

DERECHO Y CONTINGENCIA APORTES PARA UN ENFOQUE CRÍTICO Y ANTIESENCIALISTA DE LO JURÍDICO

Ab. Sabrina Villegas Guzmán¹

Ab. Jorge Foa Torres²

Ab. María Florencia Pasquale³

Resumen

Las perspectivas jurídicas positivistas, neopositivistas y neofuncionalistas, dominantes en el campo jurídico, vienen poniendo énfasis en el carácter estable del discurso jurídