abogados el respeto a las garantías individuales. Existirá una pugna de intereses que probablemente llegue con los jueces, porque ellos son los que decidirán cuál criterio es el adecuado. Pero los jueces no parten de la neutralidad absoluta, pues ¿quién pone a los jueces, quién determina quién es juez, dónde se educaron y qué les enseñaron? Los actores en pugna de manera inconsciente pueden buscar ir abarcando en la historia los espacios de educación, por ejemplo, para inculcar sus criterios sobre los futuros jueces. Abarcarán también los otros espacios ³⁹con

³⁹ Como en la actualidad, el debate en torno al alcance del amparo fiscal y la reforma a la ley tratándose de amparos fiscales. En una conferencia de una barra de abogados, el presidente hizo un llamamiento a la unidad de los barristas como la manera de evitar la susodicha reforma del amparo fiscal. Estos debates nos sirven

el objetivo de ganar el monopolio por decir qué es derecho y qué es el derecho. El resultado del debate no será un pronunciamiento del tipo “nosotros, por haber sido educados por el Estado, fallamos a favor del derecho social”, sino que se presentará con la neutralidad propia de la racionalidad jurídica “si bien las garantías individuales se traducen en derechos de los particulares, la intención del legislador no debe entenderse como sobreponer los derechos particulares sobre los derechos sociales, ya que es claro que los derechos sociales son uno de los límites reconocidos en nuestra Constitución a los derechos particulares...” Notemos como, independientemente de si gana el derecho social o el derecho privado, la sentencia se presenta dentro de esta actitud universalizante, como si fuera una conclusión lógica de la interpretación jurídica, como si la interpretación no dependiera de los conocimientos, valores e intereses de los intérpretes; y que se presenta, además, como una verdad “en última instancia” para todos y en nombre de la colectividad. La complicidad de la que habla Bourdieu aparecerá cuando los doctrinistas y juristas incorporen las decisiones de los jueces a la teoría jurídica, incluso con modificaciones a la misma teoría.⁴⁰ La lucha al interior del campo es por esto una lucha por el monopolio a decir qué es derecho o, si se prefiere, por el tipo de racionalidad jurídica que se impondrá en la resolución de los litigios o en la argumentación jurídica.

El resultado del debate, al presentarse como una conclusión lógica o dentro de los parámetros de la racionalidad jurídica, convierte a los adversarios del ejemplo anterior (y a todos los actores del campo jurídico) en cómplices del sistema jurídico, que dota de autoridad y legitimidad a los actos singulares. Ello explica también:

“la débil inclinación de los hábitos jurídicos a las poses y a las posturas proféticas y, al contrario, la propensión, especialmente visible en los jueces

mucho para analizar el lugar que ocupan y el poder con que cuentan los actores jurídicos, cuando versan, como en el ejemplo anterior, sobre el lugar concedido a los recursos jurídicos en el universo de las acciones posibles, especialmente en materias reivindicatorias.

⁴⁰ Recordemos lo expuesto en el capítulo anterior sobre cómo, independientemente de la contingencia jurídica, la teoría parece como inamovible.

al papel de “lectores” que se refugian cuando menos detrás de la apariencia de una simple aplicación de la ley y que cuando se encuentran en el acto de creación jurídica tienden a disimularlo⁴¹... el juez de primera instancia (o en los últimos eslabones, el policía o el guardia de prisiones) se encuentra ligado al teórico del derecho puro y al especialista de derecho constitucional por una cadena de legitimidad que elimina de sus actos la característica de violencia arbitraria” (BOURDIEU, 2003, págs. 173-173).

Bourdieu señala que para quienes no participan de manera directa en el funcionamiento del campo es difícil su adhesión o creencia en su fundamento racional en esta ciencia jurídica, que se define por un método deductivo propio, consistente en la subsunción del caso particular dentro de la regla general. En la práctica parece que no hay dos casos perfectamente idénticos; por lo que la pretendida aplicación de una regla del derecho al caso particular es, en realidad, una confrontación de derechos en los cuales el tribunal debe escoger.

La interpretación jurídica, aunque lo niegue o no lo pretenda por suponerla fruto de la razón, causa una historización de la norma al estarla adaptando a las circunstancias nuevas, descubriendo en ellas posibilidades inéditas y dejando a un lado lo caduco. Las normas poseen una extraordinaria elasticidad que llega incluso a la indeterminación. El “estado de derecho”⁴² bien puede servir como

⁴¹ Por ejemplo, es común el principio basado en la teoría de división de poderes de que la Corte y los Tribunales no deben, al emitir jurisprudencias, legislar o crear derecho. Lo anterior ha venido a menos con la aceptación de las lagunas de la ley y la obligación de resolver pese a éstas, con lo que se amplían los criterios de interpretación que se disimulan menos la creación jurídica. A su vez, los teóricos tienen que incorporar los anteriores criterios al sistema para asegurar la coherencia y constancia del conjunto sistémico que postula ser el derecho positivo. Comentado de paso, algunas posiciones teóricas del derecho modernas ya han dejado de referenciar la actividad jurídica como interpretación de la ley, apuntando ahora a la argumentación basada y constreñida por la ley y la doctrina; ya admiten la creación jurídica aunque disimulada.

⁴² “La expresión <Estado de Derecho> es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Contiene, sin embargo, una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o una fórmula mágica, como se ha dicho para denunciar un cierto abuso de la misma. El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos... Semejante concepto es tan abierto que todas las épocas, en función de sus exigencias, han podido llenarlo de contenidos diversos, más o menos densos, manteniendo así continuamente su vitalidad” (ZAGREBELSKY, 1999, pág. 21). Como se ha señalado con anterioridad, una

base para legitimar una manifestación o para despedazarla (junto con las personas dentro de ella). El derecho es un instrumento dócil y adaptable que puede estar dirigido, en la práctica, para la racionalización de decisiones en las que no tuvo parte alguna. Los profesores, jueces y abogados disponen, en distinta medida, del poder de explotar esta polisemia del derecho. Pueden recurrir a la no aplicación de una ley que entendida literalmente debía ser aplicada, o aplicar una ley que, en el sentido común, no debía ser aplicada.

La interpretación jurídica no es un acto realizado por un individuo solitario, preocupado por producir una aplicación de la regla o de legitimar una decisión mediante la razón jurídica:

“En realidad, el contenido práctico de la ley, que se revela en la sentencia es la culminación de una lucha simbólica entre profesionales dotados de competencias técnicas y sociales desiguales; por ello, son desigualmente capaces de poner en marcha los recursos jurídicos disponibles mediante la exploración y explotación de “reglas posibles” e igualmente desiguales a la hora de utilizar esos recursos eficazmente, es decir, como armas simbólicas, para hacer triunfar su causa” (BOURDIEU, 2003, pág. 180).

El significado real de las normas se determina en la relación de fuerzas específicas entre los profesionales, que implica en buena medida la de sus clientes. Por esto se dice que ningún caso es igual, ya que ninguna ley es aplicada a los mismos afectados, ni por los mismos abogados, ni el mismo juez.

parte de las posturas contemporáneas tienden a incorporar las valoraciones (y no sólo la subsunción a la norma) como una manera natural de interpretar el derecho y como una consecuencia del desarrollo del positivismo. Este desarrollo teórico es posterior al análisis de Bourdieu. Se podría argumentar que a pesar del desarrollo, los elementos expuestos por Bourdieu no se modifican o sólo lo hacen parcialmente. Sin embargo, es necesario una investigación o un diálogo que permita dar cuenta de la vigencia de Bourdieu en el desarrollo actual del derecho. Como se sostiene en esta tesis, Bourdieu no da cuenta de la intención del derecho de evitar la arbitrariedad, y está será retomada en el tercer capítulo en el diálogo con la filosofía. De cualquier manera, la autonomía pretendida por el positivismo y que se patentiza en la postura corriente del derecho no requiere de una referencia expresa a esta intención de evitar la arbitrariedad. En su manifestación, la racionalidad jurídica niega su intención de evitar la arbitrariedad pues la autonomía se sostiene en la medida en que el derecho se fundamenta en sí mismo, se da valor a sí mismo o se hace autorreferente.

La racionalidad jurídica únicamente concede a las decisiones la “eficacia simbólica” para que se reconozca como legítima, para ignorar su arbitrariedad:

“El fundamento de esta eficacia reside, al menos en parte, en el hecho de que la sensación de necesidad lógica sugerida por la forma tiende a contaminar el contenido” (BOURDIEU, 2003, pág. 180).

Es decir, que la forma incide en el contenido de tal manera que puede legitimar lo arbitrario. Además, los actos del derecho resultan exaltados por una especie de ritual –lectura de textos, valoración de pruebas, análisis, proclamación de conclusiones, etc.- que terminan en una sublimación.

2.2 El Establecimiento del Monopolio; el espacio jurídico (BOURDIEU, 2003, págs. 181-195).

Supongamos que dos personas tienen un conflicto por una deuda de dinero. Se contrata los servicios de un abogado para que, a través del juicio, se pueda acceder al uso de la fuerza legítima (policías). Estas personas en conflicto se convierten en clientes de los abogados, quienes traducirán el conflicto a sus términos legales para que sea resuelto en el espacio jurídico. Los jueces resolverán el litigio entre las ahora “partes” del juicio determinando cuál es la verdad jurídica, es decir, cuáles son los hechos probados, la norma aplicable y las consecuencias jurídicas.

Bourdieu analiza que el establecimiento de un espacio jurídico, entendido como el lugar donde se dirimen controversias jurídicamente, en realidad implica la creación de una frontera entre los profesionales del derecho y los demás particulares, que quedan excluidos de este espacio por no poder operar el cambio mental y lingüístico necesario para jugar dentro del campo. Por lo tanto, la entrada a este espacio incluye el dominio de un conocimiento que resulta, a veces, contrario a las recomendaciones del sentido común. Este dominio de conocimientos y técnicas,

que se puede traducir en la racionalidad jurídica, descalifica el sentido de equidad y la visión espontánea de los hechos para transformarlos en argumentos jurídicos. Por lo mismo esta separación fruto del espacio jurídico es el fundamento de una desposesión de la verdad común de los particulares a favor de la verdad jurídica que únicamente poseen los profesionales.

El espacio jurídico es un espacio de neutralización de los intereses en conflicto mediante la abstracción de la realidad y distanciamiento de los enfrentados por el uso de normas, referentes y mediadores que dialogan de manera desinteresada (abogados, jueces). El litigio aparece como un proceso dirigido a la verdad por la supuesta aplicación racional y desinteresada de una norma universal “científicamente” probada o legitimada.

La decisión judicial o sentencia condensa toda la ambigüedad del campo jurídico; es un compromiso político entre exigencias irreconciliables que se presentan finalmente como una síntesis lógica de tesis antagónicas. A su vez, la entrada en el espacio jurídico (para obtener la sentencia) implica la aceptación tácita de la ley fundamental del espacio jurídico: que los conflictos sólo se pueden resolver jurídicamente.

El resultado es la redefinición de la experiencia ordinaria para la construcción de una realidad nueva mediante la abstracción de lo que resulte favorable o desfavorable en lo ordinario para la causa legal. Esto es, encuadrar la realidad para que pueda ser objeto de un debate jurídico. El derecho, como ciencia, realiza la construcción de su objeto para colocarlo dentro de las categorías legales y llegar a una verdad jurídica. Colocarlo en las categorías legales implica la referencia a normas, doctrinas, precedentes, jurisprudencias y las estrategias de litigio que crean una distancia con las creencias y experiencias ordinarias y subjetivas. Esta distancia convierte al conflicto originario en un hecho jurídico objetivo que podrá ser resuelto de manera neutral. Observemos como el fundamento de las decisiones jurídicas aparece, por esto, como un fundamento racional que conlleva la afirmación de la autonomía y especificidad del

razonamiento jurídico. Pero lo anterior, ya lo vimos, implica el distanciamiento o separación de las partes en conflicto que por no poseer los conocimientos “científicos” dejan su conflicto en manos de los profesionales, que ahora tiene poder para dirimir el conflicto (que es una forma, a su vez, de distribuir los bienes) mediante la supuesta revelación de los derechos subjetivos a proteger.

“Los profesionales tienen, en definitiva, el poder de manipular las aspiraciones jurídicas, de crearlas en ciertos casos, de amplificarlas o de disuadirlas en otros. Es así también que los profesionales crean la necesidad de sus propios servicios al constituir en problemas jurídicos los problemas expresados en el lenguaje ordinario” (BOURDIEU, 2003, pág. 190).

Notemos como el establecimiento del campo jurídico es inseparable de la instauración del monopolio de los profesionales sobre la producción y comercialización de esta especie de producto que son los servicios jurídicos. Así mismo, esta aptitud jurídica es un poder que permite controlar el acceso al campo jurídico mediante la determinación de los conflictos que merecen entrar en él y la forma específica que deben revestir para constituirse en objetos del debate jurídico. Posiblemente, el mayor poder de los profesionales del derecho descansa en dos puntos: la supuesta resolución del conflicto entre las partes al traducirlo en hechos jurídicos neutrales donde lo que se está dirimiendo es la verdad jurídica, es decir, la posibilidad de decir “racionalmente lo justo o el derecho”, y; la omnipresencia del derecho, que por esta racionalidad neutral es capaz de legitimarse para resolver cualquier conflicto.

Me parece que el derecho encuentra la legitimidad teórica de su operar en su fundamento racional, pero esta racionalidad produce la separación de los legos del campo jurídico y la desposesión de la capacidad para dirimir conflictos, dejándola en manos de los profesionales. Éstos se encuentran movidos por intereses específicos que resultan en general ajenos a los intereses de las partes en conflicto. Cada conflicto lleva consigo la redistribución de bienes y capacidades, y

con esto entenderemos el capital o poder que tienen los profesionales del derecho.

2.3 El poder de nombrar; hacer el mundo social (BOURDIEU, 2003, págs. 196-201).

En el campo jurídico hay una lucha de puntos de vista singulares, cognitivos y valorativos, que concluye abruptamente mediante la sentencian de la autoridad. Es una lucha por hacer realidad la visión particular del mundo, en la que además está en juego el monopolio del poder para imponer el principio del conocimiento del mundo social⁴³. Lo anterior debido a que las normas jurídicas que se crean y la interpretación de las mismas quedan como principios que trascienden lo particular para poderse imponer a todas las personas. Esto es porque la sentencia proclama la verdad en “última instancia” y de manera pública: en nombre de todos y enfrente de todos. Además, el derecho pronuncia esta verdad, en “última instancia”, sobre cuestiones que versan sobre los constitutivos de toda sociedad (matrimonio, asociaciones, intercambios, disoluciones, etc.).

Lo declarado por el derecho es una manera de nombrar cosas (esto es una sociedad, esto es un delito, esto un matrimonio, etc.) de manera permanente. Por esto, lo declarado por el derecho es como una creación de objetos ya que además de la permanencia sus declaraciones producen efectos que van más allá de lo declarado (el rechazo del delincuente, la aceptación del divorcio, las múltiples defensas de la propiedad). Bourdieu afirma que en buena medida el derecho hace al mundo social.

⁴³ Foucalut, en su trabajo “La verdad y las formas jurídicas” hace notar como la manera como se imparte justicia o se resuelven los conflictos, esto es, las formas como se llega a la verdad jurídica, trascienden el espacio jurídico para convertirse en formas paradigmáticas de llegar a la verdad. Por ejemplo, el caso de la encuesta realizada por los representantes del rey para castigar a los delincuentes (quién hizo qué y en qué momento) se convierte en el método para investigar que puede ser usado legítimamente por otras ciencias como la Zoología (FOUCAULT, 1985).

La eficacia del derecho, su fuerza para nombrar, radica en que se ajusta a lo preexistente, consagrándolo (por producir efectos y ser criterio de verdad). Con esto el derecho se legitima a sí mismo, como si sus declaraciones fueran ley de la historia, de la naturaleza o una consecuencia científica. La eficacia del derecho depende en buena medida de su reconocimiento social, aunque sea tácito o parcial, por ser una respuesta a necesidades e intereses concretos.

2.4 La fuerza de la forma; eficacia práctica del derecho (BOURDIEU, 2003, págs. 202-215).

Para comprender qué es el derecho debemos buscar dentro de la lógica propia del trabajo jurídico, en lo que tiene de más específico. Para Bourdieu, lo propio del derecho es la formalización entendida como discurso abstracto y coherente. La eficacia del derecho depende de la eficacia de esta formalización. Como ya se expuso, la coherencia y abstracción la adquiere el derecho mediante la referencia a lo preexistente y a la universalización teórica. Sin embargo, a esta universalización “teórica”, que la encontramos en la doctrina y el procedimiento jurídico, debemos agregar la universalización “práctica” que depende de la complicidad de los que aplican las leyes.

Para que la eficacia simbólica funcione se debe desconocer la parte grande de arbitrariedad que posee el derecho; la creencia en el orden jurídico se debe reproducir sin cesar y esta reproducción se consigue mediante la aplicación cotidiana de ley por las autoridades (en primer lugar, por las ejecutivas, que “hacen los que el derecho les dice que hagan”). Esta aplicación, de fondo, busca la adhesión de los profanos a los fundamentos del campo jurídico: universalización, neutralidad y autonomía.

La formalización, por su parte, depende en buena medida de la escritura, ya que permite el comentario universalizante, que da pie a principios universales y permite la transmisión objetiva y generalizada más allá de las fronteras espacio

temporales. Con la escritura se favorece también la autonomía de la ley, que se interpone entre los comentadores o intérpretes y la realidad.

La formalización escrita, que en el derecho aparece como codificación, sirve para garantizar que el futuro será a imagen del pasado, que las transformaciones serán pensadas y habladas en un lenguaje de conformidad con el pasado. De aquí se puede pasar a la aplicación constante de la ley que la convertirá en práctica universal. Se puede decir que las leyes se convierten en derecho cuando la sociedad se deja o ha aceptado formarse por ellas.

Si consideramos que la formulación de los principios se llevará a cabo por una parte de la sociedad que tiene la capacidad de formalizarlos e imponerlos, resulta que una vez dada la formalización se generará un efecto de normalización de la sociedad (que los usos y costumbres de los “dominantes” sean aceptados como legítimos). La formalización también puede generar el efecto de oficialización (hacer posible una conducta tabú, como el divorcio), así como de abrir posibilidades para que a través de los procedimientos e interpretaciones se consiga un efecto distinto del principio formulado inicialmente (como el caso del amparo para no pagar impuestos o de algunas reivindicaciones sociales). Sin embargo, estas posibilidades se encuentran limitadas a que los actores posean la posibilidad de acceder al campo jurídico o de oficializar sus pretensiones.

Notemos como la formalización que parte de lo preexistente, es decir que es en general una regularización de las situaciones de hecho, tiene un “plus” con respecto a estas: claridad para su aplicación y previsibilidad. La formalización, por su abstracción, simplificación y coherencia permite a los profesionales del derecho contar con la norma, esto es, tener cierta certeza jurídica. Sin embargo, es difícil que los profanos puedan contar con la norma de la misma manera y quedan destinados a sufrir la fuerza de la forma.

2.5 Efectos de la homología; la resistencia del campo jurídico (BOURDIEU, 2003, págs. 216-227).

Bourdieu nota un efecto de homología entre la norma formalizada y los principios que le dieron origen. Es decir que los que aceptan la norma comparten los principios o valores que la hicieron surgir. Dentro del campo jurídico, además existe una homología entre los ocupantes de posiciones dominadas con sus clientes, que en el campo social suelen ser dominados, y viceversa, dominantes con dominantes. Los cambios pretendidos desde el interior del campo jurídico son atajados por la fuerza de los dominantes mientras que el campo jurídico se ve muy influenciado por el campo social (tómense todos los ejemplos de reformas de leyes). Es por esto que los partidarios del cambio jurídico suelen buscar en otros campos, como el de la ciencia o el de la política.

3. La propuesta de Bourdieu frente a las posiciones contemporáneas sobre el derecho.

El diálogo iniciado en el primer capítulo parte de las posiciones comunes que en la actualidad subsisten ante el derecho. Al hablar de las posiciones comunes como las del iusnaturalismo y positivismo, sostengo también la diferencia general respecto a la referencia moral del derecho o su independencia que distinguen a cada una de esas posiciones. Esta diferencia también puede ser expresada como el énfasis en los medios puesto por el positivismo y el énfasis en los fines por parte del iusnaturalismo. Sin embargo, contra este tipo de posicionamientos se oponen los posicionamientos de avanzada que sostienen las nuevas escuelas o posturas del derecho. Si bien esta dualidad de posicionamientos la sostengo con base en el desarrollo de mi experiencia profesional y en el debate histórico que fue narrado en el primer capítulo, es necesario aclarar que también se sostiene en la medida en que las nuevas escuelas suelen ellas mismas hacer referencia a estas posiciones comunes y manifiestan la necesidad de dejarlas atrás. En general,

también afirman la primacía del positivismo y el malestar que resulta de este posicionamiento.

Según lo expuesto en el presente capítulo y según se sugería desde el capítulo anterior, el malestar que intento exponer no es contra el posicionamiento positivista sino con el derecho en general.

Las nuevas escuelas suelen hacer referencia a las contradicciones que presenta la teoría jurídica y los avances que ha tenido el derecho en la época actual. Hablan incluso de una ideología positivista que se presenta en los practicantes del derecho y que opera como resistencia para aceptar los nuevos posicionamientos y abrirse al diálogo con otros actores o disciplinas.⁴⁴

Esta tipo de ideología no es a la que se hace referencia en esta tesis. A mi parecer, las nuevas escuelas suelen pasar por alto lo que constituye la propuesta principal rescatada en el presente capítulo: los juegos del poder al interior del derecho como la manera en que se mantiene la racionalidad jurídica.

El positivismo nace en medio del debate, con posturas en su interior que se contraponen y con la crítica constante de quienes se posicionaban como iusnaturalistas. Sin embargo, se mantuvo y se sigue manteniendo a pesar de sus insuficiencias teóricas. A mi parecer, esto resulta porque el positivismo expresa de manera simple y congruente la posición que pueden tener los agentes al interior del campo jurídico, sobre todo la significación teórica e idealizada de la autonomía jurídica.

⁴⁴ A manera de ejemplo: “Si el positivismo todavía no ha sido abandonado ni en la teoría ni en la práctica jurídica del tiempo presente, y si los juristas consideran su labor básicamente como un servicio a la ley, aunque integrada con la <ley constitucional>, no es porque aún pueda ser válido en la nueva situación, sino porque las ideológicas jurídicas son adaptables. La supervivencia <ideológica> del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originalmente las habían justificado” (ZAGREBELSKY, 1999, pág. 41). De igual manera, el texto “Dejemos atrás el positivismo jurídico” (ATIENZA & RUIZ MANERO, Dejemos atrás el positivismo jurídico, 2007) acepta que en la práctica general subsiste el posicionamiento positivista y propone dejarlo atrás.

La propuesta de Bourdieu sigue vigente pues el positivismo al que se hace referencia subsiste en la práctica general del derecho. Sin embargo, es necesario dialogar su propuesta con las nuevas escuelas del pensamiento jurídico, lo que podría ser uno de los campos de investigación abierto por esta tesis.

Algunos elementos para este diálogo podrían pasar por el novedoso papel que juega la Constitución en el derecho actual y que no fue del todo tematizado por Kelsen; la heteronomía actual del derecho que contradice los elementos de abstracción y generalidad de las normas, y; el papel crítico de la propuesta de Bourdieu frente a otras posturas críticas del derecho que pugnan por integrar elementos sociológicos a la concepción del derecho.

Sobre el novedoso papel que juega la Constitución en el derecho actual los pronunciamientos principales corresponden a la escuela neoconstitucionalista. La teoría positivista tradicional encuentra una insuficiencia pues la interpretación normalmente se realiza con base en una norma superior y en estos casos no existe otra norma de mayor jerarquía. Ante estos casos, se solía admitir la discrecionalidad del legislador, pero respetando las formas jurídicas que mantenían la actitud universal descrita por Bourdieu. Sin embargo, dado que la interpretación Constitucional resulta cada vez más común en la práctica se tiende hacia una interpretación de conformidad a los “valores” o “principios” establecidos en la Constitución que suelen ser de corte liberal y democrático. Por lo tanto, la interpretación pasa por elementos distintos a los característicos del campo jurídico, entrando en juego elementos económicos y políticos que en el discurso resultan ajenos a la mera aplicación de la ley. Entra en juego una argumentación de tipo valorativa, según lo descrito por Dworkin, y no de mera subsunción lógica. Con esto, la Constitución pugna por el respeto a diversos valores que el mero aseguramiento de la certeza jurídica. El derecho, entonces, no tendería hacia la unificación jerárquica en la ley, sino a la división o separación de los distintos componentes que integran el derecho.

La presencia de la Constitución se observa en la emisión de sentencias con base en ella. Aunque no opere la clásica subsunción a la norma como criterio general, existe una subsunción a los valores. Posiblemente esto abra al derecho al diálogo interdisciplinario a la división de ordenamientos (como manera de expresar los otros componentes del derecho que no son las leyes), pero se pasa por alto la fuerza que expresa la sentencia Constitucional como distinta a otras fuerzas (como la económica o política). Se pasa por alto que el resultado sigue siendo una sentencia como conclusión de un litigio y que el litigio se lleva por procedimientos formalizados. Por otro lado, como la misma escuela neoconstitucionalista lo sostiene, los valores expresados por la Constitución corresponden con los valores liberales y democráticos. Esto ya comporta una cierta arbitrariedad, por ejemplo con respecto a los valores de tipo social. Pero lo que me parece más importante es que la referencia a los valores no es lo que dota de valor a una sentencia. La fuerza de la sentencia radica en el ocultamiento de las relaciones de fuerza al interior del derecho para exponerse como razonamientos neutrales sobre las cuestiones planteadas por las partes. Aunque el diálogo se abra, persiste la fuerza de la forma y la lucha por el capital simbólico. Parecería que los juegos al interior del campo jurídico no se ven alterados por una referencia valorativa del derecho, pero aún así resulta necesario dar cuenta del cambio argumentativo que está operando en el derecho, de sus virtudes y posibilidades, pues es posible que esté operando un cambio en la actitud universalizante descrita por Bourdieu.

Por otro lado, es posible observar una heteronomía en los ordenamientos jurídicos que corre en paralelo con la separación de los ordenamientos de la estructura basada en la ley postulada por el positivismo tradicional. Este efecto de heteronomía se observa en la pulverización del derecho en ordenamientos parciales o sectoriales que ya no pretenden valer para siempre ni para todos:

“La época actual viene marcada por la <pulverización> del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, <de reducida generalidad o de bajo grado de

abstracción>, hasta el extremo de las leyes-medida y las meramente retroactivas, en las que no existe una intención <regulativa> en sentido propio: en lugar de normas, medidas” (ZAGREBELSKY, 1999, pág. 37).

Esta pulverización hace referencia a la tendencia descodificadora que resulta contraria al ideal de codificación puesto por la ilustración. Dicha situación comporta el rompimiento con el principio de generalidad y abstracción que operan en el positivismo tradicional y que se oponían a la arbitrariedad de los contenidos mediante la referencia a una única fuente de derecho, como lo era la ley establecida en los códigos. Según lo expuesto en el capítulo primero, el positivismo se presenta como respuesta a la contingencia normativa, y la teoría pura del derecho como respuesta a la arbitrariedad del mandato que lleva hacia una pérdida de coherencia y unidad del derecho. Es decir que el positivismo funciona para dotar de unidad al derecho ante la posibilidad de multiplicación de las leyes.

Aún así, la unidad del ordenamiento, y con esto del derecho, “ya no es un dato del que pueda simplemente tomarse nota, sino que se ha convertido en un difícil problema” (ZAGREBELSKY, 1999, pág. 39).

Al respecto, Zagrebelesky en tanto que neoconstitucionalista, propone la necesidad de someter la actividad legislativa a los principios que se pueden desprender de la Constitución (liberal y democrática), como principios sobre los que existe un consenso social suficientemente amplio. La ley ya no alcanza a garantizar la estabilidad “sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad”, resultando problemático que la misma sea resultado de las cambiantes relaciones de fuerza y que consagre los intereses de un solo sector (ZAGREBELSKY, 1999, págs. 39, 40).

Esta problemática sobre los intereses particulares que pulverizan el derecho y que responden a los intereses de un grupo o sector también puede ser tratada con los elementos aportados por Bourdieu, con lo que se podría construir un diálogo.

La propuesta de los neoconstitucionalistas apunta hacia un límite en los contenidos del derecho, como una necesidad de someter la actividad legislativa a los principios o valores Constitucionales. Los problemas sobre el contenido de las leyes, como se expuso con anterioridad, son parte importante del debate actual del derecho. Sin embargo, el debate también puede ampliarse si se considera, además de la arbitrariedad en la imposición de contenidos, la arbitrariedad del formalismo jurídico. La mera restricción en contenidos podría tener como consecuencia la exclusión de otros valores pretendidos y deseables por algún sector, como los valores sociales o comunitarios. Los neoconstitucionalistas afirman el carácter liberal de la Constitución como instrumento de los Estados con cierto desarrollo jurídico.

Me parece además que la limitación valorativa tiende a pasar por alto que no son los valores liberales o democráticos los que dotan de valor al derecho sino que el derecho tiene sus propios mecanismos y su propio capital. Por ejemplo, es de notar que la pulverización del derecho como fenómeno paralelo a la crisis de los Estados, pasa de hecho por una abundancia de leyes, códigos y reglamentos. La descodificación se realiza por medio de leyes y códigos. La informalización de la justicia, como la apertura hacia el consenso de las partes o el arbitraje (como devolución a la sociedad civil de los procedimientos de justicia), se realiza formalmente mediante códigos. Así mismo, los procedimientos arbitrales o de mediación tienden a formalizarse:

“un análisis detallado de las situaciones de regulación social que el Estado viene, aparentemente, devolviendo a la sociedad civil nos revela no sólo que el Estado permanece presente y actuante más allá del acto de devolución, sino también que las nuevas situaciones de regulación social, a pesar de ser formalmente no estatales (o sea a pesar de ser privadas) asumen prerrogativas y cualidades hasta ahora asociadas al Estado... Hoy es claro que las reformas de informalización de la justicia no fueron adoptadas por cuestiones de principio... Prueba de esto es que las

reformas informalizantes fueron adoptadas o propuestas al mismo tiempo que eran adoptadas o propuestas reformas casi de signo contrario, que apuntaban a un modelo de administración de justicia aún más alejado del control del ciudadano común que el modelo clásico... Fueron las reformas tecnocráticas que propusieron transformaciones profundas en la concepción y gestión del sistema judicial, apertrechándolo con múltiples y sofisticadas invenciones técnicas, que van de la automatización de los ficheros y archivos y del procesamiento automático de datos al uso generalizado de la tecnología del vídeo, las técnicas de planeamiento y previsión a largo plazo y la elaboración de módulos y cadenas de decisión que torne posible la rutinización... Las reformas de informalización de justicia fueron, en gran medida, determinadas por criterios de eficacia definidos por la lógica formal y estatista del Estado” (SANTOS, 2001, págs. 283, 286-287).

Boaventura da cuenta de que la justicia informal adopta o sucumbe ante la lógica formal de la actuación burocrática del Estado. La lógica formal es caracterizada por él mismo como la construcción conceptual autorreferenciable (SANTOS, 2001, pág. 273). Aquí también se abre un posible diálogo con Bourdieu por la referencia común al formalismo. Parte de este diálogo podría estribar en investigar si la formalización resulta como requisito para que la justicia informal opere, o incluso si dicha formalización otorga la fuerza a la justicia informal. El mero empirismo desorganizado junto con su referencia al sentido común que se supone en la justicia informal y que se opone al formalismo, ¿tiende necesariamente al formalismo? ¿Cuál es la fuerza que opera en una decisión judicial informal? ¿Se trata del mismo tipo de capital simbólico?

El hecho de que la pulverización del derecho se realice por medios formales y que el resultado no abandone dicha formalización, establece de nueva cuenta la cuestión sobre los juegos del poder al interior del derecho como la manera en que se mantiene la racionalidad jurídica.

4. Conclusiones

Lo expuesto en el presente capítulo me parece que conecta y amplía la conclusión dada en el capítulo anterior sobre los posicionamientos iusnaturalistas y positivistas como ideología. Con Bourdieu se trata de un efecto ideológico de desconocimiento que los analistas corrientes dejan inevitablemente escapar al referir directamente las “ideologías” a funciones colectivas o a las intenciones individuales. La certeza jurídica pretendida por ambos posicionamientos no sólo esconde y supone un elemento ideológico, sino que en las prácticas al interior del campo jurídico el formalismo que se genera y que resultaba del ideal de certeza jurídica provoca inseguridad sobre la aplicación de la norma. Se descubre que la aplicación depende de los capitales desiguales con los que cuentan los profesionistas al interior del campo y la certeza es casi nula para los profanos.

La racionalidad jurídica, que lograría la autonomía del derecho, ha sido puesta en duda por Bourdieu por solapar un ejercicio de desposesión y monopolio; por resultar ella misma arbitraria. Encontramos que esta racionalidad es resultado de una competencia entre los profesionales que, mediante la adquisición de cierto poder, determinarán lo que es jurídico de lo que no lo es. Vimos también como esta racionalidad termina acostumbrándonos a su lógica y a sus razones, so pena de no poder actuar dentro del campo. A la racionalidad jurídica le cabe el calificativo de aparente porque nombra sin ajustarse a la realidad, como un acto de magia, con base en ideologías o creencias, ocultando las relaciones de poder bajo la supuesta imparcialidad; porque quiere basarse en las normas, como aquello objetivo u observable, sin considerar que las normas pueden decir casi cualquier cosa a la hora de interpretarse, dependiendo de la razón jurídica imperante; por no considerar que la interpretación es un acto en buena medida subjetivo, que depende de los esquemas, conocimientos y prejuicios de quien interpreta; por olvidar que las normas son el fruto de relaciones de poder y que en

buena medida favorecen a los dominantes, y que con esto pierden legitimidad para imponerse a los dominados.

Por lo anterior, la racionalidad jurídica queda como insuficiente para fundamentar al derecho. Resulta, entonces, que todo es aparente, “un juego en la nada”.

El problema es que un derecho “que juega en la nada” no nos sirve porque carece de toda legitimidad, porque nos coloca en los problemas de la contingencia normativa, entre otros. En la práctica la arbitrariedad produce que se regrese a fundar la legitimidad de la norma en el Estado (posicionamiento de Savigny). Por ejemplo, cuando se les dice a un grupo de ciudadanos que protestan por algún gasto público desmesurado que no cabe ya ninguna demanda y que hubo foros y debieron participar con sus opiniones en ellos. Aparece con esto una pérdida de autonomía que a la que la propia teoría jurídica buscaba oponerse. La arbitrariedad que produce el derecho le quita autonomía y pone en duda su fundamento racional. Sin embargo, creo que en el fondo el problema para el derecho no es el de la autonomía, sino el de la arbitrariedad.

El mero fundamento racional nos coloca ante una serie de injusticias a las que el derecho, en principio, debería oponerse. Al derecho se le pide que se pronuncie sobre las inequidades que la misma racionalidad jurídica produce. Esto nos da pie a pensar que debe de haber algo más fundamental, que antes que la racionalidad jurídica debe haber algo que la fundamente como una construcción posiblemente buena o necesaria, pero adaptable en función de nuestras necesidades y proyectos. Podemos afirmar que x sentencia es racional, pero siempre cabe la pregunta ¿es parcial, arbitraria o injusta? Aún siendo racional, siempre cabe la pregunta sobre su justicia.

La racionalidad jurídica ¿funda los sentimientos de justicia o injusticia de las partes en conflicto?, ¿funda las exigencias concretas o materiales que se reclaman los particulares?, ¿no es mera forma, medianamente adecuada si se quiere, que un fondo? Las resoluciones jurídicas se dan en una forma racional, sobre las que

cabe una descripción una vez dadas, pero ¿son fundamentalmente una cuestión de forma? Bourdieu descubre en el formalismo jurídico un fondo arbitrario. ¿Qué puede decir el derecho después de la crítica de Bourdieu?

De entrada, no parece existir una respuesta, aunque sea idealista, para resolver el problema del derecho que descubre Bourdieu. Ante el problema de la arbitrariedad dada por el capital simbólico en juego dentro del campo jurídico ¿Qué se puede hacer? ¿Regresar a los “juicios de dios” o los “volados”, como un intento para que el capital cultural no funcione para unos cuantos? El problema, a mi parecer, es que el campo jurídico ya se encuentra determinado por el capital simbólico en juego. Puede darse una redistribución de dicho capital, que de hecho se intenta con las defensorías de oficio, procuradurías sociales u otros despachos que ofrecen sus servicios de manera gratuita. Se observa, sin embargo, que esta distribución sólo se usa con fines de asistencia, pero no es posible eliminar la competencia por el capital dentro del juego, con lo que el formalismo jurídico sigue imponiéndose. Una propuesta sería detallar cómo el campo jurídico funciona a través de dicho capital simbólico en juego para buscar estar al tanto de las apropiaciones que operan de dicho capital y buscar equilibrar las cosas. Me parece que sí se puede elaborar un plan de trabajo, pues con los elementos aportados por Bourdieu se puede clarificar el espacio y la situación del juego, buscando los espacios para incidir.

Tenemos el problema de la propia arbitrariedad del derecho, pero el derecho se nos había presentado también como un intento para oponerse en contra de la arbitrariedad. Se perfila, entonces, el problema de la arbitrariedad y de cómo evitarla. Pensemos cómo el derecho evita la arbitrariedad. Históricamente, lo hizo buscando su autonomía, que por lo demás, el derecho se resistirá a abandonar. Todavía se quiere o suena deseable que el derecho juzgue con autonomía de los mercados o de los intereses de los dominantes.

Considero pertinente buscar el fundamento que pueda tener una respuesta autónoma, pero no arbitraria. Sería si se quiere una nueva postura, pero que

resulta adecuada para el derecho visto como una herramienta para evitar la arbitrariedad. Me parece sugerente preguntarme lo siguiente: Evitar la arbitrariedad, ¿puede verse como una lucha por evitar la tiranía, la libertad como la conciencia de que la libertad está en juego?

En el texto “Crítica de la Modernidad”, Touraine observa en la separación o salida de la modernidad que:

“La vida intelectual e incluso la vida política se encuentran divididas hoy entre aquellos que tratan de definir a los nuevos actores y los nuevos objetivos, tanto de las sociedades que se pueden llamar posindustriales como de los países en desarrollo, y aquellos que propician sólo una libertad negativa, es decir, reglas institucionales y métodos económicos que permitan protegerse contra los abusos del poder” (TOURAINÉ, 1994, pág. 195).

Hasta el momento, la propuesta de la tesis parece centrarse en la protección contra los abusos del poder. Sin embargo, esta protección no es más que la descripción de una parte que me parece esencial del derecho, pero que en nada se opone a la definición de los nuevos objetivos. De lo que se trata es que el derecho vuelva a funcionar para las personas. ¿Qué sentido tiene la autonomía? No creo posible hablar de una autonomía absoluta, es una autonomía que se opone a los poderes que oprimen o excluyen a las personas. Es una autonomía que responde a un momento. Por lo visto, comparto la inquietud de Touraine que señala:

“Hoy en cambio, la cuestión que me parece más apremiante no es la de la gestión del crecimiento, sino la cuestión de la lucha contra el despotismo y la violencia, la cuestión de mantener la tolerancia y el reconocimiento de los demás..., me importa reconocer, antes de lanzarme a una reflexión más personal, que la respuesta de los liberales a los estragos del totalitarismo convence más fácilmente que la nuestra” (TOURAINÉ, 1994, pág. 196).

Capítulo III.- DIFICULTADES DE UNA FUNDAMENTACIÓN RACIONALISTA DEL DERECHO.

El capítulo anterior termina con una intuición: un derecho arbitrario o tiránico que para salvar su autonomía, esto es para poder juzgar, puede encontrar una vía en la lucha contra su propia tiranía. No pretendo dar toda la lucha en este capítulo, lo que toca es profundizar en esta intuición para, en todo caso, orientarme hacia una vía.

Me decidí primero por dos textos de Derrida, “Del Derecho a la Justicia” y “El nombre de pila de Benjamin”, escritos (y pronunciado el primero) con motivo de un coloquio organizado por la llamada escuela de la teoría crítica del derecho (Critical Legal Studies), en Estados Unidos. Los estudios críticos han sido recibidos en Latinoamérica y los trabajos a los que accedí siempre parecieron encontrarse dentro de las inquietudes de esta tesis. Sin embargo, como la propia escuela crítica lo reconoce, sus trabajos son dispersos y carecen de sistema, lo que dificulta un tratamiento argumentativo en conjunto.

También se incluye en este capítulo el texto de Lévinas titulado “Derechos Humanos y Buena Voluntad”, que pertenece a la compilación de textos realizada por el autor en la obra “Entre Nosotros, Ensayos para pensar en otro”. Para su tratamiento y para presentar algunas consideraciones sobre la obra de Lévinas y su relación con el derecho, utilizo el texto de Gabriel Bello Reguera, “Ética contra la Ética. Derechos Humanos y Derechos de los Otros”, la presentación que se hace de Lévinas mediante diversos artículos de la revista “Anthropos”, y una compilación de textos, “Justicia y Memoria”, mediante los cuales se articula una propuesta de justicia llamada anamnética.

1. La violencia del derecho.

Pongamos como rasgo característico del derecho europeo, y con esto de la tradición jurídica del derecho en México, el monopolio de la fuerza por parte del Estado. En su relación con el capítulo I y siguiendo a Kelsen, la coacción, el uso de la fuerza para obligar al cumplimiento de la norma, se encuentra siempre regulada por el derecho y sólo cabría entenderla por el monopolio de la violencia como ejercida por una autoridad que opera como mero instrumento de la norma. Es por tanto fuerza del derecho, no poder de la autoridad. Es la violencia legal que se utiliza para castigar o prevenirnos de la violencia ilegal (de las otras personas, de la naturaleza):

“el derecho es siempre una fuerza autorizada, una fuerza que se justifica o que está justificada al aplicarse, incluso si esta justificación puede ser juzgada, desde otro lugar, como injusta o injustificable. No hay derecho sin fuerza, Kant lo recuerda con el más grande rigor. La aplicabilidad, la *enforceability*, no es una posibilidad exterior o secundaria que vendría a añadirse, o no, suplementariamente, al derecho. Es la fuerza esencialmente implicada en el concepto mismo de la justicia como derecho, de la justicia en tanto que se convierte en derecho, de la ley en tanto que derecho... Hay ciertamente leyes que no se aplican, pero no hay ley sin aplicabilidad, y no hay aplicabilidad, o *enforceability* de la ley, sin fuerza, sea ésta directa o no, física o simbólica, exterior o interior, brutal o sutilmente discursiva –o incluso hermenéutica-, coercitiva o regulativa, etc.” (DERRIDA, 1989).

Se puede dividir, por así decirlo, a la fuerza del derecho en dos tipos de violencias: la coacción o aplicabilidad de la norma, y el monopolio ejercido por el Estado. Ambas violencias, sin embargo, se reducen a la prohibición del ejercicio de la violencia individual: en la coacción la autoridad actúa como mero instrumento de la norma, y el Estado se opone a los individuos. Pero se trata de la misma fuerza del derecho que se caracteriza por la resistencia u oposición a aquello que intente destruir al derecho:

“En lo que tiene de más fundamental, el derecho europeo tiende a prohibir la violencia individual y a condenarla en tanto que amenaza no a tal o cual ley, sino al orden jurídico mismo... De ahí el interés del derecho en establecerse y conservarse a sí mismo, pues hay un interés del derecho en establecerse y conservarse a sí mismo, o en representar el interés que justamente él representa... es con vistas a su interés por lo que monopoliza así la violencia... Ese monopolio no tiende a proteger tales o cuales fines justos y legales... sino el derecho mismo” (DERRIDA, 1990).

Como se vio en el capítulo II, la competencia por el monopolio por decir qué es derecho redundaba en la conservación del propio sistema jurídico. La competencia existe en la medida en que existe el juego, y las reglas fundamentales del juego son las que aseguran que el juego se mantendrá, que los jugadores no pueden jugar a otra cosa. Por su parte, la violencia característica del derecho no sería la física o natural, que por supuesto puede existir y que el derecho buscaría evitar. La cuestión resulta en distinguir entre la fuerza del derecho y la violencia que se juzga como injusta. Dicha distinción es fácil para el derecho, en la medida en que en teoría la injusta es la que se encuentra fuera del sistema jurídico. Sin embargo, y esto es importante, el derecho siempre puede cambiar, por lo que mañana puede ser justo lo que hoy era injusto. Todo depende de quién gane la competencia por decir qué es derecho.

Por otra parte, queremos legítimamente que el derecho regule la vorágine de las grandes corporaciones, queremos que se respeten los derechos humanos. Queremos, en definitiva, que se haga justicia y querríamos contar con el derecho para lograrlo.

Los anteriores anhelos de justicia, como cualquier demanda de justicia, implican la intención de que la justicia se realice o se aplique, por lo cual se relaciona con la fuerza del derecho. Siguiendo a Pascal, Derrida afirma que la justicia sin la fuerza resultaría impotente y no sería justicia en el sentido del derecho:

“la fuerza sin la justicia es tiránica. La justicia sin fuerza es contradicha porque siempre hay malvados; la fuerza, sin la justicia, es acusada... (cita a Pascal) <Así, no pudiendo hacer que lo que es justo sea fuerte, hacemos que lo que es fuerte sea justo>” (DERRIDA, 1989).

Más que una interpretación pesimista de Pascal, lo que Derrida pretende es hacer el paso hacia el tema del “fundamento místico de la autoridad de las leyes”. Se trata de una violencia sin fundamento que opera para que el derecho se aplique. Sería un movimiento similar al que se vio con Kelsen, donde el derecho queda fundado en sí mismo o con independencia de la autoridad del soberano. Sin embargo, el énfasis que pone Derrida sobre el fundamento místico de la autoridad de la ley está en la recepción que tienen las leyes por el crédito que se les da. Es un fundamento místico porque no poseen un fundamento racional u ontológico, sino de crédito y de su fuerza realizativa (generar consecuencias).

Derrida no expondrá una diferencia entre leyes y derecho, sin embargo, las leyes existen en tanto que son válidas y resultan válidas en la medida en que se aplican, y aplicar significa que causen efectos en la vida social y en las instituciones. Así mismo, toda ley que se aplica implica que se están aplicando otras leyes, de lo que resulta que la validez de una ley se sostiene en la validez del sistema jurídico o del derecho. Los efectos que produce una ley suponen la fuerza realizativa de las leyes, pero nunca se realiza una ley sola y nunca se cree en una sola ley.

Por otro lado, la relación entre el crédito del derecho (ya no hablemos de una ley sola) y su fuerza realizativa se establece en la interpretación. Toda aplicación de la ley pasa por su interpretación. Aplicar la ley es afirmar la interpretación que se hace de sus efectos, que siempre son una interpretación entre varias leyes. Por tanto, la fuerza realizativa parte de la fuerza interpretativa, y con esto se puede decir que la aplicación de una ley es una llamada a la creencia en la interpretación.

Por tratarse de un “acto de fe”, la realización del derecho puede fácilmente esconder los intereses económicos o políticos de las fuerzas dominantes, por lo que una crítica que los desenmascare siempre será posible. Sin embargo, siguiendo a Bourdieu, en el campo jurídico opera una lucha por el capital del propio campo. Por su parte, Derrida señala que:

“El surgimiento mismo de la justicia y del derecho, el momento instituyente, fundador y justificador del derecho implica una fuerza realizativa, es decir, implica siempre una fuerza interpretativa y una llamada a la creencia: esta vez no en el sentido de que el derecho estaría al servicio de la fuerza, como instrumento dócil, servil y por tanto exterior al poder dominante, sino en el sentido de que el derecho tendría una relación más interna y compleja con lo que se llama fuerza, poder o violencia. La justicia –en el sentido del derecho (right or law)- no estaría simplemente al servicio de una fuerza o de un poder social, por ejemplo económico, político o ideológico que existiría fuera de ella o antes que ella y al que debería someterse o con el que debería ponerse de acuerdo según su utilidad... hacer la ley, consistiría en un golpe de fuerza, en una violencia realizativa y por tanto interpretativa, que no es justa o injusta en sí misma, y que ninguna justicia ni ningún derecho previo y anteriormente fundador, ninguna fundación preexistente, podría garantizar, contradecir o invalidar por definición. Ningún discurso justificador puede ni debe asegurar el papel de metalenguaje con relación a lo realizativo del lenguaje instituyente o a su interpretación dominante... El discurso encuentra ahí su límite: en sí mismo, en su poder realizativo” (DERRIDA, 1989).

Derrida hace notar una relación interna entre la violencia y el derecho que pasa por la aplicabilidad de la ley, por su fuerza realizativa. Lo realizativo es interpretación y lenguaje y, por tanto, no puede ser fundado por otro discurso o lenguaje. Lo realizativo pertenece al lenguaje, con lo que el fundamento místico de la autoridad es místico en y por el lenguaje: en la creencia en los efectos.

Una ley existe por su fuerza realizativa, esto es en la medida en que produce efectos. Insisto que hay que seguir a Kelsen en que los efectos de una ley son, en primer lugar, al interior sistema jurídico, por lo que será el sistema jurídico el que producirá efectos al exterior (en la sociedad o las instituciones, etc). Derrida afirmó que una ley puede no ser aplicada y, sin embargo, tener aplicabilidad. La aplicabilidad de una ley no aplicada depende de la aplicación del sistema jurídico. El sistema jurídico, por su parte, opera con la referencia de unas normas a otras, creándose una jerarquía que nos permite llegar a la norma fundamental. Esta norma, que puede ser una Constitución, establece que lo que se derive de ella será derecho válido. En la historia encontramos momentos precisos en los que un sistema u ordenamiento jurídico se funda. El sistema que se funda aparece, salvo al principio de los tiempos, desfundando a otro sistema. Fundar un sistema querrá decir que lo que se diga de conformidad con ese sistema será válido, que tendrá fuerza de ley y por lo tanto que será realizativo: que lo que se diga, será.

La fuerza realizativa del derecho la encontramos fácilmente en los momentos en que se funda un nuevo sistema jurídico, dejando al anterior sin vigencia. Sin embargo, toda fundación de un sistema jurídico se encuentra amenazada por un futuro que pueda fundar otro sistema jurídico. Ante lo cual, el sistema jurídico se protege reglamentando sus propios mecanismos para el cambio y estableciendo que lo que se diga fuera de esos mecanismos no es válido. Es la fuerza del derecho que busca, en primer lugar, mantener al propio derecho. Se requiere además de una fuerza enorme que funde la capacidad del derecho para juzgar sobre cualquier otra manera de juzgar. “No pudiendo hacer que lo justo sea fuerte, hacemos que lo fuerte sea justo.” Esta fuerza enorme podría llamarse, siguiendo la exposición del capítulo II, capital simbólico. En el derecho opera con los efectos de neutralidad, generalidad y universalidad. Busca ser para siempre y para todos. Esto contradice los hechos, pues un sistema jurídico fue fundado en un momento histórico determinado. Fue fundado por individuos que, en general, se opusieron a otro sistema, y que ganaron. En tanto que ganaron, ejercieron violencia sobre los que perdieron y si se logran mantener es porque pudieron desposeer a los que

perdieron de las armas o los elementos para hacerse de nuevo con el poder. Lo anterior implica que la creencia implícita en la fuerza realizativa no es del tipo de creencia que pueda modificarse en cualquier momento. Si se cree que algo será es porque se estima que se tienen elementos para que se produzcan los efectos (aunque no lo creas, el banco te embargará el coche). Por esto, la violencia fundadora implica también la violencia conservadora, la fuerza para mantenerse. Algo que se funda implica necesariamente la creencia en que se podrá mantener. Mantenerse implica que, en caso de oposición, podrá volverse a establecer. Lo que se fundó, sin embargo, fue un sistema jurídico no un grupo de personas en el poder, pues aunque cambien las personas y las normas el sistema jurídico se mantiene. La base la constituye el monopolio de la fuerza por parte del Estado que se funda junto con el sistema jurídico. No importa que los individuos y sus normas cambien, el Estado y el sistema jurídico se mantienen. El monopolio de la violencia por parte del Estado se traduce en la prohibición del ejercicio de la violencia de manera individual. Aunque el Estado sea gobernado por individuos, aunque sea un policía concreto quien lleva la pistola, estos operan como meros aplicadores de la ley pues como individuos no se encuentran legitimados para la violencia. Legitimado quiere decir actuar de conformidad con las leyes. Actuar de manera legítima es ser un efecto de la ley, ser lo que la ley dijo que será.

Si bien pensar en una nueva fundación del sistema jurídico, que implicaría la total derogación del derecho actual, parece lejano, lo cierto es que siempre se encuentra latente esta amenaza (siempre se encuentra prohibida). La fuerza realizativa del derecho no sólo la encontramos en la fundación de un nuevo sistema, sino en cada ley, en los efectos que se estima pueda tener (pensemos en la fuerza realizativa del derecho de propiedad y a la vivienda; tengo el derecho pero no tengo casa propia). Cada ley se presenta prometiendo sus efectos o bajo la creencia que se realizarán. Creencia que se sostiene en la medida en que se realizan, por lo que la fuerza de la ley también depende de que se aplique. Que se aplique hoy y siempre y por encima de cualquiera, que sea universal. Además, que se aplique contra toda arbitrariedad, esto es de manera neutral, para que su

aplicación no implique un acto de violencia individual sino la aplicación de la ley general.

Pero cada ley en su misma fuerza realizativa se encuentra amenazada en su posibilidad de que no se aplique, de que no produzca sus efectos, en que no se crea en ella. La fuerza realizativa de una ley está amenazada en el sistema jurídico por la fuerza realizativa de otra ley. En cada litigio se pone en juego la aplicación de una ley, las partes compiten por decir qué es derecho. En el litigio ganará quien tenga los mejores medios para hacer valer y probar sus argumentos, medios que incluso implica tener las leyes a su favor (pues en un momento determinado las leyes pueden favorecer a un grupo en específico). La fuerza realizativa de la ley depende en cada momento de la capacidad para que se aplique, lo que permitirá que se crea en ella. Esta capacidad son elementos que poseen las partes de manera desigual en cada litigio. El litigio, ya en su etimología, nos habla de un estado de lucha y, por tanto, de violencia. La sentencia que viene como conclusión del litigio operará como discurso de legitimación de una de las partes o de las pretensiones en su demanda. En tanto que el litigio se da dentro del procedimiento jurídico, igual que la sentencia, el resultado será la autolegitimación del derecho. Igual, en tanto que la sentencia se da dentro de los puntos del litigio, dentro de las reclamaciones y argumentos de las partes, estos se presentan como autolegitimación. Se trata de la imposición de un sentido o una interpretación que legitimará la imposición misma como no violenta. Sin embargo, la violencia se legitimará en el futuro como el ejercicio de un derecho que de hecho está por resolverse o decirse. ¿Estabas ejerciendo tu derecho o estabas actuando fuera del derecho o siendo injusto? ¿Era legal que no pagar una “deuda”, o no salirse de una casa en renta, o con no pagar un impuesto o pagarlo bajo protesta, el derecho de retención, el embargo precautorio, la clausura de un establecimiento, el cobro de intereses, la suspensión de un servicio, la separación de los conyugues, etc.? Todo está siempre por verse. Se puede prever el resultado, pero hasta que no pase el tiempo o no tengamos una sentencia no lo sabremos. Y después de la sentencia, todavía puede venir el litigio

por la justicia, para decir que la sentencia fue injusta, inaugurando otro juicio sobre la sentencia justa. Parece como que la justicia siempre se escapa hacia el futuro.

En el juego del derecho, entonces, todo está por verse. Derrida hace notar este momento de suspenso es la historia del derecho. Pero este momento de suspenso yo lo encuentro no sólo en la historia del derecho (momentos fundadores o revolucionarios del derecho) sino en todo litigio y en todo hecho jurídico⁴⁵. En todo acontecimiento que se considera que genera consecuencias jurídicas, las consecuencias están por verse.

Para Derrida, la llamada a la creencia hace que el derecho quede suspendido en el vacío:

“(en) un acto realizativo puro que no tendría que dar cuenta a nadie ni ante nadie... (la interpretación o inteligibilidad de la norma) sólo podrá producirlas el porvenir.... el orden de la inteligibilidad depende a su vez del orden instaurado y que sirve para interpretar éste. Esta legibilidad será, pues, tan poco neutra como no violenta... Significa en suma una violencia jurídico- simbólica, una violencia performativa (realizativa) en el interior mismo de la lectura interpretativa” (DERRIDA, 1990).

La realización del derecho (de ganar un litigio, por ejemplo) depende de los recursos jurídicos con los que se cuente (como un buen abogado, una escritura pública, e incluso tener las leyes a tu favor). Con Bourdieu, estos recursos entran al juego como capital simbólico pues ocultan su desigual apropiación. Quedan ocultos pues su propia fuerza realizativa implica que siempre están por verse, dependiendo del orden instaurado en general y del estado de las partes dentro del campo jurídico en particular. Con Derrida, la violencia jurídico simbólica también se caracteriza por el ocultamiento de la violencia realizativa en la lectura

⁴⁵ Hecho jurídico es el acontecimiento natural o humano, voluntario o involuntario que sea supuesto por una disposición legal, para producir consecuencias de derecho para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos o deberes jurídicos o situaciones jurídicas concretas (doctrina).

interpretativa. Pero esta fuerza realizativa es lo que le confiere fuerza al derecho y posibilita la autonomía del derecho, el no dar cuenta a nadie ni ante nadie.

Se oculta, por así decirlo, la fuerza política, económica o militar de las partes para que no entren al campo del derecho sino como capital simbólico (el dinero se transforma en un buen abogado o en una “persuasión” para el funcionario). Estos elementos ocultados se convierten como en una moneda que puede ser adquirida dentro del campo jurídico con independencia de su antiguo valor. Entre más independiente sea valor dentro del campo con respecto a su valor fuera del campo, mayor será el valor de la moneda dentro del campo jurídico. El derecho depende de su autonomía, de su capacidad para conferir valor con independencia de otros valores. El valor de una moneda (como contar con un buen abogado) depende del capital simbólico. Es decir ¿qué tanto vale tener un abogado competente para ganar un litigio? Vale en función de que pueda hacer que se aplique la norma, que produzca los efectos. El abogado deja de valer cuando es el dinero como corrupción lo que resuelve el asunto. El derecho deja de valer cuando es la economía la que resuelve el asunto. Cuando vale es cuando es autónomo, y su autonomía la consigue en la referencia hacia sí mismo. Es decir que vale en la medida en que puede ocultar su violencia realizativa en su interpretación: la ley se aplica como referencia a ella misma y al derecho. Pero la interpretación siempre depende de la aplicación, pues si no se aplica la interpretación se dice errónea. La aplicación depende de los elementos con los que se cuenta para aplicarla. Estos elementos para la aplicación siempre están desigualmente distribuidos. Siempre, desde el origen, en la medida en que instaurar un orden es quitar otro. Siempre, pues la aplicación de una ley se da en un sentido excluyendo otros inclusive futuros, porque la aplicación de una ley es un acto de decisión, de creencia.

“Dado que en definitiva el origen de la autoridad, la fundación o el fundamento, la posición de la ley, sólo pueden, por definición, apoyarse en ellos mismos, éstos constituyen en sí mismos una violencia sin fundamento. Lo que no quiere decir que sean injustos en sí, en el sentido de «ilegales» o

«ilegítimos». No son ni legales ni ilegales en su momento fundador, excediendo la oposición entre lo fundado y lo no fundado, entre todo fundacionalismo o antifundacionalismo. Incluso si el éxito de los realizativos fundantes de un derecho (por ejemplo -y esto es más que un ejemplo-, el éxito de un Estado como garante de un derecho) supone condiciones y convenciones previas (por ejemplo, en el espacio nacional o internacional), el mismo límite «místico» resurgirá en el supuesto origen de dichas condiciones, reglas o convenciones, y de su interpelación dominante” (DERRIDA, *Deconstruction and the Possibility of Justice*, 1989).

El derecho se sostiene o tiene fuerza por dos violencias, según se expuso. Por un lado, la fuerza realizativa que como violencia aparece en la imposición (fundación y conservación) de una interpretación, de una creencia, y que se encuentra siempre amenazada por otra interpretación, un acto futuro de fundación de derecho. Lo que resulta en una violencia sin fundamento o en el fundamento místico del derecho. La otra violencia la constituye el monopolio de la violencia o la prohibición de la violencia individual. Es una violencia que me parece que en última instancia se ejerce para prevenir un acto fundatorio posterior, pues los que fundan nuevos órdenes son los individuos y contra éstos se opone el derecho para poder regular. Estas violencias, para Derrida, no son justas o injustas, sino constituyentes del propio derecho. La capacidad del derecho para juzgar depende de su oposición a otros tipos de órdenes o fuerzas. Esta oposición, siguiendo a Bourdieu se da mediante la apelación a la neutralidad, generalidad y universalidad. Dado que las otras fuerzas son parciales, el derecho pretende ser imparcial. Radicalmente, sin embargo, existe una oposición contra los individuos particulares, que son quienes siempre pueden fundar un nuevo orden jurídico.

Sin embargo, la presencia de estas dos violencias nos permite visualizar las aporías o contradicciones al interior del derecho, lo que permite la “deconstrucción”, que el mismo Derrida equiparará a la posibilidad de justicia del derecho.

A pesar de la oposición contra la violencia individual, el derecho depende de que los particulares lo apliquen. En cada aplicación del derecho éste se conserva. Pero cada aplicación del derecho se da sobre un hecho concreto y además existe la posibilidad de que no se aplique. Previo a la aplicación existe una lucha interpretativa que pretende aplicar la norma general al hecho particular. Esta lucha es inherente al propio derecho y genera este momento de suspenso donde todo está por verse. La fuerza realizativa del derecho nace con esta lucha que promete que algo pasará. Nace con individuos que quieren que algo se realice. Lo que sea que se realice, se dirá que se realizó de conformidad con el derecho (afirmarlo como ilegal implicaría que la lucha sigue). La aplicación del derecho rompe con el momento de suspensión que existe en la lucha por decir que será derecho. La lucha previa a la aplicación se da entre individuos con diferentes capacidades o capitales jurídicos que ya poseen de antemano y ponen en juego. Lo importante es resaltar que la suspensión del derecho, el momento en el que el derecho será, es un momento que opera al interior del derecho. Esta lucha, aunque se da con capitales jurídicos previos, es una lucha por un capital jurídico nuevo, que todavía no es y está por verse. Todavía no es derecho, pero la lucha por obtenerlo opera dentro del propio derecho. Es una guerra por fundar un derecho que después entrará como capital jurídico en otro juego.

Para Derrida, esta lucha se presentaría como una anomalía al interior del derecho:

“Pero esta violencia guerrera que se asemeja al <bandidaje> fuera de la ley... se despliega siempre en el interior de la esfera del derecho. Es una anomalía en el interior de la juridicidad con la cual parecía romper” (DERRIDA, 1990).

Este momento de suspensión es desarrollado por Derrida como una aporía del derecho. Aunque el derecho implica la aplicación de una ley previa o regla existente, la misma aplicación es un acto de decisión que inaugura el derecho. No se trata meramente de que el derecho oculte el elemento de decisión de cada juez o funcionario, haciendo aparentar que fue una sola consecuencia del derecho. Es

una decisión que ajusta una regla abstracta al caso concreto, y con esto resuelve un conflicto. Un juez que se apega al derecho quiere decir que utilizó las reglas de las leyes para medir la situación que se le presenta y con base a estas resolvió:

“El derecho es un elemento de cálculo...” Pero “la decisión de calcular no es del orden de lo calculable y no debe serlo”. “Para ser justa, la decisión de un juez por ejemplo, no debe sólo seguir una regla de derecho o una ley general, sino que debe asumirla, aprobarla, confirmar su valor, por un acto de interpretación restaurador, como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara él mismo en cada caso” (DERRIDA, 1989).

Además para resolver un conflicto, la decisión que toma el juez debe ser tomada lo más rápido posible –para evitar los males del conflicto- lo cual también la aleja del elemento del cálculo:

“el momento de decisión, en cuanto tal, lo que debe ser justo, debe ser siempre un momento finito, de urgencia y precipitación; no debe ser la consecuencia o el efecto de ese saber teórico o histórico, de esa reflexión o deliberación, dado que la decisión marca siempre la interrupción de la deliberación jurídico, ético o político cognitivas que le precede y debe precederla” (DERRIDA, 1989).

El juez no puede sólo decidir sino que tiene que decidir de conformidad con una regla. La regla se opone así al individuo juez. La fuerza que tiene la regla para oponerse al individuo deriva de la fuerza realizativa que, como se dijo, depende de todo el sistema jurídico (pensemos en las leyes que pusieron a determinado individuo como juez) y su fuerza radica en su posibilidad de oponerse a otras fuerzas o a la decisión individual.

La aplicación de la norma general por parte de un juez individual, o de los individuos concretos que luchan por hacerse de un capital jurídico que se mantenga a otras luchas, marcan otra aporía del derecho: individuos que mantienen una fuerza que se les opone a ellos como individuos. La otra cara de la

misma moneda la constituye el contrasentido que implica la resolución de un conflicto concreto por medio de una regla general:

“¿Cómo conciliar el acto de justicia que se refiere siempre a una singularidad, a individuos, a grupos, existencias irremplazables, al otro o a mí como otro, en una situación única, con la regla, la norma, el valor o el imperativo de justicia que tienen necesariamente una forma general, incluso si esta generalidad prescribe una aplicación singular?” (DERRIDA, 1989).

La regla general pretende resolver una situación concreta. Derrida inicia su conferencia, “Del derecho a la justicia”, que se impartió en Estados Unidos, señalando su deber de dirigirse a sus escuchas en inglés. Este deber, dice, se le impuso como una obligación o por medio de una fuerza simbólica en una situación que no controla. Debe hablar en inglés por cortesía, porque aceptó la conferencia (existió ese contrato) y porque así lo que diga “será más justo o será juzgado más justo, y más justamente apreciado, es decir justo, en el sentido, esta vez, de lo ajustado, de la adecuación” (DERRIDA, 1989).

Esta adecuación, sin embargo, no basta para él para expresar lo justo que resulta expresarse en inglés. Lo ajustado quedaría como un elemento del cálculo, de adecuación, y ya vimos sus reservas en cuanto al mero cálculo. El deber que siente por hablar en inglés aparece como una analogía o ejemplificación que pone con respecto del deber de juzgar a otros en su propia lengua:

“la violencia de una injusticia comienza cuando todos los miembros de una comunidad no comparten completamente el mismo idioma... La violencia de esta injusticia que consiste en juzgar a los que no comprenden el idioma en el que se pretende, como se dice en francés, que <se haga justicia>, no es una violencia cualquiera, no es una injusticia cualquiera” (DERRIDA, 1989).

El derecho implica algo de rectitud. Se debe hablar en la lengua del otro pues así es más fácil que nos entiendan. Si te he de impartir justicia, la manera más recta

es en tu idioma. Ser justo, en el sentido de rectitud, implica sobre todo no equivocarse de dirección, Sin embargo:

“(aunque) dirigirse al otro en la lengua del otro (parece una condición de la justicia)... esto parece no sólo rigurosamente imposible -por cuanto sólo puedo hablar en la lengua del otro en al medida en que me la apropio y asimilo según la ley de un tercero implícito- sino incluso excluido por la justicia como derecho en tanto que éste parece implicar un elemento de universalidad, esto es el recurso a un tercero que suspende la unilateralidad o singularidad de los idiomas” (DERRIDA, 1989).

Esta aporía nos muestra una experiencia de lo imposible. El derecho o lenguaje son generales, sin embargo, lo recto es que se dirijan a un particular. En su texto, Derrida pretende de algún modo que la justicia y el derecho se confundan, que no sea tan fácil distinguirlos. Pensemos en la justicia que se tiene que aplicar o imponer, y el derecho que tiene su momento de decisión y que se dirige a particulares. Quiere hacer notar algunas aporías del derecho pues éstas hacen notar que el derecho en su último fundamento no está fundado, lo que lo hace deconstruible.⁴⁶ Las aporías nos muestran una experiencia de lo imposible, y la justicia es una experiencia de lo imposible:

“no hay justicia sin esta experiencia de la aporía, por muy imposible que sea... Una voluntad, un deseo, una exigencia de justicia cuya estructura no fuera una experiencia de la aporía, no tendría ninguna posibilidad de ser lo que es, a saber una apelación a la justicia. Cada vez que las cosas suceden como deben, cada vez que aplicamos tranquilamente una buena regla a un

⁴⁶ Derrida afirma que la justicia y la deconstrucción, por su parte, no son deconstruibles, sin embargo esta afirmación se sale del desarrollo de la tesis, pues no pretendo el desarrollo del tema de la deconstrucción. La lógica del texto de Derrida sería la siguiente “La deconstrucción es la justicia... la justicia como posibilidad de la deconstrucción; la estructura del derecho o de la ley, de la fundación o de la autoautorización del derecho como posibilidad del ejercicio de la deconstrucción” (DERRIDA, *Deconstruction and the Possibility of Justice*, 1989). Este sería el trayecto sugerido del derecho a la justicia. Que se trate o no de una deconstrucción y cómo se hace o qué es, son sólo posibilidades o conclusiones a las que no pretendo entrar.

caso particular, a un ejemplo correctamente subsumido, según un juicio determinante, el derecho obtiene quizás –y en ocasiones- su ganancia, pero podemos estar seguros de que la justicia no obtiene la suya. El derecho no es la justicia. El derecho es un elemento de cálculo, y es justo que haya derecho; la justicia es incalculable, exige que se calcule lo incalculable” (DERRIDA, 1989).

Las experiencias aporéticas implican momentos de decisión entre lo justo y lo injusto que no están asegurados por la regla. Los momentos de decisión son inherentes al propio derecho, sin embargo “las experiencias aporéticas son tan improbables como necesarias de la justicia” (DERRIDA, *Deconstruction and the Possibility of Justice*, 1989). Me parece, entonces, que la experiencia de un derecho arbitrario es una experiencia aporética y, siguiendo a Derrida una posibilidad para la justicia, que puede salvar la autonomía del derecho para juzgar. La experiencia aporética aunque suspende la regla o la legitimación del uso de la regla, no conduce necesariamente a la injusticia o la supresión de la oposición de lo justo y lo injusto:

“sino quizás, y en nombre de una exigencia más insaciable de justicia, a la reinterpretación de todo el aparato de límites dentro de los cuales una historia y una cultura han podido confinar su criterología... El sentido de una responsabilidad sin límite, y por tanto, necesariamente excesiva, incalculable, ante la memoria; de ahí la tarea de recordar la historia, el origen y el sentido, y por tanto, los límites de los conceptos de justicia, ley y derecho, de los valores, normas, prescripciones que se han impuesto y han sedimentado, quedando desde entonces más o menos legibles o presupuestos... Hay que ser justos con la justicia, y la primera justicia que debe ser hecha a la justicia es la de escuchar, intentar comprender de dónde viene, qué es lo que quiere de nosotros, sabiendo que ello la hace a través de idiomas singulares... Hay que saber también que esta justicia se dirige siempre a singularidades, a la singularidad del otro, a pesar o

precisamente a causa de su pretensión de universalidad... Esto nos lleva a denunciar no sólo los límites teóricos sino también injusticias concretas, con los efectos más evidentes, de la buena conciencia que se detiene dogmáticamente ante una u otra determinación heredada de la justicia” (DERRIDA, 1989).

Los ejercicios de reconstrucción histórica, deconstrucción, sociologías del campo jurídico, pero también la propia dogmática y teoría jurídica quizás estén motivados o encuentren su impulso en la exigencia de justicia que hace notar Derrida:

“en la exigencia de un incremento o de un suplemento de justicia y, por tanto, en la experiencia de una inadecuación o de una incalculable desproporción” (DERRIDA, 1989).

Notemos que esta inadecuación o incalculable desproporción vienen por la experiencia de la aporía de la ley general que juzga sobre el caso particular. Pero la incalculable desproporción está puesta por el particular o por la singularidad. De la singularidad surge la apelación a la justicia, la exigencia de que se calcule lo incalculable.

Derrida confiesa su tentación por aproximar el concepto de justicia, que ha tenido a distinguir del derecho, al de Lévinas. Sin embargo, aclara que la distinción no le parece adecuada pues no existe una verdadera distinción lógica:

“el derecho pretende ejercerse en nombre de la justicia y... la justicia exige instalarse en un derecho que exige ser puesto en práctica” (DERRIDA, 1989).

Aún así, su referencia a Lévinas me sirve para introducir el siguiente capítulo y, sobre todo, para limitar los conceptos:

“En Totalidad e Infinito, Lévinas escribe:... <la relación con otro, es decir, la justicia>, justicia que define en otra parte como <derechura de la acogida hecha al rostro>... Lévinas habla de un derecho infinito: en eso que él

denomina el <humanismo judío> cuya base no es el <concepto de hombre> sino el <otro>; <la extensión del derecho del otro> es la de <un derecho prácticamente infinito> La equidad, aquí, no es la igualdad, la proporcionalidad calculada, la distribución equitativa o la justicia distributiva, sino la disimetría absoluta. Y la noción levinasiana de la justicia se acercaría más bien al equivalente hebreo de lo que nosotros traduciríamos quizás como santidad” (DERRIDA, 1989).

Se trata, entonces, de quedarnos lo más cerca del derecho que se pueda, sin saltarnos a la ética o a la santidad. En su texto, Lévinas lo advierte:

“Sin duda, en rigor filosófico, es importante no pensar los derechos humanos a partir de un Dios desconocido” (LEVINAS, 1993;2001, pág. 246).

Evitar el salto a la ética con Lévinas es difícil, en la medida en que postula a la ética como filosofía primera. Lo importante, en honor al diálogo que aquí pretendo, es no dejar de hablar del derecho a pesar de la tentación.

Por último, para dejar la exposición de Derrida (que por lo demás, como él mismo dice en referencia a su exposición del texto de Benjamin “hace mucho que no sigo, o no del todo”), retomo el asunto de la violencia del derecho:

“Acabamos de ver, en suma, que en su origen y en su fin, en su fundación y en su conservación, el derecho es inseparable de la violencia, inmediata o mediata, presente o representada ¿Excluye eso toda no-violencia en la eliminación de los conflictos, como se podría concluir tranquilamente? En absoluto. Pero el pensamiento de la no violencia debe exceder el orden del derecho público” (DERRIDA, 1990).

La exposición de Derrida pretendió mostrar la relación esencial entre derecho y violencia necesaria para una la elaboración de una crítica eficaz de la violencia del derecho:

“Una crítica eficaz (de la violencia del derecho) debe habérselas con el cuerpo del derecho mismo, con su cabeza y sus miembros, con las leyes y los usos particulares que el derecho toma bajo la protección de su poder...” (para esta crítica) la referencia a un imperativo categórico (<Actúa de tal manera que trates, tanto en tu persona como en las otras, a la humanidad también como fin y nunca sólo como simple medio>), por indiscutible que sea, no permite ninguna crítica de la violencia. El derecho, en su violencia misma, pretende reconocer y defender dicha humanidad como fin en la persona de cada individuo. Una crítica puramente moral de la violencia es, pues, tan injustificada como impotente” (DERRIDA, 1990).

La violencia aparece ahí donde hay fuerza de ley. La aplicación del derecho supone siempre un momento de suspenso que hace de quienes aplican la ley también sus fundadores. Con lo anterior, las facultades de la autoridad para aplicar la norma se muestran al exterior bajo la forma del poder, no como meros aplicadores de la norma:

“y la facultad de ese poder se determina en acto como facultad de ejercer la dictadura... Esta facultad exige una disciplina interior rigurosa así como una acción exterior sin escrúpulos” (DERRIDA, 1990).

2. El deber ser del derecho.

La violencia del derecho aparece en su fuerza realizativa que implica que algo será. Esta fuerza realizativa aparece entonces como el deber ser del derecho. En el capítulo primero, este deber ser emergió fundado en el propio derecho, posibilitado por el simple deber de la autoridad de atenerse a la norma, según al exposición de Kelsen. En el capítulo II, se proyectó la manera que tienen de mantenerse el derecho, con todo y su teoría del simple deber, por medio del juego al interior del campo jurídico que opera con sus reglas y capitales en juego.

“¿Qué significa el deber ser de este derecho?” (LEVINAS, 1993;2001, pág. 244). La pregunta aparece en la exposición de Lévinas al momento de desarrollar la posibilidad de que una persona, obstinándose en el ejercicio de su derecho de libertad, se oponga al conjunto del derecho o a los derechos humanos. Este problema es histórico, Manuel Jiménez Redondo lo comenta a propósito de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Jiménez hace notar la oposición entre el reconocimiento de la libertad como derecho, siempre que se respete la libertad de los otros, (artículos 1º al 5º) y la ley como expresión de la voluntad general (artículo 6º). Notamos dos fuentes de normatividad, una del tipo de derecho natural que se reconoce, y otra que resulta de la expresión de la voluntad general. Una respuesta a esta contradicción la encontramos con Rousseau, quien definirá la libertad no como el derecho de poder hacer todo lo que no dañe a otro, sino como autonomía pública: no estar sometido a otras leyes que las que uno mismo haya podido imponerse a sí mismo junto a cada uno de los demás y como pudiendo valer para todos y para cualquiera. La voluntad a la que me someto resulta ser la voluntad racional mía, con lo que el poder del soberano es el poder de la razón. Sin embargo, el problema se complica con los artículos 10º y 11º, que tratan sobre la tolerancia y la libre expresión de ideas. Las garantías otorgadas por estos artículos pueden extenderse a poner en duda los principios sobre los que descansa la propia Declaración:

“El problema conceptual es este: una consideración teórica del principio de tolerancia que quede a la altura del principio de tolerancia, o bien ha de negarse a sí misma como teoría y entenderse como una propuesta política (concerniente al modo de organizar la convivencia gentes que puede no compartan ninguna verdad), o bien, de entenderse como teoría y pretender ser verdadera, tiene que suponer que esa verdad debe ser políticamente irrelevante, pues políticamente no puede reclamar más derechos que las pretensiones de verdad contrarias” (REDONDO Jimenez, 1998, págs. 21-24).

Según Manuel Jiménez, una respuesta ante este problema teórico (que considero ha sido recibida por el derecho) sería la de Kant. Parte de la distinción de dos conceptos de libertad: la libertad de arbitrio como independencia de la determinación de voluntad de impulsos externos (sensibles), es decir, como la capacidad de actuar de suerte que también podría no haberse actuado; y el de la libertad como autonomía racional, como facultad de ponerse a uno mismo las leyes, que sucede por vía de que la máxima que gobierna cada una de las acciones se sujete a la condición de poder valer para todos como una ley general. En principio, las leyes que piden convertirse en principio de la motivación de las acciones serían las morales, y las que se refieren a meras acciones externas son las leyes jurídicas. En la teoría del derecho se dice que las leyes son “externas”, en la medida en que para su cumplimiento no importan los motivos o intenciones del sujeto. De lo anterior resulta que la idea del derecho es la forma de la relación de los arbitrios de cada parte, y el principio general es la concertación del arbitrio de cada uno con la libertad de cualquier otro, siendo el resultado una ley general. Por tratarse de un orden externo, lo que se pretende es eliminar los obstáculos de mi acción libre, y esto hace que el derecho sea esencialmente coercitivo. Se trata de la posibilidad de asociar la mutua coerción general con la libertad de todos. Las leyes establecen las condiciones de coerción bajo los que el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de cualquier otro:

“Del principio general del derecho, así explicado, Kant concluye que la <libertad (la independencia respecto del arbitrio de otro que me fuerce a algo), en cuanto que sea compatible con la libertad de todos y cada uno de los demás conforme a una ley general, es el único derecho, el derecho original, que asiste a todo hombre en virtud de su humanidad>. Se trata de un imperativo de la razón que Kant formula como un derecho/deber de autoafirmación. <No te conviertas para otros en simple medio, sino sé a la vez para ellos fin>, <este deber se explica como obligación por el derecho de la humanidad en tu propia persona> por el lado de poder considerarse a

cada cual fuente espontánea de sus acciones” (REDONDO Jimenez, 1998, págs. 25, 26).

Dado que mi arbitrio se define como la independencia de mi voluntad de impulsos sensibles, mi acción arbitraria pide que los otros se abstengan de estorbar. No se trata del mero poder de quitar a los otros de enfrente, sino que los otros se abstengan de estorbar. No se trata de una acción práctica, quitar a los otros, sino de entender a mi propia acción como libre, que los otros se abstengan. Mi libre arbitrio puede apropiarse de una cosa poseyéndola y me estorban quienes impiden que la posea. Esto implica que mi libre arbitrio entiende la posibilidad de poseer algo aunque no lo tenga en la mano, que no se me estorbe para poseerlo. Dice Kant que:

“<la razón práctica quiere ver pensada la posesión de él (cualquier objeto) conforme a conceptos del entendimiento, no conforme a conceptos empíricos, sino conforme a conceptos que contienen a priori la posibilidad de aquella posesión, en ello radica el concepto de validez de tal concepto de posesión como de una legislación general>... De ello se sigue que si <ha de ser posible jurídicamente el tener alguien un objeto externo como suyo (digamos, porque no va en contra de la idea de derecho), entonces ha de estarle también permitido obligar a entrar en una constitución civil a cualquier otro con quien se le suscite una disputa sobre lo mío y lo tuyo sobre tal objeto” (REDONDO Jimenez, 1998, pág. 27).

El ejercicio físico del libre arbitrio contiene la posibilidad de ser convertido en ejercicio jurídico mediante la unión de la voluntad de todos. Mi acción de poseer algo solo será presuntiva mientras no venga autorizada y sancionada por una ley general:

“La legitimidad del ejercicio del derecho universal de libertad, esto es, el único derecho que asiste al hombre en virtud de su humanidad, sólo puede

ser presuntiva mientras no se tornen efectivas la leyes generales” (REDONDO Jimenez, 1998, pág. 28).

Pero estas leyes y el ejercicio sancionador, para no convertirse ellas mismas en obstáculo, deben articular la libertad de todos e imponerse a todos, que es como imponérmelas a mí mismo:

“Pues bien, cuando alguien dispone algo sobre otro, siempre es posible que haga injusticia, pero nunca cuando alguien dispone sobre sí mismo... Así pues, sólo la voluntad concordante y unida del pueblo en tanto que cada uno sobre todos y todos sobre cada uno deciden lo mismo, puede ser legisladora. Si llamamos a esto `principio democrático`, resulta que el principio democrático es parte del `principio del derecho`” (REDONDO Jimenez, 1998, pág. 29).

Parecería que el “principio de derecho” se confunde con el “principio moral”, en la medida en que redundan en una libertad como autonomía o en actuar conforme a máximas que yo me impongo y considero válidas para todos. Las leyes jurídicas sólo regulan relaciones externas, sólo me piden actuar conforme a la ley, pero no por respeto a la ley, sin embargo:

“sí ocurre que en el punto que representa el principio democrático, el `principio del derecho` no sólo queda plasmado en el sistema jurídico, sino que queda reflexivamente internalizado por el sistema jurídico, por cuanto que el sistema jurídico, conforme al concepto mismo de derecho, ha de institucionalizar mecanismos y procedimientos mediante los que pueda formarse la voluntad concordante y unida de todos que se exprese en una ley general” (REDONDO Jimenez, 1998, pág. 29).

Para Manuel Jimenez, entonces, el problema conceptual de la Declaración se resuelve en la medida en que los dos focos de legitimidad, el derecho original de libertad y el principio democrático (o soberanía), quedan articulados en Kant por medio de un único imperativo de la misma razón:

“el cual es exactamente el mismo que el de la moralidad, sólo que aplicado a ‘relaciones externas’” (REDONDO Jimenez, 1998, pág. 30).

Si tomamos como cierta la afirmación de Derrida de que la acción justa se dirige hacia la singularidad del otro, dicho principio me parece que podría enunciarse como: no seas para los otros un simple obstáculo, sino que conviértete en la posibilidad de su libertad. Sobre este principio quedaría fundado el deber ser del derecho, que opera en la práctica regulando las acciones mediante el sometimiento a la voluntad general. Este sometimiento a la ley general parece prevenirnos contra las arbitrariedades individuales. Pero ya vimos las contradicciones de ley como universales, así como los problemas de encubrimiento y arbitrariedad que conllevan, y que existen injusticias que se comenten por someter la decisión a un imperativo. Retomo una cita de Derrida:

“La referencia a un imperativo categórico (<Actúa de tal manera que trates, tanto en tu persona como en las otras, a la humanidad también como fin y nunca sólo como simple medio>), por indiscutible que sea, no permite ninguna crítica de la violencia. El derecho, en su violencia misma, pretende reconocer y defender dicha humanidad como fin en la persona de cada individuo. Una crítica puramente moral de la violencia es, pues, tan injustificada como impotente... Hay que saber también que esta justicia se dirige siempre a singularidades, a la singularidad del otro, a pesar o precisamente a causa de su pretensión de universalidad... Esto nos lleva a denunciar no sólo los límites teóricos sino también injusticias concretas, con los efectos más evidentes, de la buena conciencia que se detiene dogmáticamente ante una u otra determinación heredada de la justicia” (DERRIDA, 1989).

Por su parte, a decir de Manuel Jiménez:

“El origen histórico de la composición de un concreto <pueblo soberano> será por lo general una historia de la violencia. Pero, pese a ser producto de

la violencia, la fuente del derecho, el pueblo soberano (en el estar sometido a las leyes que él mismo se da, y en el dárselas) tiene que ignorar (<en sentido práctico>, no ciertamente como lección histórica) la violencia de la que es producto, a fin de poder gestionar conforme a estos criterios de libertad y de justicia política la diferencia y diversidad de la que se halla compuesto, e incluso para gestionar conforme a esos criterios su propia autodisolución; invocar otros criterios por encima de ellos sería el no-derecho, la barbarie, revelándose así el derecho como el intento de poner razón en la violencia con que la historia nos abrumba. El <pueblo jurídico>, el reunido por el soberano con independencia de <eticidades históricas>, no puede admitir nada por encima de él en esa su positividad con que históricamente da consigo como soberano. Dicho de otro modo: si, en el origen, el poder soberano no consentía ser excrutado o puesto en cuestión, por su capacidad de aplastar mediante su derecho a quien osara cuestionarlo, al final el diferenciado soberano republicano (que opera con el principio democrático) quizá siga teniendo aquella misma capacidad de imponerse, pero se ha racionalizado prácticamente hasta el punto de que todo cuestionamiento, para quedar normativamente a la altura del soberano, habrá de efectuarse en términos republicanos, es decir, conforme a los principios de la constitución republicana vigente, esto es, conforme a los mismos principios que constituyen al soberano, de modo que la concreta validez de esos principios es ahora la validez de la facticidad con aquel origen, y toda otra facticidad que quiera cuestionarla conforme a otros principios que los de ella, queda normativamente por debajo de ella” (REDONDO Jimenez, 1998, pág. 33).

Por lo tanto, aunque el principio “no seas para los otros un simple obstáculo, sino que conviértete en la posibilidad de su libertad” me pueda parecer razonable, su aplicación en tanto que principio podría justificar las violencias más atroces. En todo caso, no funciona para criticar la violencia misma del derecho. Esta violencia puedo tomarla como un acto de arbitrariedad en la medida en que implica la

imposición de una interpretación sobre otra, misma que se basa en una desigual repartición de capitales jurídicos. Además, la violencia permanece por la imposición de un principio general sobre los individuos. Un principio general parece una solución razonable para regular la arbitrariedad de las acciones individual. Es razonable, pero ¿es justo? El anhelo de justicia me advierte sobre su propia arbitrariedad. La arbitrariedad no se alcanza a salvar mediante el resultado de un ejercicio de razonamiento.

3. Buena voluntad.

Inicio con una recapitulación de lo expuesto con anterioridad para justificar la pertinencia del camino que me parece se sugiere desde la propuesta de Lévinas. El problema del deber ser del derecho puede llevar a la pregunta sobre la violencia del derecho. Normalmente esta problemática se aborda desde la perspectiva de la fundación del derecho y del Estado, por ejemplo el triunfo de una revolución. La instauración de un nuevo orden implica la transformación de la violencia, del nuevo poder, en derecho. Por ejemplo, para Kelsen este momento aparece como la promulgación de una norma fundamental y representa uno de los límites del derecho pues dicha norma no se encuentra fundada por otras normas, sino que su origen deriva de la transformación del poder en derecho. Sin embargo, esta violencia fundadora del derecho subsiste en la dinámica general del derecho. Toda aplicación de la ley es una refundación de la norma y con ella del sistema jurídico, pues ninguna norma opera sola. La fuerza realizativa del derecho, que implica que lo establecido por la norma será, posibilita o se funda por (dependiendo si abordamos el problema desde la Derrida o Bourdieu) una lucha dentro del campo jurídico donde los distintos actores ponen sus capitales jurídicos en juego para que decir qué es derecho, para establecer lo que será. Se trata de un derecho que siempre está por verse. Obviamente se trata de un juego mucho más complejo del que aquí se da cuenta, pero lo que interesa es establecer esa relación entre la fuerza normativa y los juegos dentro del campo jurídico, y de éstos con la validez y

el deber ser del derecho. Ganar una causa jurídica, se trate de un mero trámite ante el Registro Público de la Propiedad o hasta conseguir la promulgación de una ley, otorga al vencedor de un nuevo capital jurídico con el que no contaba y que le otorga una mayor fuerza para sus futuras causas jurídicas. Cada capital jurídico que se obtiene influirá en la futura aplicación de otras normas, con lo que se da una reorganización del sistema jurídico. La aplicación de una norma está sujeta a la interpretación que se le pueda dar, pero esta interpretación ya viene acotada por el estado de los actores en el campo jurídico y los capitales jurídicos que operan o con los que se cuentan en un determinado momento.

La desigual apropiación de los capitales jurídicos es inevitable por cuanto representan victorias que el mismo derecho otorga por su aplicación, y es la aplicación del derecho lo que le permite mantenerse al propio sistema jurídico. La existencia de estos capitales, esto es el derecho aplicado, arman al propio derecho para que cuente con fuerza, para que lo que lo que prometa la norma se realice. La fuerza realizativa es como la fuerza que puede tener la promesa de una norma. Es una promesa que, en última instancia, se impone a los individuos sobre un estado de cosas que se mantendrá, y por esto la norma aparece como universal, abstracta y general, es decir, como contraria a los individuos concretos.

Esta desigual apropiación, que opera desde una desigual distribución que permite las futuras apropiaciones, constituye una arbitrariedad dentro del propio derecho. Pero el derecho depende de su propia arbitrariedad para oponerse a otros sistemas de resolución de conflictos y a los demás poderes para lograr su autonomía. El derecho pretende romper o evitar otras arbitrariedades (los propios jueces deben de someterse a la norma) y lo consigue en la medida en que oculta y mantiene su propia arbitrariedad.

Sin embargo, la propia arbitrariedad del derecho ya se presenta como una amenaza y el derecho, por lo demás, se justifica como una herramienta para evitar la arbitrariedad. El derecho tiene su historia y mucha experiencia acumulada en la resolución de conflictos y en evitar arbitrariedades. Hemos llegado a la

promulgación de los derechos humanos y configurado al derecho en general partiendo desde el respeto por la libertad (que las arbitrariedades externas limiten mi ejercicio de la libertad), según se vio con la breve exposición de Kant. Los derechos humanos son una promesa que queremos mantener, un derecho que queremos que se aplique.

En su artículo “Derechos Humanos⁴⁷ y Buena Voluntad”, Lévinas parte de un reconocimiento por los derechos humanos, como un momento en que unos derechos asignados al hecho mismo de ser hombre fundamentan la legislación y entran como esenciales en la conciencia occidental. Como el momento en que los imperativos bíblicos “no matarás” y “amarás a tu prójimo” entran en el discurso jurídico primordial de nuestra civilización⁴⁸. Para describir la manera en que estos imperativos entran en la conciencia occidental, Lévinas utiliza el siguiente argumento:

“El hombre en cuanto hombre tendría derecho a un lugar excepcional en el ser y, por ello, sería exterior al determinismo de los fenómenos; tal sería el caso del derecho a una independencia o a la libertad... derecho a la libre voluntad garantizado y protegido por las leyes establecidas por los hombres. Un derecho que se manifiesta en la obligación –que incumbe, pues, a los hombres libres en cuanto tales- de evitar al hombre una dependencia en la que no sería más que un mero medio para una finalidad de la que él no sería en ningún caso el fin. Obligación de evitar al hombre los sufrimientos y humillaciones de la miseria, del vagabundeo, e incluso los dolores y tormentos que comportan los mismos encadenamientos de fenómenos naturales –físicos y psicológicos-, así como de preservarle

⁴⁷ Aunque el tema es Derechos Humanos, y en su exposición Lévinas parte de la Declaración de los derechos del hombre, me parece justificado abordar el tema como un planteamiento para el derecho en general. Lévinas retomará los argumentos kantianos que hablan sobre el derecho en general, y él mismo argumenta que los Derechos Humanos son esenciales al discurso jurídico occidental.

⁴⁸ Resulta interesante para pensar la obra de Lévinas, aunque no toca en esta tesis, el reconocimiento que Lévinas hace sobre los Derechos Humanos como esenciales a la conciencia de occidente, como el momento en que los imperativos bíblicos penetraron como fundamentos del derecho. ¿Cómo el característico egoísmo de la conciencia occidental, cerrado en la mismidad, pudo llegar a postular estos derechos que ordenan amar al prójimo?

contra la violencia y crueldad de las malas intenciones de los seres vivos... La esencia formal de los derechos humanos, considerada a partir del lugar excepcional del hombre en el determinismo de lo real, por el que se abre camino una voluntad libre, recibe así un contenido concreto y una caracterización... Perfeccionamiento de un orden humano de libertad mediante la eliminación de numerosos obstáculos materiales contingentes y de estructuras sociales que impiden y falsean la aplicación y el ejercicio de los derechos humanos. Unos derechos que quizá no pueden hacer desaparecer los rigores últimos de lo inhumano en el ser que, por la firmeza insuperable de las costuras que consolidan su tejido –material, fisiológico, psicológico y social-, contraría y limita siempre la voluntad libre del hombre.

De un hombre que puede también obstinarse en existir en la renuncia a obedecer y preservar estos difíciles derechos. Como si su libertad estuviera limitada en cuanto tal por la libertad, como si la libertad fuera en sí misma una necesidad obligatoria. ¿Qué significa el deber ser de este derecho?” (LEVINAS, 1993;2001, págs. 243, 244).

En el apartado anterior abordé la pregunta por el deber ser realizada por Lévinas. La problemática es la de una persona que puede obstinarse en el ejercicio de su derecho de libertad hasta oponerse al conjunto del derecho o a los derechos humanos. Según se argumenta en esta tesis, esta problemática no sólo resulta en la oposición teórica entre el derecho a la libertad sobre el conjunto del derecho o de los Derechos Humanos. Se trata de un problema que incumbe al ejercicio mismo del derecho en tanto que su deber ser se encuentra sujeto a la aplicación que hacen del derecho los individuos. Todo ejercicio de un derecho por parte de un individuo se opone al conjunto del derecho pues hace aparecer como contingente la norma general, en la medida en que ésta queda por verse. Esto se puede tomar como la oposición entre la universalidad de la norma, un derecho que se pretende que esté por encima de los arbitrios particulares, y los individuos concretos. Se podría decir que se trata de la obstinación de lo particular en contra

de lo universal. Hay que recordar que la universalización como elemento del derecho apareció como una respuesta ante el problema que resulta de dos arbitrios particulares que se oponen. Para retomar el tema, cito a continuación a Lévinas:

“¿De qué modo y con qué modelo puede imponerse efectivamente la voluntad libre o autónoma que reivindican los derechos humanos a otra voluntad libre sin que esta imposición implique un “efecto”, una violencia sufrida por tal voluntad? Ello es posible sólo si la decisión de una voluntad libre concuerda con una máxima de actuación que puede universalizarse sin contradicción y si, al revelar de este modo la razón que habita en la voluntad libre, esta voluntad se hace ‘respetar’ por todas las demás voluntades libres de acuerdo con su racionalidad. Tal es la voluntad que Kant habría llamado razón práctica... La voluntad que obedece al mandato de una voluntad libre sería, pues, una voluntad libre, como una razón de la que se da razón. El imperativo categórico sería el principio último de los derechos humanos” (LEVINAS, 1993;2001, pág. 245).

Sin embargo, el problema de la obstinación en contra de lo universal subsiste. Por ejemplo según se vio con Derrida, aún ante la aplicación de la norma universal aparece la decisión individual de aplicar la norma. ¿Podemos pensar la obstinación de otra manera? ¿Qué pasa cuando la obstinación de una persona en el ejercicio de su libertad, oponiéndose al conjunto del derecho y su capacidad de imponerse, está motivada por la bondad?

“Pero, ¿sería esta espontaneidad incoercible del querer la bondad misma que, al ser sensibilidad por excelencia, contendría también el proyecto original y generoso de la universalidad infinita de la razón requerida por el imperativo categórico? Un impulso generoso, y no esa patología que descalifica toda libertad en su santa imprudencia y que fue denunciada por Kant” (LEVINAS, 1993;2001, pág. 245).

Ante el problema de la violencia que implica que una voluntad libre se imponga a otra, la respuesta ofrecida por Kant deriva de la concordancia entre la acción libre con una máxima de actuación que pueda universalizarse (“Como una razón a la que se da razón”). Esta concordancia sería fruto de un “sentimiento intelectual, que, precisamente en cuanto intelectual, no procedería ya de la sensibilidad, considerada por Kant como fuente de heteronomía” (LEVINAS, 1993;2001, pág. 245). Parece con Kant que la <energía normativa> remite al rigor de lo racional, sin embargo la obstinación de la espontaneidad persiste:

“No obstante, ¿es cierto que la voluntad libre se somete enteramente a la noción kantiana de razón práctica como peraltación del pensamiento universal que también llamamos buena voluntad? ¿Se reduce sencillamente a ella?... ¿Aplaca el respeto conferido a la universalidad el dominio incoercible de la espontaneidad, que no puede reducirse meramente a los impulsos pasionales y sensibles?” (LEVINAS, 1993;2001, pág. 245).

No se trata de una obstinación patológica que descalifica toda libertad en su santa imprudencia. Se trata de una espontaneidad que contiene el proyecto original y generoso de la universalidad infinita de la razón requerida por el imperativo categórico. Queremos que la promesa de los derechos humanos se mantenga, que se apliquen. La fuerza realizativa del derecho se tambalea en el mero rigor de lo racional pues está sostenida en que las personas lo apliquen, en que quieran aplicarlo. El rigor de lo racional no termina por romper con la arbitrariedad, pero esta posibilidad de la arbitrariedad permite entrever la posibilidad de algo más: de un impulso generoso, el querer de la bondad misma:

“Bondad: virtud pueril; pero, en cuanto tal, caridad, misericordia y responsabilidad respecto de otro, posibilidad del sacrificio en el que irrumpe la humanidad del hombre, quebrantando la economía general de lo real y trascendiendo la perspectiva de los entes que se obstinan en ser hacia un “estado” en el que los demás están antes de mi mismo. Desinterés de la bondad: el otro, en su llamada –que es un mandamiento-, el otro como

rostro, el otro que <tiene que ver conmigo> incluso cuando no me mira, el otro como prójimo siempre extranjero: la bondad como trascendencia; y yo, el que está conminado a responder, el insustituible y, por ello, el elegido y el verdaderamente único. Bondad para con cualquiera, derechos humanos. Derechos, ante todo, del otro hombre” (LEVINAS, 1993;2001, págs. 245, 246).

Opera, entonces, una inversión ante el sentimiento intelectual de respeto a lo universal que Lévinas encuentra en el discurso kantiano, y que termina por poner al imperativo categórico (como una razón que se da razón) como principio último de los derechos humanos:

“Pero puede que el <sentimiento intelectual> del “respeto” designe en este caso el respeto como modalidad del verdadero sentido de la situación” (LEVINAS, 1993;2001, pág. 245).

Queda el respeto como anterior a la cuestión universal o como modalidad de su sentido. Se trata de un sentimiento de respeto que surge en la relación con el otro y por el que los Derechos Humanos quedan como Derechos, ante todo, del otro hombre⁴⁹. Por su parte, la universalidad pretendida por el derecho llega por la bondad en tanto que para cualquiera. Lévinas da una importante aclaración con respecto a la bondad, y que permite también situar su propuesta con relación a lo desarrollado en este capítulo, pues con la apelación a la bondad no se trata de que el derecho pierda su estatuto de absoluto para recaer en decisiones benevolentes de los particulares.

“Lo que hemos llamado interrupción o ruptura de la perseverancia de los seres en su ser, del “conatus essendi” mediante el desinterés de la bondad, no significa que los derechos humanos pierdan su estatuto de absolutos para recaer en el nivel de las decisiones que han de tomar algunas

⁴⁹ Los Derechos Humanos que pertenecen al hombre en cuanto hombre, que fueron conferidos a la humanidad del hombre, son derechos, ante todo, del otro hombre.

subjetividades benevolentes. Significa más bien todo lo absoluto de lo social, del para- otro, que es probablemente el designio de lo humano” (LEVINAS, 1993;2001, pág. 245).

El derecho, en teoría, queda fundado en sí mismo, pero en su historia estuvo fundado por un acontecimiento concreto, como una revolución. Además, su aplicación siempre está sujeta a un proceso de decisión de los individuos y de una lucha por decir qué es derecho. Sin embargo, estas las luchas permanecen ocultas. Se oculta la violencia que implicaron y se genera un nuevo tipo de violencia como resultado del ocultamiento en la desigual distribución de los capitales jurídicos. La paradoja es que este ocultamiento es lo que otorga fuerza al derecho, como un poder legítimo en sí o con autonomía que se opone a los poderes económicos, físicos, políticos, etc. Como un derecho que se da la razón.

La propuesta que me interesa rescatar de Lévinas, que ya venía perfilada con Derrida, es la fuerza que tienen lo particular para abrir al derecho, desfundándolo por una deconstrucción o rompiendo la indiferencia por el interés por el otro. Por ejemplo, una sociología del campo jurídico ¿no es un ejercicio de bondad, no se realiza en función de un deseo mayor de justicia?

Ante el problema de la arbitrariedad, en el derecho se aplicó el argumento kantiano de someter la actuación a una máxima, que como criterio universal toma la forma de norma jurídica. No existe arbitrariedad cuando la actuación corresponde a una máxima que regula los arbitrios de todos para posibilitar el propio ejercicio de la libertad. Lo anterior resulta en el imperio del derecho sobre las acciones externas. Retomando a Kelsen, la primera actuación que obliga el derecho a conformarse con la norma sería la de la autoridad. Pero esto nos lleva a quedarnos en la arbitrariedad del derecho o a la tiranía. El derecho se cierra en sí mismo. La propuesta de Lévinas puede servir para apuntar a otro camino para evitar la arbitrariedad. Tiene que ver con la irrupción del otro o con romper con la indiferencia. Esta ruptura con la indiferencia se puede realizar o ir realizando, por ejemplo, por medio de una sociología del campo jurídico o la deconstrucción, ya

que pueden responder a un ejercicio de bondad, de hospitalidad, o a un anhelo mayor de justicia. Tanto una sociología del campo jurídico como una deconstrucción, resulta que no son ajenas al derecho, parten de su misma fuerza y, creo, le dan fuerza al derecho. Dan cuenta de la fuerza realizativa del derecho y de su capacidad para mantenerse, y con esto puede prevenirnos de su propia tiranía. Incluso, la teoría pura del derecho de Kelsen opera como una crítica a la ideología que se puede ocultar en la postura iusnaturalista.

4. Ensayo para pensar en los Derechos de los otros.

En la siguiente exposición se pretende profundizar la exposición de Lévinas, aclarando algunos de sus conceptos y presentando algunos ensayos de construcción de su propuesta como respuesta a la problemática tratada sobre el derecho.

“Derechos Humanos y Buena Voluntad”, pertenece al conjunto de trabajos publicados por Lévinas en “Entre Nosotros. Ensayos para pensar en otro”. En su prefacio, el autor nos aclara el sentido general de sus ensayos a partir del título del primer trabajo: “¿Es fundamental la ontología?” Se trata de un cuestionamiento a la filosofía occidental que termina por cerrarse en la preocupación de ser, y en la que Lévinas encuentra el origen de toda violencia, en forma de entes que se afirman sin consideraciones los unos para los otros en su preocupación por ser. Sin embargo:

“en la vida experimentada por los humanos sucede –y ahí es donde comienza lo humano propiamente dicho, pura eventualidad pero al mismo tiempo eventualidad pura y santa- el consagrarse –a- otro” (LEVINAS, 1993;2001, pág. 9).

Se trata de una preocupación por otro, de una responsabilidad con lo ajeno, y por esto de otro modo que ser. Esta ruptura con la indiferencia resulta en la posibilidad que constituye el acontecimiento ético:

“la aventura existencial del prójimo importa al yo antes que la suya, y sitúa de golpe al yo como responsable del ser ajeno; responsable, es decir, único y elegido, un sujeto que ya no es un individuo cualquiera del género humano... el en-sí del ser que insiste-en-ser es rebasado por la gratuidad de un fuera-de-sí-para-otro en el sacrificio o en la posibilidad del sacrificio, en la perspectiva de la santidad” (LEVINAS, 1993;2001, pág. 10).

Lévinas advierte que en sus ensayos no existe urgencia para elaborar un nuevo código y que no pretende renunciar a la paz de lo Racional, sino que busca acceder a otro proyecto de inteligibilidad.⁵⁰

La filosofía occidental es criticada por Lévinas como una filosofía de la injusticia, pues subordina la relación con el otro a la relación con el ser en general. Se trata de una imposición de lo anónimo que lleva a la vivencia de la tiranía⁵¹. Ante esto, Lévinas sostiene que la experiencia fundamental es la experiencia del prójimo, procurando llevar hasta sus últimas consecuencias una filosofía de lo concreto, del compromiso con el otro, de la singularidad individual frente a la gesta neutra y anónima del ser que se cierra en su preocupación por ser. El proyecto de Lévinas propone el abandono del mismo y la promoción del otro, con lo que no extingue la subjetividad, sino que desaparece su fundamentación ontológica para reivindicar una intersubjetividad ética. Se trata de comprender la historia cultural y del pensamiento como acontecimiento antropológico y no como acontecimiento del

⁵⁰ El proyecto de inteligibilidad de Lévinas parte de la fenomenología de Husserl, quien ve que el primer fenómeno que se da en la reflexión directa sobre la conciencia no es un <yo pienso> (ego cogito) sino un <yo pienso un objeto> (ego cogito cogitatum). El objeto de cada cogitación, sin estar enajenado en ella, se presenta sin embargo como su característica necesaria y está como tal necesariamente dado (dado en su modo de presentarse a la conciencia) en la reflexión sobre la conciencia. (DIEZ Cuesta, 1998). “La fenomenología quedaría como la manera de abordar una noción haciendo valer la concreción de una situación en la que originalmente adquiere sentido”. Citado por Gonzalez, (GONZÁLEZ R. Araniz, 1998, pág. 67), sobre el texto de Lévinas, “Entre Nosotros. Ensayo para pensar en otros.”

⁵¹ “Filosofía del poder, la ontología, como filosofía primera que no cuestiona el Mismo, es una filosofía de la injusticia. La ontología hiedeggeriana que subordina la relación con el Otro a la relación con el ser en general— aún si se opone a la pasión técnica, salida del olvido del ser oculto por el ente— permanece en la obediencia de lo anónimo y lleva, fatalmente, a otra potencia, a la dominación imperialista, a la tiranía. Tiranía que no es la extensión pura y simple de la técnica en los hombres cosificados. Se remonta a los <estados de ánimo> paganos, al enraizamiento en el suelo, a la adoración que hombres esclavizados pueden profesar por sus señores.” Cita tomada por J. Alberto Sucasas Peon (SUCASAS Peon, 2011, pág. 20) sobre, la obra de Lévinas “Totalidad e Infinito.”

ser, o si se prefiere, romper el anonimato del ser pensándolo en su finalidad humana. Posibilidad de un pensamiento utópico o mesiánico por la apertura del tiempo hacia la esperanza. Se considera al mundo como inacabado y sobre el que se puede proyectar o caminar. A decir de Lévinas “El hecho de que haya Amo y Esclavo es este inacabamiento” (NORIEGA Dobarro, 1998, págs. 7-11).

En el prólogo de “Entre nosotros”, Lévinas nos da una clave para la lectura de sus trabajos al afirmar que no pretende renunciar a la paz de lo racional, sino acceder a otro proyecto de inteligibilidad. Critica la filosofía occidental, pero aplaude los derechos humanos a los que considera fundamentales en la conciencia occidental. Propone otra manera para entenderlos que puede funcionar, me parece, para que no se cierren en sí mismos en un egoísmo donde “mis” derechos se oponen y luchan contra los derechos de otros, y donde los empobrecidos jurídicamente se llevan la peor parte.

Que los derechos sean ante todo derechos de los otros, ¿implica una primacía de la obligación o de los deberes sobre los derechos?, ¿se trata de pensar que los deberes fundan la posibilidad de la exigencia institucional de los derechos? Posiblemente exista aquí un camino para la sistematización de la propuesta que quiero rescatar de Lévinas para el derecho. Sin embargo, me parece que en la propuesta de Lévinas los derechos del otro exceden mis deberes y obligaciones. Como explica Ayuso Diez:

“Lo totalmente otro es lo que encuentro como otro, como extraño con el que no puedo formar una totalidad porque no puedo apropiármelo; lo que en definitiva pone en entredicho mi poder... Nuestra relación se produce así en términos de acogida, de hospitalidad, de bondad: de discurso (o de su rechazo violento). El otro hombre es el que me habla y al que le hablo. El Yo, al hablar, sale de sí, se expresa y se expone, produciendo así la trascendencia, porque hablar significa ya reconocerle al otro un derecho sobre el Yo que éste no le otorga: el derecho a recibir razones, a estimarlo en su alteridad” (AYUSO Diez, 1998, pág. 47).

La experiencia del otro como experiencia fundamental que rompe con la indiferencia aparece, como ejemplo emblemático, cuando la muerte de otro me afecta más que la mía. La angustia ante la nada no sería por mi ser, sino por el ser del otro. Lévinas señala que la nada de la muerte sería, entonces, la desnudez del rostro del otro. Noriega cita de Lévinas, “La muerte y el tiempo”:

“La nada de la muerte ¿no es la desnudez del rostro del prójimo? <No matarás>, eso es la desnudez del rostro. La proximidad del prójimo ¿no se encuentra en mi responsabilidad por su muerte?... La muerte en el rostro del otro es la modalidad a través de la cual la alteridad por la que lo Mismo es afectado hace estallar su identidad de mismo a guisa de pregunta que surge en él.

Esta pregunta –pregunta de la muerte- es por sí misma su propia respuesta: es mi responsabilidad por la muerte del otro... pregunta que es también respuesta, pero en ningún caso diálogo del alma consigo misma... -¿no es acaso anterior al diálogo? La pregunta comporta la respuesta en tanto que responsabilidad ética, en tanto que imposible escapada”⁵² (NORIEGA Dobarro, 1998, pág. 11).

Graciano González, cita a propósito de la imposible escapada un cuento de Kafka:

“Somos cinco amigos;... Desde entonces vivimos juntos y tendríamos una vida pacífica si un sexto no viniera siempre a entrometerse. No nos hace nada, pero nos molesta, lo que ya es bastante; ¿por qué se introduce por

⁵² “Pero esa relación con el otro a través de la pregunta que plantea la mortalidad del prójimo puede perder su trascendencia por la costumbre que la organiza, deviniendo continuidad en la sociedad en la cual tanto el Otro como yo pertenecemos al mismo cuerpo social. El por-el-otro se produce así razonablemente, como una actividad sensata. En consecuencia, la substancialidad del sujeto renace de sus cenizas.... en la dedicación codificada hacia el otro. Contra esta dedicación codificada o dedicación razonable por el otro se pierde con el absurdo de la propia muerte, de mi muerte por nada, pero es este absurdo el que hace posible la gratuidad de mi responsabilidad de interceder... responsabilidad de un mortal por un mortal” (NORIEGA Dobarro, 1998, pág. 11)

fuerza allí donde no se le quiere?... lo que es posible y admitido entre nosotros cinco es imposible e inadmisibles en ese sexto. Además, somos cinco y no queremos ser seis... no queremos una nueva reunión, precisamente en razón de nuestras experiencias. Pero, ¿cómo enseñar todo esto al sexto, puesto que largas explicaciones implicarían ya una aceptación en nuestro círculo? Es preferible no explicar nada y no aceptarlo. Por mucho que frunza los labios, lo alejamos empujándolo con el codo, pero por más que lo hagamos, vuelve siempre otra vez” (GONZÁLEZ R. Araniz, 1998, pág. 64).

Para González, el texto de Kafka expone la situación de tener que dar razones. Sería un acontecimiento antropológico como imposible escapada a la situación de tener que responder por el otro y por los demás. Tener que dar razones ante el otro aparece como prueba de una interpelación previa al posible diálogo razonando o a una cuestión del querer. Imposible exclusión del “sexto”, a menos que se le mate. La situación de la relación con el otro queda en la disyuntiva de eliminarlo o responder. Al reconocer esta disyuntiva como primera opera ya un cambio o ruptura con respecto a una posible fundamentación formal del derecho, pues la irrupción del individuo la antecede y no se doblega por ninguna máxima. Desconocer esta disyuntiva sería un intento por permanecer en la indiferencia que en su extremo sólo puede culminar con la eliminación del otro. Un método para permanecer en la disyuntiva podría ser el fenomenológico, en la medida en que se pretende permanecer en la concreción de la situación original y encontrando el sentido que ésta adquiere.

En los derechos humanos, Lévinas bosqueja que se adquiere el sentido de que los derechos humanos son, ante todo, derechos de los otros. Resulta importante aclarar que la situación original sería la intersubjetiva, por lo que permanecer en ella implica no perder al otro ni al que responde. Tener que dar razones surge de la imposible escapada que, cuando se hace consciente, resulta en un llamado a

responder. Tener que responder a la llamada de alguien que por esta fuerza de interpelación ahora manda justificar la propia existencia ante el otro.

Me parece que para González la propuesta de Lévinas sería volver a pensar los derechos, pero partiendo de la intersubjetividad (acontecimiento antropológico), es decir, como derechos de los otros. Volver a pensar los derechos y seguirlos pensando en cada situación, y por esto hasta el infinito, pero sin esconder la moralidad del encuentro en su deducción por la relación con el ser. Afirmando que el yo es una subjetividad precedida por los otros. La situación intersubjetiva se evidencia en la necesidad de traducir los derechos humanos en cada situación para asegurar su disfrute efectivo y en la necesidad recurrente de volver a pensar los derechos humanos, justificándolos en un nuevo discurso ya sea positivista, naturalista, de eficacia política o apelando a un referente legitimador del consenso. El aporte de Lévinas se trataría de un cuidado constante para que el otro no se convierta en víctima, o en un “sexto” al que se le pueda expulsar del territorio social de los otros cinco (GONZÁLEZ R. Araniz, 1998, págs. 64-70).

Se puede notar en el tratamiento que hace González una apelación por el sentido moral o ético que subyace a los derechos humanos. Su argumentación se sostiene de la afirmación de la ética como filosofía primera y de las deducciones que se puedan sacar de esto, como el referido reconocimiento del sentido moral de los derechos humanos. Se trataría de una máxima moral a la que la reflexión de los derechos se debe ajustar. ¿Por qué se debe ajustar a ella? ¿Basta que se constate fenomenológicamente la imposible escapada de tener que dar razones para que resulten una serie de obligaciones al conocimiento y aplicación de los derechos humanos? ¿Cómo asegurar que esas obligaciones sean fruto de la constatación de un acontecimiento antropológico y no meras imposiciones que apelan a un discurso como podrían apelar a cualquier otro? Es cierto que la filosofía de Lévinas contiene una fuerza ética que invita a fundamentar el sentido de los derechos humanos, pues nombra la relación con el otro como justicia, y afirma el mandamiento de no matarás. Pero entre este acontecimiento

antropológico y la Declaración de los Derechos Humanos existe un abismo. El cuidado constante para que el otro no se convierta en víctima es una conclusión importante, pero es necesario entender cómo los derechos humanos o el derecho pueden hacer víctima al otro. ¿Qué quiere decir o cómo se presenta la obstinación en ser en el derecho, y cómo partiendo de esa obstinación en ser se pueden encontrar rutas hacia la apertura con el otro? ¿Por qué puede ser pertinente para el derecho la apelación a la bondad? ¿Dónde encontramos apelaciones a la bondad o dónde se le podría inyectar esta fuerza incoercible al derecho?

En el texto de Sucasas, “Difícil Política. Justicia y mesianismo en Lévinas”, se encuentra un tratamiento para la relación entre la ética de Lévinas y la política actual, lo que me parece también se podría aplicar para esbozar un trayecto entre la filosofía primera de Lévinas y el derecho.⁵³ Se trata de un trayecto plagado de dificultades, como el título del texto lo indica y que inicia con la pregunta “¿hay una política de Lévinas?”. El tratamiento de la política no llega a ser pormenorizado por parte de Lévinas. Aún así, parece que la relación entre política y ética juega un papel decisivo en su propuesta. Para Sucasas no cabe hablar de una filosofía política en Lévinas, sino sólo de los prolegómenos a una posible filosofía política.

La cuestión del Estado, sobre la que se aborda la reflexión política, parte de considerar la diversidad de formas de organización existentes por lo que la elaboración levinasiana de lo político es asumida por Sucasas como respetando esta heterogeneidad y renunciando a una sola enunciación de lo político. Si la relación entre la propuesta ética de Lévinas y la política actual aparece como difícil por lo escaso de un tratamiento, con relación al derecho ésta podría parecer imposible. Además, lo que pudiera ser una propuesta de relación entre la filosofía primera de Lévinas y el derecho pasa justamente por lo político o por el Estado. La denuncia por la totalidad jurídica sería un apéndice de la denuncia por la totalidad del Estado. Sin embargo, estimo que lo jurídico se distingue de lo político, por

⁵³ Este esbozo de trayecto tampoco es parte de esta tesis, lo que me interesa es mostrar algunas de los tratamientos que existen sobre la propuesta de Lévinas aplicadas al derecho y, con ellas, aportar algunos elementos para el tratamiento del texto “Derechos Humanos y buena voluntad”.

ejemplo como lo hace notar Dworkin en el hecho de que buena parte de las demandas jurídicas se interponen en contra de las prácticas sociales cotidianas. Aún así, vale la pena dar cuenta de este trayecto entre lo ético y lo político para considerar con mayores elementos la propuesta levinasiana y mostrar algunas de sus consecuencias.

Sucasas inicia por señalar que en el tratamiento de la cuestión política se debe advertir la referencia de Lévinas a tres tipos de Estado, el totalitario, el liberal y mesiánico, que corresponden a categorías generales y no a estados concretos. La denuncia contra el totalitarismo no se corrige con la implementación del Estado liberal, máxime que el totalitarismo es un peligro constante. Por su parte, los derechos humanos en tanto que bondadosos pertenecerían a un Estado mesiánico, pero no quiere decir que un Estado que los contenga en su legislación deje por esto de ser totalitario. Ningún ideal es inmune a la depravación totalitaria:

“(citando a Lévinas) La angustia actual es más profunda. Proviene de la experiencia de las revoluciones que se hundan en la burocracia y la represión, y de violencias totalitarias que se hacen pasar por revoluciones. Pues, en ellas, se aliena la propia desalienación” (SUCASAS Peon, 2011, pág. 124).

Se encuentra la amenaza de la violencia y opresión en lo institucional mismo, por tratarse de un orden abstracto e impersonal que regula las voluntades particulares. Nos encontramos con el peligro de que la gestión de la libertad devenga en tiranía, la paz en violencia. Notamos una humanidad deshumanizada en su relación con instituciones que surgieron de la generosidad revolucionaria inicial y de la preocupación por los derechos del hombre (SUCASAS Peon, 2011, págs. 123-125).

El totalitarismo político que encierra esta amenaza descansa en el totalitarismo ontológico, que se caracteriza porque nada se le opone y nadie lo juzga. Es la materialización de un ser neutro, anónimo, impersonal y sin lenguaje. El

totalitarismo descrito por Lévinas corresponde a una noción ontológica y de su crítica deriva la crítica al Estado totalitario. Esta crítica sería por la proclive disolución de lo singular en lo totalitario, de la existencia concreta en el sistema universal, de los entes en el ser. Sin embargo, la categoría del totalitarismo sí deriva de una experiencia política concreta de Lévinas, el nazismo. Más aún, el totalitarismo ontológico contiene una noción bélica y expansionista. La guerra se toma como la experiencia del ser puro que moviliza a los seres por un objetivo del que no pueden sustraerse.⁵⁴ Este orden objetivo no es el de una causa común, sino que en el fondo se trata de algo anónimo, impersonal. De un vacío que se quiere extender o materializar y contra el que se opone, una vez perpetuado el crimen, la memoria y fidelidad a los muertos (SUCASAS Peon, 2011, págs. 120-125).

Contra el totalitarismo opone Lévinas dos esperanzas, la del Estado liberal y la del Estado mesiánico. El estado liberal pretende, sin renunciar al poder del Estado, delinear algunos elementos de lo que podría ser un Estado más justo. Lo anterior mediante un grado elevado de crítica y control respecto a un poder político en sí injustificable, pero en espera de algo mejor y que considere la multiplicidad de la vida humana (SUCASAS Peon, 2011, pág. 126).

La propuesta de Kelsen y de Kant para el derecho, en la medida en que limitan la actuación de la autoridad a lo establecido en la ley, me parece que participa de esta esperanza que busca controlar el poder político. El control de la autoridad participa de la propuesta kantiana en la medida en que el derecho no debe sobrepasar la conciliación de las libertades particulares; la autoridad no puede ser un obstáculo ni prohibir en lo que no se trate de una conducta externa entre particulares. Sin embargo, estas propuestas en sí mismas no llegan a ser garantías absolutas contra lo totalitario.

⁵⁴ Interesante notar que el absoluto se moviliza a la aniquilación del otro absoluto por un orden objetivo al que no puede sustraerse. ¿No es tan absoluto o es este orden objetivo el que lo convierte en ser puro?

El Estado liberal sería un Estado más justo pues su legitimidad depende de la creación de instituciones justas –que de alguna manera ven por la supervivencia de las personas o porque se cuida cuidando a las víctimas-, y porque pretende dejar un camino libre al ejercicio de la bondad entre los particulares –en la medida en que se abstiene de estorbar en aquellas conductas que no sean obstáculo para el ejercicio de la libertad- (SUCASAS Peon, 2011, pág. 128).

El Estado liberal se basa en la equidad institucional. La justicia es tratada por Lévinas de maneras distintas. El término es aplicado tanto a la relación ética con el rostro –donde yo quedo subordinado- y a la equidad institucional. En tanto que equidad institucional, la justicia no invita tanto a una subordinación con el otro, y se aplica mejor a la relación que se tiene con “el tercero”, más que con el prójimo directamente (con los otros y no tanto con el otro). La aparición del tercero viene por la responsabilidad con el otro, pues mi responsabilidad desmedida para con el otro resulta tal que me impone responder hasta por las responsabilidades del otro con el otro. Este otro del otro es el tercero. En el otro rostro del otro –no matarás- se asoma el tercero. La aparición del tercero me pone en situación de tener que comparar o de calcular, pues mi responsabilidad es por el otro y por el tercero. Sucasas cita de Lévinas, en “De dios que vienen a la idea”:

“Si sólo el prójimo (autrui) estuviese frente a mí, diría hasta el final: se lo debo todo. Soy para él. Y eso se aplica incluso al mal que me hace: no soy su igual, estoy para siempre jamás sometido a él. Mi resistencia comienza cuando el mal que me hace se le hace a un tercero que también es mi prójimo. Es el tercero quien es la fuente de la justicia, y, con ello, de la represión justificada; es la violencia sufrida por el tercero lo que justifica que se detenga con violencia la violencia del otro” (SUCASAS Peon, 2011, pág. 132).

La relación con el otro imponía una disimetría insalvable por la desmesura de la responsabilidad absoluta del yo para con el rostro. La irrupción del tercero introduce una imposibilidad, pues no se pueden servir absolutamente a varios

prójimos. Mi responsabilidad para con uno puede convertirse en infortunio para el otro. El tercero opera como un límite a mi responsabilidad y hace que surja la pregunta sobre ¿qué tengo que hacer con justicia? Lo cual implica la comparación, el argumento, el orden, la visibilidad de los rostros, la tematización. La responsabilidad puede, entonces, manifestarse mediante su limitación, pudiendo el yo preocuparse de sí mismo. La experiencia del tercero que es también prójimo me invita a pensar y pesar la situación, me invita a la justicia (SUCASAS Peon, 2011, pág. 134).

Sin embargo, la justicia no se resuelve en la equidad institucional, y el sistema de las leyes se ve desbordado por la exigencia que viene de otra parte. El tercero estaba ya en el rostro del otro. La intención de Lévinas fue argumentar que lo justo (equitativo) tiene su origen en la bondad instituida por el rostro del otro. Con esta argumentación se da el tránsito de lo ético a lo político. Se puede notar una falta en el tratamiento de la complejidad democrática y política; como que Lévinas nos queda debiendo argumentos. Esto se debe a que el Estado liberal es caracterizado, en su oposición con el totalitario, como aquél que se abstiene de estorbar más allá de las relaciones externas que obstaculicen los arbitrios. Deja espacio al sujeto moral para que actúe fuera de las instituciones. Es una posibilidad, pero también es una carencia. La justicia como equidad institucional es despertada por la respuesta bondadosa o caritativa que se encuentra antes que la equidad, pero también después, en la medida en que la equidad institucional no basta. Se trata de la bondad de quien visita a los presos de una cárcel. Es una bondad no institucionalizada y que incluso puede ser ilegal, como la de un juez que advierte a una persona sobre las malas intenciones de la demanda de un agiotista.

A decir de Sucasas, parece que hasta aquí Lévinas queda debiendo mucho. Pensemos, por ejemplo, ¿cómo distinguir entre una acción bondadosa y una arbitrariedad manifiesta? Más aun, subsiste la distinción tajante entre moral individual y moral pública (SUCASAS Peon, 2011, págs. 134-136).

La ética de Lévinas fallaría en darnos un criterio para obrar, y con esto la equidad institucional sería sólo un decir, esto es, un discurso que puede fallar en el caso concreto y con pocos elementos para prevenirnos de esa falla. Una vez legitimado el Estado liberal, ¿cómo prevenirnos contra su propia violencia o dominación?

Lévinas nos advirtió en el prólogo de “Entre Nosotros”, que no pretende romper con la paz de la razón y que no tiene urgencia por presentar un código de conducta. Esta no urgencia por los códigos es interpretada por Derrida y Gabriel García, como un repudio de Lévinas por cualquier tipo de conceptualización para la ética. “La ética de Lévinas pretende ser una protesta contra la teoría abstracta y universal sobre la realidad (ontología) porque ésta ejerce violencia contra los casos individuales o singulares, sobre todo si estos casos son seres humanos individuales...” Esto introduce en la propuesta de Lévinas algunas contradicciones difíciles, pues esta ética “...no puede dejar de proponer una moral y determinar normas sin negarse a sí misma...” Con lo cual esta ética carece “...de la proyección práctica que ha constituido la razón de ser de la ética desde su fundación misma” (GARCÍA Bello, desconocido, pág. 85).

Para García, este repudio a los códigos es un repudio por la positivización que se sustenta en el principio de no apropiación que subyace en la crítica que Lévinas hace a la filosofía occidental. Se busca acceder a otro proyecto de inteligibilidad que no tenga al conocimiento como un acto de apropiación de un objeto por el sujeto, donde el primero actúa como dominante y el segundo como dominado. Esta forma de fundamentar el conocimiento puede resultar muy peligrosa en la relación entre personas. Es posible que esta forma de fundamentar el conocimiento legitime una relación de dominación que, de hecho, resultaría anterior al conocimiento. Se trataría de un tipo de relación de poder y dominio que los hombres establecen y mantienen entre sí, pero que por lo mismo no resulta necesariamente constitutiva. Es una forma de relacionarse entre otras. Esta apropiación consistiría para Lévinas en la reducción de lo otro a lo mismo. Al quedarnos con el puro paradigma del conocimiento como apropiación o cerrados

en la preocupación por ser, reduciendo lo otro a lo mismo, se legitima un modelo de lo que tiene autoridad o poder legítimo en sí o por sí (GARCÍA Bello, desconocido, págs. 84-90).

Aunque con las anteriores consideraciones se podría salvar el problema de la falta de tratamiento de un criterio para obrar en el Estado liberal, subsiste el problema de terminar la conciliación de la política con la ética. Como vimos, la acción moral queda en el Estado liberal afuera de las instituciones. Este problema es advertido por Lévinas en el propio texto de “Derechos Humanos y buena voluntad”, pues afirma que no se trata de quedarnos con las decisiones de subjetividades benevolentes.

Esta conciliación podemos bosquejarla en el Estado mesiánico. Se trata de una conciliación del ideal con la práctica. Desafortunadamente, sólo se nos presenta como ideal manchado con la experiencia del Estado de Israel o de cualquier Estado moderno. Se postula la conciliación entre la práctica y el ideal, pero de manera idealista. Sin embargo, se apunta hacia las consideraciones del camino por el que se deberá transitar. Sucasas articula el contenido de lo mesiánico en cuatro ideas fundamentales: paz, justicia, compasión (bondad), y estudio. La paz aparece, más que como un armisticio, como un modo de sociabilidad ajeno a la violencia. Se opone a la universalidad abstracta que desvirtúa lo particular. Contra este universal se opone el universal de la esperanza, que nace de lo particular. La justicia mesiánica pretende completar mediante la caridad a la equidad institucional. Sería la justicia política que recupera la categoría de la pobreza como eje central, donde las necesidades materiales del prójimo se convierten en necesidades espirituales⁵⁵. La justicia mesiánica se relaciona con la reparación del mal social, que ve sobre todo por los pobres, y por esto adquiere una dimensión justiciera. Es una justicia estricta que requiere de la compasión para no ser injusta: la bondad que modera los excesos de la justicia. Una bondad gratuita que ya

⁵⁵ “La palabra mesiánica sugiere que Dios puede estar más cerca de la lucha sindical que de las discusiones de la teología académica” Sucasas cita el comentario de Lévinas que aparece en *Difficile liberté*, relativo a que no hay manera más urgente de amar a Dios que fijar correctamente el horario laboral. (SUCASAS Peon, 2011, pág. 146).

viene en la caridad con los pobres y con el extranjero, pero que también aparece como la piedad para quienes sufren los rigores de la ley. El último principio corresponde al estudio que es presupuesta por los otros tres principios en la medida en que se trata de una lucidez para denunciar el mal inextirpable de la violencia (SUCASAS Peon, 2011, págs. 144-148).

Me parece interesante notar que estos principios del Estado mesiánico se identifican con “virtudes” morales personales. Es la manera en la que se termina por conciliar la ética con la política y sugiere la postulación de un Estado en el que ver por las víctimas ocupe su lugar primordial. Definitivamente parece que los derechos de los otros aludidos por Lévinas corresponden con los derechos de las víctimas o los ausentes.

El texto de Sucasas pertenece a una colección de textos que tratan sobre la justicia anamnética. En la presentación de la edición, se justifica el tratamiento de la obra de Lévinas como la de otros autores que no pertenecen a las corrientes hegemónicas que tratan el tema de la justicia, con la intención de abrir el debate. Los textos apuntan hacia una justicia que interroga por los derechos negados en el pasado y la vigencia de los daños sufridos por las víctimas, es decir, por los vínculos entre la justicia presente y la pasada. Se propone adoptar la perspectiva de las víctimas y no sólo castigar al culpable. Hacen notar que el sufrimiento individual de las víctimas no encuentra consuelo bajo el cobijo de una universalidad formal. No se puede suplantar la realidad (que sería el sufrimiento de cada víctima) con un marco de reglas abstractas. Se busca reivindicar el derecho a una vida lograda –derecho que en principio tendría que ser anterior al marco de reglas abstractas-, mediante la puesta en primer plano de la mirada de las víctimas sobre la realidad y su singular aportación a un proyecto futuro que ha sido planteado a sus espaldas. La clave está en reconocer la actualidad de la injusticia pasada. Para el derecho, que se estima sólo se ocupa de facticidades – de hechos-, implicaría una reformulación para que considere lo olvidado o lo que quedó ausente (ZAMORA, 2011, págs. 5-7).

En la anterior presentación aparece una necesidad de reconocer un derecho anterior al conjunto de reglas abstractas, y anterior además a la universalidad formal. Esta búsqueda por un derecho previo es tradicional en la historia del pensamiento jurídico. En esta tesis se vio con los argumentos de Kant, y este derecho previo sería la libertad que obliga a pasar a un estado de derecho en la medida en que la misma libertad implica el respeto a las acciones libres. De la libertad se deriva como necesidad la conciliación de los arbitrios de todos, que aparece como el criterio formal universal del derecho. Sin embargo, esta universalidad formal esconde u olvida el hecho histórico de constitución del estado de derecho. Por decirlo así, en la historia concreta hay deudas pendientes previas al contrato social que instaure un estado de derecho. El derecho no da cuenta de estas deudas pendientes y no puede hacerlo en la medida en que no admite nada por encima de él, dado que no reconoce más deudas que las derivadas de sus leyes. El derecho, por lo demás, se encontraría amenazado por estas deudas pendientes que podrían dar lugar a una revolución que instaure un nuevo estado de derecho, que a su vez quedaría amenazado por otra revolución u otras deudas. De lo que se sigue que lidiar con las deudas pendientes puede convertirse en un medio de legitimación del derecho que lo mantenga contra sus amenazas. El derecho se encontraría necesitado de responder a las víctimas para evitar su posible derogación. Pero reconocer estas deudas pendientes puede conducir a una pérdida de la legalidad para juzgar, pues puede tratarse de deudas del propio derecho. Deudas de lo que no es fáctico, de lo que no se presenta como un hecho probable –en la manera que el derecho establece lo que es una prueba y lo que no es-, deudas que se le escaparon a la ley general sobre el caso particular. Víctimas a las que no se les reconoce el carácter de víctimas o que su carácter de víctima está supeditado –y limitado- a lo que la ley determine. La ley está por encima de todos, esto es, por encima de las víctimas. Estas víctimas serían un caso particular que no es generalizable a la manera de un universal abstracto. El universal abstracto de la ley se encuentra en el posicionamiento que se hace del caso particular en una categoría del derecho que establece consecuencias puntuales –aunque sujetas a su aplicación-. Aparece en el silogismo lógico que

ubica al caso particular como una premisa menor de la ley, que sería la premisa mayor. Opera la dinámica de reducción de lo otro al mismo. Se considera, al contrario, que el caso particular sobrepasa al universal abstracto, pues éste no termina por darle respuesta a aquél. El universal abstracto con respecto al caso concreto aparece como limitado, como respuesta parcial y, por esto, como posiblemente arbitraria. Para este tipo de arbitrariedad, en consecuencia, no funciona el criterio formal de conciliación de las arbitrariedades en una máxima. Fundamentalmente, porque la máxima le queda debiendo respuesta a los particulares, porque el caso particular se obstina. El problema no sería del tipo de una máxima deficiente, que no concilie adecuadamente el arbitrio de todos, pues lo particular excede o se obstina con respecto a la máxima. La propuesta de Lévinas apela a la formulación de otro tipo de universal bajo la forma de bondad para con cualquiera, donde la máxima –universal abstracto de la ley- no se convierta en obstáculo para esta bondad. Hay por lo menos dos advertencias que pone Lévinas: en primer lugar es que la bondad para cualquiera no anula la fundamentación del derecho realizada por Kant, sino que busca integrarla en una perspectiva más amplia; la segunda, es que no se trata de relegar la bondad al nivel de las decisiones que han de tomar algunas subjetividades benevolentes. No se trata solamente que la ley no estorbe, aunque esto ya es algo, sino que funcione como una herramienta para responder a los otros. No se trata de una ley que evite que los arbitrios particulares se estorben unos a otros, pues bajo este criterio formal la ley puede estorbar una respuesta bondadosa que, por lo demás, se obstina frente a ella. Un derecho bondadoso también presenta el riesgo de convertirse en totalitario so pretexto de su misma bondad. Ver por el otro significa, entonces, un cuidado constante de evitar el totalitarismo o la tiranía. Lévinas advertiría que, en la medida en que el derecho se cierra en sí mismo, se vuelve totalitario. Cerrarse en sí mismo es el desinterés por el otro. Un derecho bondadoso sería el que se interesa por el otro, por la víctima; el que, posiblemente, inicia sus consideraciones en el singular concreto. Que no se cierra en su puro cálculo, en consecuencias determinables, pues existen deudas inmemorables y riesgos o lesiones a las que se les tendrá que dar respuesta. El

derecho cerrado en sí mismo está siempre amenazado por el otro, como el tirano que teme que lo derroquen. Su propia arbitrariedad lo hace vulnerable. Contra esta arbitrariedad necesita una manera de ser cuestionado.

Otra interpretación sugerida por García para pensar los derechos de los otros consiste en al justicia identitaria, en oposición al principio de apropiación. La justicia identitaria opera como la libertad de las diferentes comunidades para apropiarse de los derechos humanos de conformidad con su historia y costumbres. García considera que el principio de apropiación se ha apoderado del derecho y contra este principio surge la propuesta de pensar en los derechos de los otros. Se trataría de una propuesta que no pudo pasar por la codificación, sino que se utiliza para oponerse a ella, pues toda codificación, como existe ahora, implica una manera de imposición y exclusión –inclusive los derechos humanos-. La propuesta de Lévinas no puede codificarse pues corresponde a una ética que no cuenta de momento con una tradición de hábitos y costumbres que le otorgue un espesor social e histórico, como existe de actualmente con una ética cerrada en al preocupación por ser y en la apropiación. Sin embargo, la propuesta de Lévinas parecería que no es ajena a la imposición y que corre el peligro de la apropiación del mismo ahora por el otro: el otro se me aparece con un derecho que yo no le otorgué. No obstante, es importante que este derecho se expresa radicalmente en el mandato “no matarás”. Este derecho original correspondería al poder que tiene el otro de interpelarme. Una interpelación que me aparece como imposible escapada a menos que mate al otro. Se trata de una interpelación que justamente pide en un primer momento que no se mate. La interpelación es todo el recurso o todo el poder del que dispone el otro sobre un yo que tiene sobre él todo el poder, incluso de matarle. Esta interpelación se opone radicalmente al principio de apropiación que se manifiesta en sus últimas consecuencias como guerra. El problema fundamental al que se enfrenta la ética sería la guerra y la violencia y la cuestión para Lévinas quedaría en saber “si la moral es una farsa... o bien un ejercicio de lucidez: la posibilidad que consiste en entrever la posibilidad permanente de la guerra” (GARCÍA Bello, desconocido, págs. 90, 92, 97).

Ante la desnudez del rostro, como símbolo de la infinita vulnerabilidad y de la imposibilidad última de vestir al otro con conceptos (de conocer el nombre del otro), aparece una situación de respeto original. Posiblemente porque la expresión del rostro del otro se impone en mí arrancando mi escucha a fuerza de permanecer como expresión.

Para García la propuesta de Lévinas considera a los derechos humanos como lo mejor de la ética que proporciona la tradición filosófica occidental, articulados bajo la categoría de subjetividad digna. Los derechos humanos se encuentran amenazados por el individualismo posesivo, por el principio de exclusión que opera en la apropiación. Contra la exclusión se opone el reconocimiento y con esto se genera un sitio para la justicia identitaria que en los derechos humanos implica el reconocer las problemáticas de su implementación en las diferentes culturas del planeta. Sin embargo, contra el principio de apropiación que aparece como el egoísmo que compromete la buena voluntad, para García, Lévinas tiene que oponer el principio de la no indiferencia que resulta totalmente ajeno a la manera como se fundamentan los derechos. Es decir que no se trata de un problema de aplicación de los derechos, que pasaría por la justicia identitaria, sino que es necesario apelar a otro principio más profundo que rompa con la indiferencia. Salir, pues, a la defensa de los derechos de los otros. Esta defensa termina por excluir cualquier identificación identitaria en la medida en que se corre el riesgo de caer en un “nosotros posesivo”. Caso emblemático puesto por García es lo que ocurrió en España en 2002 con la niña de Nigeria que fue ayudada por una andaluza. La madre de la niña arribó como ilegal a una playa de Cádiz ya sin fuerzas para ayudar a su hija, y la mujer andaluza se prestó como nodriza ofreciéndose a continuar viendo por la niña hasta que la madre mejorara. Sin embargo las autoridades le dijeron que era imposible y, debido a la situación de ilegal de la niña, fue llevada a las dependencias de la policía para iniciar con su repatriación, impidiendo además que la mujer andaluza tuviera conocimiento del estado de salud la bebe. En este caso aparecen en oposición la ética de la no indiferencia –por parte de la nodriza- frente al egoísmo posesivo del nosotros –la

policía que actuó con total apego a la ley-. El silencio oficial de la policía posiblemente condensa la violencia más espesa del nosotros posesivo que aparece como indiferencia, y contra ésta se opone la denuncia insobornable en qué consiste la ética levinasiana (GARCÍA Bello, desconocido, págs. 96-108).

Si bien Lévinas afirma una no urgencia por los códigos, no duda en afirmar que los derechos humanos son, ante todo, derechos de los otros, y que no pretende quedarse al nivel de unas singularidades benevolentes. Los autores tratados coinciden en que la propuesta de Lévinas es por otro modo de intelección. El problema es a dónde nos puede llevar esta manera de entender al derecho. Se repasaron algunas de las posibles respuestas y se mostraron sus dificultades. En esta tesis el tema ha quedado planteado como la arbitrariedad del derecho, así como la crítica que resulta de la imposibilidad de fundar al derecho en sí mismo, y los riesgos que este intento conlleva, como el desinterés por los otros y la violencia contra los particulares. Contra estos riesgos se oponen, como una acción bondadosa o que se basa en un anhelo mayor de justicia, la deconstrucción y la sociología del campo jurídico, entre otras que nos podamos imaginar.

¿Cuál es la importancia de reconocer el impulso generoso encima de la equidad institucional, de la autonomía del derecho, del universal de conciliación del arbitrio de todos? ¿Cómo operarla o qué acciones tomar? Ver por lo singular o empezar por lo concreto puede resultar en algo totalmente arbitrario. El abogado ve por su cliente y esto en sí mismo no tiene nada de justo.

Ante la arbitrariedad, la propuesta de Lévinas no puede consistir en tomar un criterio universal, tipo máxima. Los derechos, como derechos ante todo de los otros, con la modalidad del respeto o partiendo desde la intersubjetividad, me parece que sugieren acciones para cuidarse de la tiranía o que el derecho se cierre en sí mismo. La relación ética del cara a cara queda muy lejos del derecho, pero la advertencia parece sugerente. Se apela a lo concreto de la relación antropológica originaria y al respeto por la humanidad del hombre que se encuentra posibilitada por esta relación. Posibilidad escondida que se puede

buscar y cuya búsqueda parece que recorre los caminos de aquello que permite al derecho abrirse hacia el lenguaje del otro –como sería la propuesta de Derrida-, o hacia las dinámicas que operan al interior del derecho mediante las que se descubre las diferencias de poder entre los agentes. Se pueden descubrir a las víctimas o a los olvidados por el derecho, las situaciones que el estado actual del derecho mantiene en detrimento de grupos sociales, o desigualdades sobre las que se pueden tomar acciones. Muy importante es que se pueden encontrar los obstáculos que el mismo derecho pone a acciones por las que se ve por el otro y que, considerada la arbitrariedad o la tiranía de la cual el derecho es capaz, resultan injustificadas, pues el derecho aparece como aquello que hacemos y posibilitamos que se haga. Entender el funcionamiento del derecho en su historia, en su doctrina, en su dinámica, en su desfundada fundamentación permite prevenirnos del propio derecho.

Sin embargo, se trata de una posibilidad que implica también su contrario. Mediante los aportes de la teoría jurídica, de la sociología del campo jurídico, de Derrida y Lévinas, se mostró la manera cómo funciona el derecho. El recorrido mostrado en esta tesis me parece tan patente que estimo que, por ejemplo, los abogados lo intuimos. En el ejercicio de la abogacía siempre se están considerando los diversos capitales que operan en el campo jurídico y el estado que guardan los agentes. Así, el abogado se pregunta por los papeles (capitales jurídicos) con los que cuenta su cliente y la parte contraria, el estado de las leyes con respecto al caso que le ocupa, los criterios del poder judicial, los usos en los juzgados, la personalidad del juez, los desarrollos de la doctrina, las intenciones de su cliente. Por su parte, el litigio siempre se puede llevar hasta el punto de poner en cuestionamiento a las mismas leyes o la capacidad del juzgador para conocer del asunto. Por supuesto que estos ejercicios de teoría jurídica, sociología del campo jurídico y deconstrucción no garantizan que en la práctica se vean por los derechos del otro o que se consiga una mayor igualdad dentro del derecho. Suelen, de hecho, servir para lo contrario. No hay una garantía de que nos lleven hacia disminuir la arbitrariedad en el derecho, o no la puede encontrar. La

formulación del Estado mesiánico parase idealista y sostenida por los argumentos a favor del Estado moderno (como el de Israel). La justicia identitaria se puede hundir en un nosotros posesivo y puede conducir a la indiferencia. El criterio de ver por los casos particulares se pierde con los argumentos del abogado que ve por su cliente. La intelección fundada en la experiencia del cara a cara pasa por lo indecible y se encuentra muy alejada de los temas políticos y jurídicos. En todo momento aparece la amenaza de un principio o ideal que en su vaguedad puede justificar cualquier acción. Parece que lo que queda es la moral como “un ejercicio de lucidez” que nos ayuda a prevenirnos hasta el punto de ponernos al cuidado de nuestra propia libertad, de evitar la arbitrariedad y de ver por los otros.

CONCLUSIONES FINALES.

En el primer capítulo de la tesis, la “arbitrariedad” sólo aparece mencionada en las conclusiones. En general, ninguno de los autores tratados hace un desarrollo del tema de la arbitrariedad del derecho. La arbitrariedad, como se expuso en la introducción, fue una conclusión que intenta hacer referencia de una problemática común e interna del propio derecho, que resulta contradictoria con el propio significado o sentido que se le puede atribuir al derecho. El uso común del término “arbitrario” se opone a “legítimo”, “legal” y “justo”. En las siguientes conclusiones, además de presentarse las vetas de investigación que se pueden abrir en función a la problemática tratada, se expone un resumen general de la tesis intentando una ilación que puede presentar el tema de la arbitrariedad como relevante para el derecho. Es una vuelta al derecho con los elementos aportados por el diálogo que se intentó en la presente tesis. Estimo que la arbitrariedad abre la puerta a un diálogo interdisciplinario bajo el supuesto de la dificultad del derecho de dar cuenta de su propia arbitrariedad en la medida en que se le presenta como contradictoria. Sin embargo, con la arbitrariedad también se intentó poner de manifiesto la aplicación necesaria que tienen que hacer las personas para la existencia del derecho, lo que puede resultar en una revaloración que apunta a resolver el problema planteado en la introducción sobre un derecho que se opone a las personas. El desarrollo del tema de la arbitrariedad, de conformidad con las líneas planteadas en la tesis, me parece que invita a una reflexión que profundice sobre la responsabilidad originaria con los otros.

En la primera parte de la tesis se mostraron los supuestos o elementos que el derecho pone para entablar un diálogo. En general, el derecho se reflexiona independientemente de la justicia o como dependiente y necesitado de adecuarse a la justicia. El debate podría interpretarse por el énfasis en los medios, por parte del positivismo, y en los fines, por parte del iusnaturalismo. Son posiciones que en la actualidad parecen irreconciliables, sin embargo, tienen un objeto común y parecería que deben de coincidir en algo o en parte. Ambas posturas pueden entenderse como una respuesta ante la arbitrariedad. La arbitrariedad se presenta

como un problema suscitado por la contingencia del derecho, esto es que mañana pueda dejar de ser derecho lo que ahora es, o que pueda aparecer un derecho nuevo.

Para la referencia común de las posturas clásicas sobre el tema de la arbitrariedad, a manera de ejemplo, Kelsen acusa como ideológica la posición iusnaturalista pues con ésta se pueden determinar como derecho contenidos que favorecen a un grupo y que justificados por el derecho natural ocultan la problemática del poder. Su teoría trataría de liberar al derecho de la ideología que suele aparecer en el sometimiento a los fines. Resulta arbitrario que determinados fines queridos por algunas personas aparezcan como incuestionables por un sistema jurídico que los mantiene por su supuesta fundamentación en esos fines. Se puede observar que con el positivismo el sistema jurídico gana autonomía y puede juzgar con independencia de los fines detentados por cierta jerarquía social. De alguna manera se libera el debate político de un derecho que se sobrepondría a él, y el derecho gana la autonomía necesaria para juzgar con independencia de los resultados de dicho debate. Notamos cómo el énfasis puesto en la autonomía puede entenderse como un intento por sobreponerse a la arbitrariedad. Así mismo, el iusnaturalismo alega contra la postura positivista que el derecho pierde elementos para realizar una crítica que se puede estimar como necesaria justamente para librarse de la ideología, lo que puede presentarse como una pasividad arbitraria por parte del derecho.

Con el desarrollo histórico de las diferentes posturas positivistas se pretendió mostrar la construcción de la autonomía del derecho como una respuesta ante la contingencia normativa. En un primer momento, el derecho se libera de los debates ideológicos (filosóficos, religiosos) entendiendo toda norma como un mandato realizado por la autoridad y que subsiste no por la justicia de dicho mandato (que se entendería como ideológica), sino por su obligatoriedad. Los mandatos pueden ser verificados empíricamente, posibilitando la sistematización del derecho. Sin embargo, el derecho no logra su autonomía teórica pues depende de la legitimidad de la autoridad, que en ese momento está puesta en los Estados

nacionales. Además en tanto que mandatos, toda sistematización se viene abajo por tres palabras de la autoridad que modifiquen las normas. Por último, sostener el estudio del derecho en el empirismo pretendido tiene el riesgo de que el derecho desaparezca en la sociología. Una sociología que en aquel momento considera las leyes como construcciones técnicas metafísicas y por lo tanto centra su atención en las acciones observables de la realidad social.

En este estado del debate se presentó la formulación de Kelsen de la teoría pura del derecho. En general, esta teoría entiende al derecho como una manera de valorar las conductas, que regula la sociedad mediante normas que prohíben o permiten conductas de los individuos mediante el establecimiento de sanciones. Retomando el estado del debate expuesto, se concluyó que la contingencia que se pretende salvar es la arbitrariedad del mandato del legislador.

Entendiendo al derecho como una manera de valorar conductas, lo que queda en juego es la objetividad de dichas valoraciones, es decir, la validez de una ley que establezca una sanción y el fundamento objetivo de dicha valoración. Kelsen formula un sistema donde la objetividad de tales valoraciones depende de las condiciones puramente formales de su producción. El deber ser del derecho no se refiere directamente al comportamiento del sujeto que manda, sino al hecho de que a una determinada conducta se le debe aplicar una sanción establecida por una norma. Independientemente de la voluntad del legislador la norma tiene validez, puede valorar los hechos. Mediante la teoría pura del derecho, los estudios jurídicos quedan posibilitados por la específica autonomía de un ámbito de significados o de valoraciones.

Contra la arbitrariedad del mandato se opone la validez de la norma. Aunque en alguna parte del debate actual se pretenda sortear el problema de la validez de la norma como esencial para el derecho, me parece que subsiste la oposición entre un mandato arbitrario y norma jurídica. ¿En qué circunstancias el uso de la fuerza estatal está justificado por decisiones anteriores tomadas por las autoridades públicas? ¿Cómo distinguir el derecho de un asalto?

Considero que es posible entender a la teoría jurídica como basándose en la postulación de un criterio de juridicidad distinto del mero hecho del mandato o de la voluntad del legislador. Lo anterior, sobre todo, atendiendo a la historia del pensamiento jurídico donde se puede observar la importancia de la construcción de la autonomía del derecho. Este criterio de juridicidad se formula al interior del sistema de derecho atendiendo al significado que tiene la norma o hecho jurídico en tanto que jurídico. Para Dworkin, el significado resulta del debate argumentativo sobre lo que realmente dice el derecho. La norma depende de su justificación narrativa, en estar sostenida por lo que se ha dicho antes y en que pueda servir para que las normas posteriores se justifiquen en ella. Por su parte, Hart hace notar que la diferencia característica entre las expresiones típicamente jurídicas y las expresiones típicamente fácticas es que las primeras son anulables o revocables. Esta posibilidad de anulación también aparece en Kelsen, pues la validez de las normas depende de otras normas de mayor jerarquía. Una norma es de mayor jerarquía que otra en la medida en que existen mecanismos para que en caso de oposición subsista la de mayor jerarquía. Como con Dworkin, también se trata de normas que se justifican en otras normas. Otra característica de las normas enfatizada por Hart es que se trata de expresiones realizativas y no de imperativos. El significado de la norma no se encuentra en tratarse de un mandato u orden, sino en su posibilidad de generar consecuencias. Kelsen también había notado este punto, pero enfatiza la sanción como consecuencia (pudiendo ser esta una anulación de actos). Sin embargo, también es una consecuencia de la norma sus resultados positivos, como el hecho de que determinada institución emita un título de propiedad, o que se genere una transacción.

Además del criterio de juridicidad, las posturas teóricas tratadas coinciden en que el derecho existe en la medida en que está siendo observado, ya sea dentro de un debate argumentativo, en la realización de acciones institucionales o sociales, o en la mera aplicación de sanciones establecidas por las normas. El derecho también se opone a un mandato en la medida en que depende de la observancia,

en el hecho de que la sociedad y las instituciones lo apliquen. La norma jurídica y el derecho, como se desarrolló en el tercer capítulo, dependen de su aplicación.

El derecho, no obstante, no se agota en las acciones de su aplicación social o institucional. Como vimos, posee un sistema propio de valoración de conductas y representa una fuerza distinta a la política o a la fuerza de un mandato. Estos elementos que dotan de autonomía al derecho se justifican como una manera de evitar las arbitrariedades en sus decisiones. Parece obvio que el derecho pretende evitar la arbitrariedad, sin embargo, considero que esta función específica del derecho no ha sido suficientemente desarrollada o descrita. Al presentarse la arbitrariedad dentro del derecho como una contradicción que posibilita su apertura al diálogo interdisciplinario, la descripción de la función específica del derecho para evitar la arbitrariedad otorgaría elementos para continuar y ampliar este diálogo.

Uno de los costos importantes de la autonomía jurídica como fue construida por el positivismo jurídico consiste en su limitación para poder pronunciarse sobre el contenido de las normas. La imposibilidad de pronunciarse sobre el contenido de las normas afecta la autonomía del derecho en la medida en que deja que el pronunciamiento lo hagan otras disciplinas, y se le dificulta evitar la arbitrariedad en el contenido de las normas. Pero la arbitrariedad también subsiste en la ideología positivista, en el formalismo jurídico y en el supuesto imperio de la ley. El diálogo que se intentó en los siguientes capítulos de la tesis parte de aceptar esta autonomía del derecho y su orientación hacia evitar la arbitrariedad. La autonomía del derecho se presentó como un presupuesto básico para el diálogo puesto por el derecho. La elección de Bourdieu y Derrida para realizar el diálogo se justifica en la medida en que respetan la autonomía jurídica. Esto no quiere decir que la autonomía sea el único elemento puesto como base para un diálogo. En la historia del pensamiento jurídico, la teoría y doctrina, se podrían encontrar otros elementos y por esto, siguiendo a Derrida, debemos recordar la historia, el origen y el sentido del derecho, enfatizando lo que ha sedimentado y quedado como presupuestos.

Hay que hablar en la lengua del otro porque así será más justo lo que digamos. Con esto se remarca la importancia que tuvo para la tesis iniciar el diálogo con la exposición de la racionalidad del derecho.

Es posible, entonces, encontrar un sentido del derecho en su función de evitar la arbitrariedad. En la historia del pensamiento jurídico, encontramos que en el derecho la arbitrariedad se evita apelando a la autonomía de las reglas o los principios en tanto que dados con anterioridad y por la obligación de atenerse a ellos. La sistematización del derecho tiene como finalidad que podamos predecir la aparición de determinados actos y las consecuencias que se generarán. Así es como se evita la arbitrariedad y es lo que se conoce como certeza o seguridad jurídica.

Con estos elementos, sin embargo, es posible encontrar al interior de la propia teoría jurídica una contradicción pues se parte de una norma positiva dada, siendo que el derecho supone y existe en la medida en que la norma no siempre se cumple. El derecho supone, al mismo tiempo, la observancia y la inobservancia de las normas. Para Hinkelammert, lo anterior es una contradicción que aparece en toda teoría de la institucionalidad en la medida en que la perfección formal es usada como criterio de juicio sobre dicha institucionalidad.

La confusión radica en tomar como conceptos empíricos a conceptos que en realidad son metafísicos. El dato supuestamente empírico de la norma positiva dada contiene el elemento de certeza o seguridad jurídica a la que se aspira, pues de la aplicación de la norma siempre está por verse.

Como se vio, lo positivo no es el mandato dado por la autoridad, pues sus posibilidades de mandar están dadas por el propio derecho. Tres palabras del legislador no acaban con la ciencia del derecho pues ésta explica la lógica que opera en los propios mandatos de la autoridad en la medida en que se dan conforme a derecho. El derecho positivo puede prever meridianamente los mandatos que pueda dar la autoridad, lo que permite un punto sólido para que se

apoye la ciencia jurídica y fortalece la certeza jurídica pretendida por el derecho. Lo positivo es el derecho o las normas que se puede predecir que serán cumplidas; lo positivo viene dado por la certeza jurídica a la que se aspira.

El derecho positivo, la norma puesta que se considera un dato empírico, pasa por alto que el derecho existe también en la medida en que no se cumple. En un estado de derecho completo no serían necesarios los juzgados, ni los jueces, ni los abogados, pues éstos tienen razón de ser en la medida en que alguien no cumple las leyes. No existiría tampoco un debate argumentativo, ni las normas serían anulables ni se aplicarían sanciones. El positivismo supone partir, para su descripción y sistematización, del derecho puesto por los seres humanos, el derecho que existe como dato verificable. Sin embargo, el derecho depende de su aplicación y por lo tanto está siempre por verse.

El positivismo en general no repara en que el supuesto hecho jurídico que toma, es decir lo positivo, ya presenta una carga ideológica, pues lo positivo contiene como ideología la perfección formal y la certeza jurídica plena: derecho positivo es aquel que se estima será cumplido. Es decir, la ley positiva es reconocida o validada bajo el supuesto de la certeza jurídica, que implica la posibilidad de toda sistematización o análisis objetivo del derecho: tener la certeza de que la norma puesta está efectivamente ahí.

Se puede separar la cuestión de la aplicación de la norma y la norma empíricamente verificable dentro del sistema jurídico. Se parte de la norma como dato efectivamente puesto y de ahí se analiza su aplicación, pudiéndose determinar la eficacia de la norma. La norma empíricamente verificable sería aquella que pasó por los procedimientos formales de creación jurídica. Esto provoca que el supuesto imperio de la ley sea en realidad un imperio de la forma – el formalismo-, en tanto que la forma vela por la certeza positiva de la norma. El dato objetivo con el que nos quedamos es el procedimiento formal de creación de la norma o de su aplicación procedimental en una sentencia. Pero este procedimiento formal es, a su vez, la aplicación de una norma que contiene dicho

procedimiento; de una norma que para ser tal debe de poder ser apelable o contener una sanción en caso de incumplimiento. Una norma que también está por verse.

El derecho no es sólo un elemento dado, no está nada más puesto, no es mero derecho positivo, sino que tiene una intención, se está haciendo y se orienta hacia un fin en este caso inalcanzable y contradictorio con las propias instituciones y dinámicas sociales: la certeza jurídica plena o el estado de derecho completo. Se abre la pregunta sobre la finalidad del derecho como posibilidad de dar cuenta de su propia ideología. ¿Este es el único fin o el más adecuado para el derecho? Además, se abre una pregunta por la arbitrariedad que puede generar el propio derecho, ¿por qué este fin y no otro? En la medida en que el derecho tiene un fin en sí mismo o se encamina hacia su realización plena, la realidad y la persona humana terminan por estorbar.

El desarrollo de esta contradicción interna podría encaminarse hacia la elaboración de un apartado crítico dentro de la teoría jurídica. Encontrar los límites de la teoría jurídica para evitar la ideología y abrir la investigación o el debate hacia otras disciplinas.

Este efecto ideológico es analizado también por Bourdieu que lo distingue de otras “ideologías” (como la capitalista o cristiana) que pueden aparecer en el derecho y que corresponden a intenciones individuales o de algún grupo. Estas “ideologías” fueron denunciadas por Kelsen y procuró blindar al derecho no dejándolas operar como fundamento. Por supuesto que subsisten en el ordenamiento jurídico, pero ya no son fundamentales y el propio derecho se puede oponer a ellas sin perder su fuerza.

Bourdieu acepta la autonomía del derecho y es consciente de la fuerza distinta con la que el derecho opera. Reconoce la autonomía del ámbito de significado y valoraciones del derecho, pero en el análisis de las aplicaciones del derecho muestra las arbitrariedades de estas valoraciones. La arbitrariedad también

corresponde con el efecto ideológico propio del derecho. Lo que se intentó con el capítulo segundo fue mostrar la arbitrariedad propia del derecho.

Kelsen demuestra que la aplicación del derecho consiste esencialmente en una declaración de la validez de una norma. Concebir jurídicamente un hecho es afirmar que determinadas conductas o hechos corresponden con lo establecido en una norma y por lo tanto la norma es válida para juzgar, esto es, se deben de aplicar las consecuencias establecidas en la norma. Sin embargo, la valoración de los hechos que se realiza en el derecho por medio de las normas es realizada por agentes que dentro del derecho compiten por tener la razón en cuanto a la validez o invalidez de determinadas normas. Esta competencia incide en la propia valoración jurídica de los hechos, en la propia validez de la norma. Se demuestra, por ejemplo, en que los conflictos sociales se convierten en asuntos de los abogados. La valoración se da no sólo con base en las leyes sino con la intención de que operen los procedimientos, que los conflictos se transforman en litigios. El ejemplo corresponde al caso de los abogados, pero la aplicación de la norma se realiza también por otros profesionistas del derecho que compiten entre ellos. Lo que se describe en el capítulo segundo corresponde a la competencia general que opera al interior del campo jurídico por establecer o hacerse en última instancia con el monopolio a decir qué es derecho (por la validez de la norma en un sentido kelseniano). Lo importante es que la manera como se efectúa esta competencia y la competencia en sí misma incide y sustenta la propia validez de la norma que ya no es posible determinarla únicamente por su referencia a otras normas. Además, se describe cómo esta competencia resulta en el planteamiento y mantenimiento de una teoría jurídica autónoma.

Para realizar esta descripción se utilizaron conceptos y categorías nuevas, pero es importante mantener lo expuesto en el capítulo primero. Se está hablando del mismo derecho autónomo y formalista, pero sin atender a su justificación o a su intención de evitar la arbitrariedad. No es que Bourdieu explícitamente pretenda dejar esta cuestión de lado, sino que en la perspectiva general de esta tesis se

observa que la descripción de las prácticas jurídicas como autónomas pasa por un momento de orquestación que debe describirse mejor como espontáneo o intuitivo. Si bien esto corresponde a la categoría de “habitus” utilizada por Bourdieu, me parece que también corresponde a una manifestación de la pretendida autonomía del derecho. El derecho positivo, como se expuso, centra su atención en los medios dejando de lado los fines. Es decir que de los propios supuestos de la teoría jurídica que pretende a su modo la autonomía del derecho podrían describirse las prácticas esperadas por los agentes del derecho y éstas abandonarían el sentido por evitar la arbitrariedad. Sin embargo, uno de los sentidos de la autonomía jurídica era blindar al derecho de las arbitrariedades del legislador. En su intento por evitar la arbitrariedad el derecho se vuelve a topar con ella en su práctica. Es lo que llamo el derecho arbitrario.

Otro elemento clave que aporta el desarrollo realizado por Bourdieu es la posibilidad de explicar la racionalidad jurídica no en función de la congruencia interna o su pureza, sino por las posibilidades que tiene para mantenerse en y por la práctica. Que la práctica sostenga la racionalidad jurídica es otro de los elementos que podrían integrar el desarrollo de una teoría jurídica crítica, una teoría que de cuenta de las propias limitaciones del derecho.

Un supuesto clave para entender la exposición del campo jurídico como autónomo en su relación con lo expuesto en el capítulo primero es aceptar la diferencia entre el poder económico o político, y el derecho (que es otro tipo de poder). Se debe atender a la diferencia entre el derecho y un mandato de autoridad (en su sentido arbitrario). Supongamos un agente que utiliza sus recursos económicos y políticos en un procedimiento jurídico; la sentencia o el título de propiedad que obtiene al ganar cuenta con un valor mayor al de los capitales económicos y políticos invertidos.

Bourdieu establece que este capital propio del campo jurídico, el capital jurídico, pertenece al tipo de capital que define como simbólico. Su característica es que vale por sí mismo y esconde las arbitrariedades en su posesión y acumulación.

Una sentencia es el resultado de un litigio, pero vale en la medida en que ya no es litigable, en que no expresa el litigio. Ya no se tienen que cargar con todas las pruebas y argumentos del litigio, lo que vale es la sentencia y ya no se le pueden oponer otras pruebas. Incluso la apelación sólo es posible en la medida en que existe como sentencia y lo que se apela es la sentencia.

El capital jurídico se corresponde con la fuerza de la forma. La forma es lo que se hace público, la validez de la norma y lo que le otorga certeza. La fuerza de la forma es lógica y social. Mediante la formalización se hizo público y oficial determinada conducta. Esta forma se da por una sucesión de pasos lógicos que ocultan la fuerza bajo la apariencia de neutralidad. Recordemos que formalizar el derecho fue hacer una sistematización lógica que, en último lugar, pretendía la seguridad jurídica mediante la previsibilidad de la conducta de los jueces o de un proceso jurídico.

La forma es también una manera de ver y entender las cosas. Bourdieu utiliza la categoría de “habitus” para hacer referencia a conductas regulares que no están codificadas. Funciona como categoría de percepción y de apreciación que, a su vez, estructura la forma de percibir y apreciar, y en el caso del derecho de valorar los conflictos ordinarios transformándolos en confrontaciones jurídicas. Esto es importante: ya sabíamos con Kelsen que de lo que se trata es de valorar un hecho natural de conformidad con una norma y con esto darle validez a la norma; pero en la práctica jurídica, este proceso de valoración incluye también transformar el hecho en una confrontación jurídica. Los abogados son especialistas en ver litigios donde las demás personas ven injusticias, confrontaciones, negocios, etc.

Mediante la práctica formalista el lenguaje jurídico queda vaciado de contenidos políticos o éticos y aparece como una forma neutral y universal por la propia construcción del razonamiento, como si no existiera una intención de buscar un litigio; pero el puro lenguaje (es decir, las normas y argumentos jurídicos) no basta para mantener la creencia de la neutralidad y autonomía. Es necesaria la teoría jurídica como:

“una estructura global que tenga a un mismo tiempo las características de ser racional y poder ser racionalizante para poder mantener la creencia en la neutralidad y validez del derecho” (MORALES, 2003, pág. 73).

Notemos que la fuerza de la forma implica la publicidad y la permanencia en el tiempo y sintetiza los conflictos y contradicciones históricas permitiendo que se resuelvan lógicamente. El derecho funciona principalmente para mantener el poder simbólico, el poder de la forma. Esto sería la ideología propia del derecho.

Los conflictos o luchas sociales se someten a los agentes del derecho y estos agentes luchan al interior del campo jurídico para hacer ganar su causa. Bourdieu hace notar que en esta rivalidad de los profesionales del derecho surge una lógica espontánea que trae consigo la base de la racionalidad jurídica y la regla número uno del campo jurídico: la actitud universalizante. Según se vio en el capítulo primero, el formalismo parece ser la manera correcta de tratar científica y racionalmente a un conjunto de normas cuyo contenido varía, o a un conjunto de normas que se estiman como justas e inmutables: se parte de la reducción de lo variable a conceptos (o la deducción racional de dichos conceptos), y lo que se hace es estudiar sus relaciones lógicas.

La actitud universalizante resulta porque en el campo jurídico los litigios y las sentencias se presentan bajo la forma racional, como si fueran una deducción lógica de determinados principios o la interpretación de una ley. La lucha es por establecer las reglas que establecen la forma adecuada, siendo lo adecuado lo más universal.

La competencia técnica de los especialistas del derecho radica sobre todo en la capacidad argumentativa de los recursos jurídicos heredados del pasado (jurisprudencias y doctrinas); lo que favorece un trabajo de racionalización que produce sentencias más cargadas de derecho. Lo universal se consigue mediante la construcción narrativa o lógica del derecho. Esto redundaría en el efecto de intensificar la separación entre profanos y especialistas, así como de hacer que el

sistema jurídico aparezca a los que lo imponen y a los que lo padecen como totalmente independiente de las relaciones de fuerza que sanciona y consagra.

El derecho registra las relaciones de fuerzas y ratifica las conquistas de los dominadores, convirtiéndolas en un recurso jurídico para las futuras generaciones. Sin embargo, estos recursos aparecen fundadas no el hecho histórico, sino en la equidad de sus principios, la coherencia de sus formulaciones y el rigor de su aplicación. Aparecen como fundadas a priori en su necesidad lógica, en su imparcialidad y su utilidad social, y por ello capaces de imponer universalmente su reconocimiento. Aparecen con la fuerza de la forma, de lo que es claro y predecible, de lo que es calculable, público e intercambiable. Notemos que es contrario a derecho aparecer como arbitrario, así como lo particular e impredecible se opone a lo universal y racionalmente calculable.

El campo jurídico funciona como un aparato distinto a un juego de fuerza individual, pues va generando sus propias reglas y los participantes se tienen que ajustar a ellas.

Retomemos el ejemplo de la disputa entre los abogados representantes de la ciudadanía y los representantes de la reglamentación burocrática (funcionarios públicos) en una disputa por una multa de tránsito. En los argumentos últimos (presentados por ejemplo en un amparo) los funcionarios sostendrían el interés social y los abogados el respeto al derecho privado. Al juez le toca pronunciarse sobre la validez o invalidez de una norma del reglamento de tránsito con respecto al derecho humano de libre tránsito. ¿Qué sutilezas argumentativas resultarán de mayor peso y por qué? Al juez le corresponde pronunciarse sobre el criterio adecuado y sostener o no la validez de una norma de tránsito. Pero los jueces no parten de la neutralidad absoluta, pues ¿quién pone a los jueces, quién determina quién es juez, dónde se educaron y qué les enseñaron? Los grupos de actores en pugna, de manera inconsciente, han buscado abarcar los espacios de educación, por ejemplo, para inculcar sus criterios sobre los futuros jueces. El resultado del debate no será un pronunciamiento del tipo “yo juez, por haber sido educado por

el Estado, fallo a favor del derecho social”(lo que suena de hecho bastante arbitrario), sino que se presentará con la neutralidad propia de la racionalidad jurídica: “si bien las garantías individuales se traducen en derechos de los particulares, la intención del legislador no debe entenderse como sobreponer los derechos particulares sobre los derechos sociales, ya que es claro que los derechos sociales son uno de los límites reconocidos en nuestra Constitución a los derechos particulares...” Notemos como, independientemente de si gana el derecho social o el derecho privado, la sentencia se presenta dentro de esta actitud universalizante, como si fuera una conclusión lógica de la interpretación jurídica. Es decir que, independientemente de la postura que tenga el agente (teórico o práctico, positivista o iusnaturalista), la racionalización jurídica consiste en esta actitud universalizante, que de hecho cohesiona al conjunto de agentes al interior del campo, aunque se encuentren en competencia por la producción y venta de servicios jurídicos.

Si bien la teoría jurídica puede reconocer el espacio de discrecionalidad de los jueces y la imposibilidad descriptiva de dar cuenta de ella, faltaría formular una teoría crítica que permita un pronunciamiento ante esa discrecionalidad. Esta posibilidad de discrecionalidad nos permite valorar la importancia de una filosofía o una sociología que de cuenta de estos valores últimos de los profesionistas del derecho y permita cuestionarlos.

Bourdieu señala que para quienes no participan de manera directa en el funcionamiento del campo es difícil su adhesión o creencia en esta ciencia jurídica que se define por un método deductivo propio, consistente en la subsunción del caso particular dentro de la regla general. Sin embargo, con la pura aseveración “todos los abogados son chuecos” (increíble regularidad que bien podría fundamentar una ciencia) se imposibilita un diálogo que genere un cambio. Es curioso que culpando a los abogados por no seguir o respetar las leyes se esconde que las leyes están abiertas a la interpretación y se está luchando por dicha interpretación.

Aunque la formalización del derecho sintetiza los conflictos y contradicciones históricas permitiendo que se resuelvan lógicamente, la interpretación jurídica causa un efecto de historización de la norma al estarla adaptando a las circunstancias nuevas, descubriendo en ellas posibilidades inéditas y dejando a un lado lo caduco. Con esto, Bourdieu hace notar que las normas poseen una extraordinaria elasticidad que llega incluso a la indeterminación. El “estado de derecho” bien puede servir como base para legitimar una manifestación o para despedazarla (junto con las personas dentro de ella). El derecho es un instrumento dócil y adaptable que puede estar dirigido en la práctica para la racionalización de decisiones en las que no tuvo parte alguna. Los profesores, jueces y abogados disponen, en distinta medida, del poder de explotar esta polisemia del derecho. Pueden recurrir en la no aplicación de una ley que entendida literalmente no debía ser aplicada, o aplicar una ley que, en el sentido común, no debía ser aplicada.

La interpretación jurídica no es un acto realizado por un individuo solitario, preocupado por producir una aplicación de la regla o de legitimar una decisión mediante la razón jurídica, sino que es el resultado del juego (o lucha) dentro del campo jurídico:

“En realidad, el contenido práctico de la ley, que se revela en la sentencia es la culminación de una lucha simbólica entre profesionales dotados de competencias técnicas y sociales desiguales; por ello, son desigualmente capaces de poner en marcha los recursos jurídicos disponibles mediante la exploración y explotación de `reglas posibles´ e igualmente desiguales a la hora de utilizar esos recursos eficazmente, es decir, como armas simbólicas, para hacer triunfar su causa” (BOURDIEU, 2003, pág. 180).

La racionalidad jurídica únicamente concede a las decisiones la “eficacia simbólica” para que se reconozca como legítima, para ignorar la arbitrariedad de distribución de los recursos simbólicos.

“El fundamento de esta eficacia reside, al menos en parte, en el hecho de que la sensación de necesidad lógica sugerida por la forma tiende a contaminar el contenido” (BOURDIEU, 2003, pág. 180).

La forma incide en el contenido de tal manera que puede legitimar lo arbitrario. Esto quiere decir que lo que pueda resultar más lógico determinará la sentencia. Pero lo lógico depende de lo que pueda ser simple. Bourdieu hace notar que en la práctica social común, somos lógicos hasta que lo lógico no es práctico, pero en el derecho la práctica se determina por lo que pueda ser lógico aunque se contraponga el sentido práctico, es decir que lo que importa es que sea simple para el juego en el campo jurídico, no para el sentido común. Además, no todo es lógicamente conceptualizable, por ejemplo el concepto de persona o de justicia.

Para Bourdieu, lo propio del derecho es la formalización entendida como discurso abstracto y coherente. La eficacia del derecho depende, entonces, de la eficacia de esta formalización.

Notemos cómo la formalización que parte de lo preexistente, es decir que es en general una regularización de las situaciones de hecho, tiene un “plus” con respecto a estas: claridad para su aplicación y previsibilidad. La formalización, por su abstracción, simplificación y coherencia permite a los profesionales del derecho contar con la norma, esto es, tener cierta certeza jurídica. Sin embargo, es difícil que los profanos puedan contar con la norma de la misma manera y, en general, quedan destinados a sufrir la fuerza de la forma.

Las conclusiones presentadas en el primer y segundo capítulo apuntan al efecto ideológico del derecho. La certeza jurídica pretendida por los posicionamientos iusnaturalista y positivista no sólo esconde y supone un elemento ideológico; en las prácticas al interior del campo jurídico el formalismo que se genera y que resultaba del ideal de certeza jurídica, provoca inseguridad sobre la aplicación de la norma. Se descubre que la aplicación depende de los capitales desiguales con

los que cuentan los profesionistas al interior del campo, y la certeza es casi nula para los profanos.

El derecho pierde legitimidad por su propia arbitrariedad, por la desposesión de algunos grupos para utilizar y para hacer efectivas sus pretensiones por medio del derecho. Si nunca le puedo ganar al banco en un juicio mi demanda se transforma en una manifestación política. Pero con esto, el derecho pierde terreno frente a la política. Para evitar su propia arbitrariedad y no perder terreno frente a la política, al derecho se le deben poner límites. Por ejemplo en su dinámica racionalizante que divide a los legos de los profanos (los bancos, evidentemente, resultarán en legos con respecto a sus clientes). Otro límite para su efecto ideológico lo constituiría una teoría crítica (en el sentido kantiano) para entender hasta dónde puede funcionar y qué podemos esperar de él. Me parece que un límite importante es en los alcances de su propia tendencia de racionalidad que aparece como formalista o legalista.

El mero fundamento racional del derecho nos coloca ante una serie de injusticias a las que el derecho, en principio, debería oponerse. Al derecho se le pide que se pronuncie sobre las inequidades que la misma racionalidad jurídica produce. Esto nos da pie a pensar que debe de haber algo más fundamental, que antes que la racionalidad jurídica debe haber algo que la justifique como una construcción posiblemente buena o necesaria, pero adaptable en función de nuestras necesidades y proyectos. Podemos afirmar que x sentencia es racional, pero siempre cabe la pregunta ¿es parcial, arbitraria o injusta? La racionalidad jurídica ¿funda los sentimientos de justicia o injusticia de las partes en conflicto?, ¿funda las exigencias concretas o materiales que se reclaman los particulares?

Bourdieu descubre en el formalismo jurídico un fondo arbitrario. ¿Qué puede decir el derecho después de la crítica de Bourdieu? Puede darse una redistribución del capital jurídico, que de hecho se intenta con las defensorías de oficio, procuradurías sociales u otros despachos que ofrecen sus servicios de manera gratuita. Se observa, sin embargo, que esta distribución sólo se usa con fines de

asistencia, pero no es posible eliminar la competencia por el capital dentro del juego, con lo que el formalismo jurídico sigue imponiéndose. Una propuesta sería detallar cómo el campo jurídico funciona a través de dicho capital simbólico en juego para buscar estar al tanto de las apropiaciones que operan de dicho capital y buscar equilibrar las cosas. Me parece con los elementos aportados por Bourdieu se puede clarificar el espacio y la situación del juego, buscando los espacios para incidir.

Tenemos el problema de la propia arbitrariedad del derecho, pero el derecho se nos había presentado también como un intento para oponerse en contra de la arbitrariedad. Históricamente lo hizo buscando su autonomía, que el derecho se resiste a abandonar. Me parece, además, que resulta deseable que el derecho juzgue con autonomía de los mercados o de los intereses de los dominantes. La autonomía representa la fuerza del derecho que le permite oponerse a otras fuerzas como la económica o la política.

En el capítulo tercero se intentó profundizar sobre la arbitrariedad del derecho con un desarrollo que sí atiende a su justificación o a su intención de evitar la arbitrariedad (a diferencia del desarrollo realizado en el capítulo segundo). El presupuesto fue que el derecho arbitrario puede salvar su autonomía en la lucha contra su propia arbitrariedad, o visto ya con la propuesta de Lévinas, contra su propia tiranía.

En el capítulo tercero se mantiene la diferencia entre mandato de la autoridad en tanto que una mera cuestión de ejercicio de poder autoritario y la fuerza propia del derecho o su elemento de juridicidad. Retomando lo expuesto en el capítulo segundo, esta diferencia ahora parece el resultado de una ideología que se produce al interior del campo jurídico, como una actitud universalizante que tiende a mantener el formalismo. Sería, si se quiere, la fuerza del formalismo. Parece una sustitución del báculo del poder por los códigos (y en buena medida la argumentación jurídica parece una falacia “ad baculum”).

La aplicación del derecho implica, en última instancia, el uso del monopolio de la fuerza por parte del Estado: es la coacción para obligar al cumplimiento de la norma. Pero la coacción jurídica no es un elemento externo al derecho aunque utilice una fuerza exterior para lograr el cumplimiento de la norma. Las leyes no son obligatorias porque escondan una pistola, como si la fuerza del derecho estuviera en esa pistola. El derecho tiene su propia fuerza que se distingue por oposición a otras fuerzas. Es una fuerza que le permite conservarse calificando a toda otra fuerza que no derive de él mismo como injusta, ilegal o arbitraria.

Es posible pensar esta fuerza explícitamente como un tipo de violencia que ejerce el derecho contra los individuos particulares. La forma universal imponiéndose a lo particular. Aunque el Estado sea gobernado por individuos, aunque sea un policía concreto quien lleva la pistola, estos operan como meros aplicadores de la ley, pues como individuos no se encuentran legitimados para la violencia. Legitimado quiere decir actuar de conformidad con las leyes. Actuar de manera legítima es ser un efecto de la ley, ser lo que la ley dijo que será. Esta forma universal se impone con un efecto de seducción que invita a creer en ella, sobre todo por medio de la lógica y la actitud universalizante, buscando ser para siempre y para todos. Además, se impone por sus efectos realizativos, pues toda norma contiene consecuencias que se aplicarán. La creencia en los efectos realizativos no es del tipo de creencia que pueda modificarse en cualquier momento. Si se cree que algo será es porque se estima que se tienen elementos para que se produzcan los efectos (aunque no lo creas, el banco te embargará el coche).

En la historia encontramos momentos precisos en los que un sistema u ordenamiento jurídico se funda. El sistema que se funda aparece, salvo al principio de los tiempos, desfundando a otro sistema. Fundar un sistema querrá decir que lo que se diga de conformidad con ese sistema será válido, que tendrá fuerza de ley y por lo tanto que será realizativo: que lo que se diga, será. Por esto, la violencia fundadora implica también la violencia conservadora, la fuerza para mantenerse. Sin embargo, y esto es importante, el derecho siempre puede cambiar, por lo que

mañana puede ser justo lo que hoy era injusto. Todo depende de quién gane la competencia por decir qué es derecho.

Cada ley se presenta prometiendo sus efectos o bajo la creencia que se realizarán. Creencia que se sostiene en la medida en que se realizan, por lo que la fuerza de la ley depende de que se aplique. Que se aplique hoy y siempre y por encima de cualquiera, que sea universal. Además, que se aplique contra toda arbitrariedad, esto es de manera neutral, para que su aplicación no implique un acto de violencia individual sino la aplicación de la ley general.

Pero cada ley en su misma fuerza realizativa se encuentra amenazada en su posibilidad de que no se aplique, de que no produzca sus efectos, en que no se crea en ella. Olvidándonos de la amenaza de un sistema que se pueda fundar sobre el existente; la fuerza realizativa de una ley está amenazada en el sistema jurídico por la fuerza realizativa de otra ley. En cada litigio se pone en juego la aplicación de una ley, las partes compiten por decir qué es derecho. En el litigio ganará quien tenga los mejores medios para hacer valer y probar sus argumentos, medios que incluso implica tener las leyes a su favor (pues en un momento determinado las leyes pueden favorecer a un grupo en específico). La fuerza realizativa de la ley depende, en cada momento, de la capacidad para que se aplique, lo que permitirá que se crea en ella. Esta capacidad son elementos que poseen las partes de manera desigual en cada litigio.

Por otro lado, la relación entre el crédito del derecho y su fuerza realizativa se establece en la interpretación. Toda aplicación de la ley pasa por su interpretación. Aplicar la ley es afirmar la interpretación que se hace de sus efectos, que siempre son una interpretación entre varias leyes. Por tanto, la fuerza realizativa es fuerza interpretativa, y por esto se puede decir que la aplicación de una ley es una llamada a la creencia.

Se trata de la imposición de un sentido o una interpretación que legitimará la imposición misma como no violenta. Sin embargo, la violencia se legitimará en el

futuro como el ejercicio de un derecho, que de hecho está por resolverse o decirse. ¿Estabas ejerciendo tu derecho o estabas actuando fuera del derecho o siendo injusto? ¿Era legal que no pagar una deuda, o no salirse de una casa en renta, o con no pagar un impuesto o pagarlo bajo protesta, el derecho de retención, el embargo precautorio, la clausura de un establecimiento, el cobro de intereses, la suspensión de un servicio, la separación de los conyugues, etc.? Todo está siempre por verse.

En el juego del derecho, entonces, todo está por verse. Derrida hace notar este momento de suspenso es la historia del derecho. Pero este momento de suspenso yo lo encuentro no sólo en la historia del derecho (momentos fundadores o revolucionarios del derecho) sino en todo litigio y en todo hecho jurídico. En todo acontecimiento que se considera que genera consecuencias jurídicas, las consecuencias están por verse. El derecho queda suspendido en el vacío:

“(en) un acto realizativo puro que no tendría que dar cuenta a nadie ni ante nadie... (la interpretación o inteligibilidad de la norma) sólo podrá producirlas el porvenir.... el orden de la inteligibilidad depende a su vez del orden instaurado y sirve para interpretar éste. Esta legibilidad será, pues, tan poco neutra como no violenta... Significa en suma una violencia jurídico- simbólica, una violencia performativa (realizativa) en el interior mismo de la lectura interpretativa” (DERRIDA, Nazism and the «Final Solution»: Probing the Limits of Representation., 1990).

Esto provoca que el origen de la autoridad y de la fuerza del derecho sólo puedan apoyarse en ellos mismos, lo que para Derrida constituye una violencia sin fundamento. Derrida aclara que esto no significa que sean ilegales:

“No son ni legales ni ilegales en su momento fundador, excediendo la oposición entre lo fundado y lo no fundado, entre todo fundacionalismo o antifundacionalismo. Incluso si el éxito de los realizativos fundantes de un derecho (por ejemplo -y esto es más que un ejemplo-, el éxito de un Estado

como garante de un derecho) supone condiciones y convenciones previas (por ejemplo, en el espacio nacional o internacional), el mismo límite «místico» resurgirá en el supuesto origen de dichas condiciones, reglas o convenciones, y de su interpelación dominante” (DERRIDA, *Deconstruction and the Possibility of Justice*, 1989).

El derecho depende de su autonomía, de su capacidad para conferir valor con independencia de otros valores. El valor de contar con un buen abogado depende del capital simbólico. Es decir ¿qué tanto vale tener un abogado competente para ganar un litigio? Vale en función de que pueda hacer que se aplique la norma, que produzca los efectos. El abogado deja de valer cuando es el dinero como corrupción lo que resuelve el asunto. El derecho deja de valer cuando es la economía la que resuelve el asunto. Cuando vale es cuando es autónomo, y su autonomía la consigue en la referencia hacia sí mismo.

Sin embargo, a pesar de la oposición contra otras fuerzas y en última instancia contra la violencia individual, el derecho depende de que los particulares lo apliquen. La lucha previa a la aplicación se da entre individuos con diferentes capacidades o capitales jurídicos que ya poseen de antemano y ponen en juego.

Con lo anterior, llegamos a la arbitrariedad del derecho por el camino del análisis de su fuerza. El análisis no sigue el camino del formalismo jurídico, pero subsiste el elemento de previsibilidad y cálculo que fundamentó el método formalista.

Por otra parte, queremos legítimamente que el derecho regule la vorágine de las grandes corporaciones, queremos que se respeten los derechos humanos. Queremos, en definitiva, que se haga justicia y querríamos contar con el derecho para lograrlo. Los anteriores anhelos de justicia, como cualquier demanda de justicia, implican la intención de que la justicia se realice o se aplique.

“El derecho es un elemento de cálculo...” Pero “la decisión de calcular no es del orden de lo calculable y no debe serlo”. “Para ser justa, la decisión de un juez por ejemplo, no debe sólo seguir una regla de derecho o una ley

general, sino que debe asumirla, aprobarla, confirmar su valor, por un acto de interpretación restaurador, como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara él mismo en cada caso” (DERRIDA, *Deconstruction and the Possibility of Justice*, 1989).

La aplicación de la norma general por parte de un juez individual, o de los individuos concretos que luchan por hacerse de un capital jurídico que se mantenga a otras luchas marcan una aporía del derecho. Individuos que mantienen una fuerza que se les opone a ellos como individuos. La otra cara de la misma moneda la constituye el contrasentido que implica la resolución de un conflicto concreto por medio de una regla general:

“¿Cómo conciliar el acto de justicia que se refiere siempre a una singularidad, a individuos, a grupos, existencias irremplazables, al otro o a mi como otro, en una situación única, con la regla, la norma, el valor o el imperativo de justicia que tienen necesariamente una forma general, incluso si esta generalidad prescribe una aplicación singular?” (DERRIDA, *Deconstruction and the Possibility of Justice*, 1989).

El derecho implica algo de rectitud. Derrida insiste en que se debe hablar en la lengua del otro pues así es más fácil que nos entiendan. Si te he de impartir justicia, la manera más recta es en tu idioma. Ser justo, en el sentido de rectitud, implica sobre todo no equivocarse de dirección. Sin embargo:

“(aunque) dirigirse al otro en la lengua del otro (parece una condición de la justicia)... esto parece no sólo rigurosamente imposible -por cuanto sólo puedo hablar en la lengua del otro en al medida en que me la apropio y asimilo según la ley de un tercero implícito- sino incluso excluido por la justicia como derecho en tanto que éste parece implicar un elemento de universalidad, esto es el recurso a un tercero que suspende la unilateralidad o singularidad de los idiomas” (DERRIDA, *Deconstruction and the Possibility of Justice*, 1989).

Me parece, entonces, que la experiencia de un derecho arbitrario es una experiencia aporética y, siguiendo a Derrida una posibilidad para la justicia, que puede salvar la autonomía del derecho para juzgar. La experiencia aporética aunque suspende la regla o la legitimación del uso de la regla, no conduce necesariamente a la injusticia o la supresión de la oposición de lo justo y lo injusto:

“sino quizás, y en nombre de una exigencia más insaciable de justicia, a la reinterpretación de todo el aparato de límites dentro de los cuales una historia y una cultura han podido confinar su criterología... El sentido de una responsabilidad sin límite, y por tanto, necesariamente excesiva, incalculable, ante la memoria; de ahí la tarea de recordar la historia, el origen y el sentido, y por tanto, los límites de los conceptos de justicia, ley y derecho, de los valores, normas, prescripciones que se han impuesto y han sedimentado, quedando desde entonces más o menos legibles o presupuestos... Hay que ser justos con la justicia, y la primera justicia que debe ser hecha a la justicia es la de escuchar, intentar comprender de dónde viene, qué es lo que quiere de nosotros, sabiendo que ello la hace a través de idiomas singulares... Hay que saber también que esta justicia se dirige siempre a singularidades, a la singularidad del otro, a pesar o precisamente a causa de su pretensión de universalidad... Esto nos lleva a denunciar no sólo los límites teóricos sino también injusticias concretas, con los efectos más evidentes, de la buena conciencia que se detiene dogmáticamente ante una u otra determinación heredada de la justicia” (DERRIDA, *Deconstruction and the Possibility of Justice*, 1989).

Los ejercicios de reconstrucción histórica, deconstrucción, sociologías del campo jurídico, pero también la propia dogmática y teoría jurídica quizás estén motivados o encuentren su impulso:

“en la exigencia de un incremento o de un suplemento de justicia y, por tanto, en la experiencia de una inadecuación o de una incalculable

desproporción” (DERRIDA, *Deconstruction and the Possibility of Justice*, 1989).

“Acabamos de ver, en suma, que en su origen y en su fin, en su fundación y en su conservación, el derecho es inseparable de la violencia, inmediata o mediata, presente o representada ¿Excluye eso toda no-violencia en la eliminación de los conflictos, como se podría concluir tranquilamente? En absoluto. Pero el pensamiento de la no violencia debe exceder el orden del derecho público” (DERRIDA, *Nazism and the «Final Solution»: Probing the Limits of Representation.*, 1990).

En estas últimas reflexiones aparece una recuperación de la sociología, la teoría jurídica y del derecho en general. Una intuición clave es la necesidad de hablar en la lengua del otro para hacerle justicia. Tomemos esta intuición de manera más moderada y digamos que la aplicación del derecho debe hacerse en la lengua del otro. El derecho se aplica constantemente, sin embargo, no se entiende. En buena medida no se entiende porque oculta su propia arbitrariedad y muchas otras arbitrariedades que comete. Se puede alegar que aunque no se entienda se aplica. Además, que el entendimiento no será nunca igual para todos y que quienes mejor lo entiendan contarán con mejores capacidades para aplicarlo. Aún así, ha quedado medianamente defendido que este desconocimiento del derecho resulta arbitrario y que afecta al derecho en su propia autonomía para juzgar y ser aplicado.

El último capítulo parte de las dificultades de una fundamentación racional del derecho que podrían establecerse en un trabajo más riguroso como límites de la racionalidad jurídica. La propuesta todavía podría ser integrar en la teoría jurídica un apartado crítico, tal vez una teoría crítica, que le permita dar cuenta de su propia arbitrariedad y de sus elementos ideológicos. En su caso, los límites provocarían un espacio, pero son límites de la racionalidad jurídica, no necesariamente límites del derecho. Lo que es importante señalar es que la crítica realizada nos lleva a que las personas como aplicadoras del derecho y con sus

anhelos de justicia vuelven a estar por encima del derecho. El derecho conserva su autonomía pues funciona con autonomía o si tiene autonomía, pero no para su autonomía.

La primera dificultad para la fundamentación racional del derecho se enunció en el primer capítulo y corresponde a la contradicción entre el derecho positivo como dato empírico del que se parte y la certeza jurídica como ideal al que se aspira. Esto es, tomar como dato empírico elementos ideológicos. En el segundo capítulo la dificultad se muestra en las dinámicas al interior del campo jurídico que tienden a mantener la creencia en la universalidad y neutralidad del derecho y que ocultan la arbitrariedad en la posesión de los capitales jurídicos, operando en un juego por el monopolio por decir qué es derecho. Se muestra con ello que no basta la articulación de una teoría jurídica, pues se deben atender a las dinámicas que la mantienen, mismas que son operadas de manera inconsciente por sus agentes. Por último, en el tercer capítulo el llamado a la creencia, las dinámicas de fundamentación y conservación, el momento de suspenso y las aporías encontradas, tienen a mostrar el fundamento místico del derecho como el ejercicio de una violencia que carece de fundamento.

Estas dificultades apuntan a un derecho que está siempre por verse, que su aplicación depende de un juego entre sus agentes a su interior y en el que opera un momento de suspensión de la norma. Por lo tanto, el derecho no se puede explicar completamente como una actuación que se conforma a una norma o regla dada, pues en su dinámica aparece este momento de suspensión de la norma. Si sólo se cuenta con un criterio de ajustar la conducta a una norma general para evitar la arbitrariedad, este momento siempre será arbitrario pues la norma está en suspenso. Dado que la norma está en suspenso, es posible que operen otros órdenes, como el económico, el político o las propias dinámicas de apropiación del capital jurídico, que también resultan arbitrarias y por las que el derecho pierde su autonomía para juzgar. Dar cuenta de este momento de suspenso resulta

relevante para futuras investigaciones. Podría funcionar para evitar la arbitrariedad del propio derecho.

Me parece que también sería posible establecer una relación entre las anteriores dificultades para una fundamentación racional del derecho y la necesidad de hablar en el lenguaje del otro para hacer justicia. Esto debido a que en el momento de suspensión de la norma operan en general dinámicas intersubjetivas.

Por lo anterior, consideré pertinente en mi elaboración de la tesis buscar el fundamento que pueda tener una respuesta autónoma, pero no arbitraria. Me pareció sugerente preguntarme, en un sentido levinasiano, lo siguiente: ¿No es anterior una lucha por evitar la tiranía, la libertad como la conciencia de que la libertad está en juego?

Dadas las anteriores consideraciones fue que intenté la construcción de una propuesta mediante la filosofía de Lévinas, por el acento que pone en evitar la tiranía y la su lucidez en notar que la tiranía se presenta en cualquier objetivación del otro en conceptos o categorías. Siguiendo a Lévinas, quise buscar algunos elementos para la construcción de una propuesta que permitiera entender al derecho como derecho de los otros. No me fue posible construir esta propuesta y queda por tanto a manera de intuición o sugerencia. Aunque me pareció claro que la justicia se hace en la lengua de la personas, y con Lévinas este lenguaje se basa en la respuesta a la exigencia del otro, no me fue del todo posible introducir al autor en el diálogo pretendido. Existe un vicio de origen: la propuesta de Lévinas es por un diálogo entre las personas, no un diálogo interdisciplinario. Algunos elementos en su filosofía dan pie a la construcción de lo político y del pensamiento racional occidental cuidando la apertura en la relación del cara a cara. Pero el desarrollo de estos elementos pasa por lo indecible al que alude Derrida.

En principio noté una posible vía para el desarrollo del diálogo por la referencia que hace el propio Lévinas a la filosofía de Kant. Desde el primer capítulo advertí

que muchos autores del pensamiento jurídico tenían una expresa referencia con la filosofía kantiana. Kant utiliza un criterio para evitar la arbitrariedad que consiste, a grandes rasgos, en la referencia a una norma de la libertad como criterio general y racional para regular conductas. En tanto que criterio racional que fundamenta al derecho, la crítica quedó realizada en las dificultades para la fundamentación racional. Por su parte, Lévinas hace notar la obstinación del particular en su propia libertad en contra del conjunto de derechos. Esta obstinación comporta su lado negativo y puede quedar como una patología egoísta. La arbitrariedad, por ejemplo, en la posesión y apropiación de los capitales jurídicos serían esta patología. Sin embargo, la obstinación también puede aparecer como respuesta bondadosa, si se quiere como los anhelos de justicia aludidos por Derrida. Aparece, entonces, otro criterio para evitar la arbitrariedad distinto a la referencia a una norma general de libertad. La propuesta que se intentó queda en el criterio de que no se comete una arbitrariedad cuando se actúa por los derechos de los otros. Esto es, que la arbitrariedad tiene su raíz en un tipo de racionalidad que subordina la relación con el otro a la relación con el ser en general. Se trata de una imposición de lo anónimo que lleva a la vivencia de la tiranía y que se muestra en el derecho en la defensa egoísta de los derechos que se inicia una competencia con los otros.

Los derechos como derechos ante todo de los otros, con la modalidad del respeto o partiendo desde la intersubjetividad, me parece que sugieren acciones para cuidarse de la tiranía o que el derecho se cierre en sí mismo. La relación ética del cara a cara queda muy lejos del derecho, pero la advertencia parece sugerente. Se apela a lo concreto de la relación antropológica originaria y al respeto por la humanidad del hombre que se encuentra posibilitada por esta relación. Posibilidad escondida que se puede buscar y cuya búsqueda parece que recorre los caminos de aquello que permite al derecho abrirse hacia el lenguaje del otro –como sería la propuesta de Derrida-, o hacia las dinámicas que operan al interior del derecho mediante las que se descubre las diferencias de poder entre los agentes. Se pueden descubrir a las víctimas o a los olvidados por el derecho, las situaciones

que el estado actual del derecho mantiene en detrimento de grupos sociales, o desigualdades sobre las que se pueden tomar acciones. Muy importante es que se pueden encontrar los obstáculos que el mismo derecho pone a acciones por las que se ve por el otro y que, considerada la arbitrariedad o la tiranía de la cual el derecho es capaz, resultan injustificadas, pues el derecho aparece como aquello que hacemos y posibilitamos que se haga. Entender el funcionamiento del derecho en su historia, en su doctrina, en su dinámica, en su desfundada fundamentación permite prevenirnos del propio derecho.

En los capítulos de esta tesis se descubrió que la fuerza del derecho, de su deber ser, aparece como pendiente de las dinámicas que operan al interior del derecho. Que algo deba ser, de conformidad con el derecho no implica que sea “lo correcto” o “lo mejor para las personas”. Implica un conjunto de circunstancias que pueden operar porque el derecho está siempre por verse. Implica un estado de las leyes que puede describirse y del que se puede encontrar su sentido en la historia y la teoría jurídica. Implica una conciencia práctica que se puede tomar para que el derecho se oponga contra otros poderes también arbitrarios, pues el derecho cuenta con elementos para cuidarse de su propia arbitrariedad. Este cuidado de la propia arbitrariedad, en el sentido de apertura a los otros, me parece que permite al derecho ser utilizado como una herramienta más eficaz y autónoma con respecto a la política o a la vorágine de los mercados. Poner de manifiesto esta arbitrariedad egoísta constitutiva del propio derecho puede llevar a afirmar la necesidad de encontrar otro criterio para evitar la arbitrariedad, distinto al de una ley universal de la razón o a la subsunción a una norma. En este sentido, me pareció que la respuesta a la exigencia del otro no es arbitraria. No se comete arbitrariedad cuando se reconoce el derecho del otro. La respuesta que doy al otro constituye, desde la filosofía de Lévinas, la auténtica acción libre. Así mismo, se trata de una respuesta dirigida a una singularidad y dada en la lengua del otro.

Sin embargo, como se concluyó en el capítulo tercero, no hay una garantía de que nos lleven hacia disminuir la arbitrariedad en el derecho, o no la puede encontrar.

La formulación del Estado mesiánico parase idealista y sostenida por los argumentos a favor del Estado moderno (como el de Israel). La justicia identitaria se puede hundir en un nosotros posesivo y puede conducir a la indiferencia. El criterio de ver por los casos particulares se pierde con los argumentos del abogado que ve por su cliente. La intelección fundada en la experiencia del cara a cara pasa por lo indecible y se encuentra muy alejada de los temas políticos y jurídicos. En todo momento aparece la amenaza de un principio o ideal que en su vaguedad puede justificar cualquier acción.

Lévinas afirma que los derechos como derechos de los otros no significan que “los derechos humanos pierdan su estatuto de absolutos para recaer en el nivel de las decisiones que han de tomar algunas subjetividades benevolentes. Significa más bien todo lo absoluto de lo social, del para- otro, que es probablemente el designio de lo humano” (LEVINAS, 1993;2001, pág. 245). Esta propuesta no fue abordada en la tesis y posiblemente en la profundización de lo absoluto de lo social, del para- otro, sea posible encontrar un camino para una reconstrucción del derecho. En el tercer capítulo se concluyó, de una manera un tanto desesperada, que la sugerencia de Lévinas me quedaba como una opción moral que aparecería en las decisiones individuales, ya sea como ejercicio de lucidez o anhelo de justicia, pero esto no termina de funcionar para desarrollar una propuesta sólida. En todo caso, la sugerencia de Lévinas no termina ahí y podría resultar en un tema para desarrollar en un futuro.

Aún así, me parece que existe un avance. Efectivamente, en la aplicación del derecho nos encontraremos siempre con capacidades repartidas desigualmente entre las personas y esto resulta una arbitrariedad propia del derecho. Pero en esta arbitrariedad se vislumbra la imposibilidad de que el derecho someta a las personas pues siempre depende de que ellas lo apliquen. Las decisiones individuales también forman al derecho por lo que un derecho que aparece por encima de las personas resulta contradictorio.

La arbitrariedad pone de manifiesto la imposibilidad de la imposición total del derecho sobre las personas, y en esta posibilidad resulta pertinente una construcción distinta del derecho. Posiblemente basada en mi responsabilidad por los derechos del otro, incluso como originaria del derecho con sus pretensiones universales. Una universalidad que sería, entonces, un símbolo de mi responsabilidad infinita ante los derechos de los otros. Dicho de manera un poco kantiana, el principio que se podría formular quedaría como: no seas para los otros un simple obstáculo, sino que conviértete en la posibilidad de su libertad. Se trataría, sin embargo, de un principio que debe de cuidarse de la violencia que como principio universal puede generar con respecto al otro. Considerar, según lo dicho, que la libertad consiste en darse cuenta que la libertad está en riesgo, de ahí la necesidad de integrar una crítica a la teoría jurídica o la necesidad de una sociología o deconstrucción según la propuesta de los autores tratados. Este principio que se plantea desde la relación del cara a cara quedaría como equivalente del mandato “no matarás” según se expuso con la propuesta de Lévinas.

En la lucha por decir qué es derecho aparece la lucha de dos sujetos por afirmar el propio derecho. Afirmación que implica la negación del derecho (o pretensión de derecho) del otro: mi derecho excluye tu derecho. El deber ser del derecho puede aparecer como una lucha por lo que será, y en este caso también por nombrar: “esto debe ser”, “esto es derecho”. Es una lucha en la que el sujeto que vence se afirma como sujeto de derecho negando el derecho del otro. Negación que tiende a que el otro me afirme o afirme mi derecho, y que puede llevarse hasta matar al otro. Dado que el derecho está siempre por verse, la posibilidad de que el otro pueda ganar la lucha siempre está latente. El extremo de matar al otro puede aparecer como una negación de sus derechos, como imposibilidad de que su expresión sea realizativa. Nunca será una imposibilidad de expresión, pero se le puede hacer callar hasta la muerte. Es posible que a esto nos lleve en última instancia la lucha por decir qué es derecho.

Pero la muerte del otro acaba incluso con mi derecho, al no existir otro que lo afirme; es una lección de la “Fenomenología del Espíritu”. El otro sobrevive como esclavo, que por definición no tiene derechos. En la “Fenomenología del Espíritu” existe una reivindicación por la negación dialéctica del esclavo, pero la relación con el otro no es necesariamente de sometimiento. Sucede, a veces, que la vida o el derecho del otro me puede importar más que mi vida o mi derecho.

Sería una “autoconciencia” o un sujeto de derechos que no desconoce al otro, que no arranca una dialéctica de amo y esclavo, sino que reconoce al otro. Una relación intersubjetiva en la que surge la modalidad del respeto, distinta a la sumisión del esclavo o del otro. No se trata de la conciencia de mi propio derecho, sino de la conciencia de respeto al otro, a su vida y a sus derechos. Imposibilidad de matar y mi derecho a darle todo al otro. ¿Quién puede detener este derecho?

Aparece, además, el tercero que en mi derecho a darlo todo me permite también limitar la violencia del otro. Me permite prohibir, pero sólo en la medida en que existe el derecho a darlo todo que jamás se pueda callar.

Bibliografía citada.

- ALEXY, Robert. (1994). *El concepto y validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- ATIENZA, Manuel. (2004). *El derecho como argumentación*. México: Fontamara.
- ATIENZA, Manuel, & RUIZ MANERO, Juan. (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía no. 27* , 7-28.
- AYUSO Diez, Jesús María. (1998). Arrostrar la idolatría. Convertir las miras del Yo. *Anthropos no. 176* , 44-54.
- BOBBIO, Norberto. (1997). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- BOURDIEU, Pierre. (2003). *La fuerza del derecho, elementos para una sociología del campo jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Unidas y otras.
- CISNEROS Farías, Germán. (2000). *Teoría del Derecho*. México: Trillas.
- COMANDUCCI, Paolo. (2003). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 75-98). Madrid: Trotta.
- DE GIORGI, Raffaele. (1998). *Ciencia del Derecho y Legitimación*. México: Universidad Iberoamericana/ Colección Teoría Social.
- DERRIDA, Jacques. (1989). Deconstruction and the Possibility of Justice. *Del derecho a la Justicia*. Nueva York: www.jacquesderrida.com.a.
- DERRIDA, Jacques. (1990). Nazism and the «Final Solution»: Probing the Limits of Representation. *Nombre de pila de Benjamin*. Los Ángeles: www.jacquesderrida.com.ar.
- DIEZ Cuesta, Margarita. (1998). E. Lévinas. Precedentes Filosóficos. *Anthropos no.176* , 32-37.
- FASSO, Guido. (1982). *Historia de la Filosofía del Derecho. La Edad Moderna*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- FERRAJOLI, Luigi. (2003). Pasado y futuro del estado de derecho. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 13-30). Madrid: Trotta.
- FOUCAULT, Michel. (1985). *La verdad y las formas jurídicas*. México: Gedisa.

GARCÍA Bello, Gabriel. (desconocido). Ética contra la ética. Derechos humanos y derechos de los otros. En desconocido, *desconocido* (págs. 83-110).

GARCÍA Maynez, Eduardo. (1942). *Una discusión sobre el concepto jurídico de libertad*. México: Imprenta Universitaria.

GONZÁLEZ R. Araniz, Graciano. (1998). La desacralización de las víctimas. Notas sobre <maneras de pensar> la fundamentación de los derechos del hombre. *Anthropos no. 176* , 64-71.

GUASTINI, Riccardo. (2003). La <constitucionalización> del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonnell, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 49-74). Madrid: Trotta.

HART, H. L. A. (1963;1961). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

HINKELAMMERT, Franz. J. (1984). *Crítica a la Razón Utópica*. San José: Departamento Ecuménico de Investigaciones.

KAUFMANN, Arthur. (2007). *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad*. Bogotá. 2ª ed., 1991: Temis.

KELSEN, Hans. (1979). *Teoría general del Estado*. México: Editora Nacional.

LEVINAS, Emmanuel. (1993;2001). *Entre Nosotros. Ensayos para pensar en otro*. Valencia: Pre-Textos.

MORALES, Carlos de Satién Ravina. (2003). *Prólogo a La Fuerza del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Unidas.

NAKNIKIAN, George. (1991; 1968). *El Derecho y las Teorías Éticas Contemporáneas*. Buenos Aires: Fontamara.

NORIEGA Dobarro, Angel. (1998). Editorial. *Anthropos no. 176* , 3-11.

ORTEGA Y GASSET, José. (2004). *¿Qué es Filosofía?* México: Porrúa.

REDONDO Jimenez, Manuel. (1998). Introducción. En J. Habermas, *Facticidad y Validez* (págs. 9-55). Madrid: Trotta.

RODRÍGUEZ, Cesar. (1997). *El debate Hart- Dworkin. Estudio Preliminar*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de derecho, Universidad de los Andes.

SANTIAGO Nino, Carlos. (2003; 1973). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (2001). El Estado y el derecho en la transición posmoderna: por un nuevo sentido común sobre el poder y el derecho. En C. C. (compilador), *Desde otra mirada* (págs. 273-304). Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. Eudeba.

SUCASAS Peon, Alberto. (2011). Difícil Política. Justicia y Mesianismo en Lévinas. En J. Z. (Eds.), *Justicia y Memoria. Hacia una teoría de la justicia anamnética* (págs. 115-150). Barcelona: Anthropos.

TOURAINÉ, Alain. (1994). *Crítica de la Modernidad*. México: Fondo de Cultura Económica.

ZAGREBELSKY, Gustavo. (1999). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

ZAMORA, José. (2011). presentación. En J. Z. (eds), *Justicia y Memoria* (págs. 5-7). Barcelona: Anthropos.

Bibliografía complementaria.

BENEDETTI, Mario. (2006). Pedro y el capitán. México: Punto de Lectura.

BOURDIERU, Pierre. (1986). Habitus, código y codificación. En Actes de la Recherche en Sciences Sociales n°64, septiembre 1986, (páginas 40-44) (¿?).

CAMUS, Albert. (1972). La pena de muerte. Buenos Aires: Emecé.

CAPPELLETTI, Mauro. (1996). El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. México: Fondo de Cultura Económica.

FASSO, Guido. (1988). Historia de la filosofía del derecho: siglos XIX y XX. Madrid: Pirámide.

GARCÍA Maynez, Eduardo. (1992). Introducción al estudio del derecho. México: Porrúa.

HABERMAS, Jürgen. (2005). Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta.

HEGEL, Friedirch. (1994). La fenomenología del espíritu. México: Fondo de Cultura Económica.

HINKELAMMERT, Franz J. (2005). Solidaridad o suicidio colectivo. Granada: Universidad de Granada.

HOBBS, Thomas. (2010). Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil. México: Fondo de Cultura Económica.

KANT, Emmanuel. (1968). Principios metafísicos de la doctrina del derecho. México: UNAM.

KELSEN, Hans. (1973). Teoría Pura del Derecho. México: Porrúa.

KELSEN, Hans. (1988). Teoría general del derecho y del Estado. México: UNAM.

KIESLOWSKI, Krisztof. (1988). Decálogo cinco: no matarás. México: Macondo cine video distribuidores.

LEVINAS, Emmanuel. (1997). Fuera del sujeto. Madrid: Caparrós.

MEJIA Quintana, Oscar. (2006). Carácter y proyección de la filosofía del derecho en el pensamiento contemporáneo. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

MORIN, Edgar. (2001). Introducción al pensamiento complejo. Barcelona: Gedisa.

REALE, Giovanni. (1992). Historia del pensamiento filosófico y científico: del humanismo a Kant. Barcelona: Herder.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. (2002). El contrato social. México: Porrúa.

VILLORO Toranzo, Miguel. (1993-2002). Introducción al estudio del derecho. México: Porrúa.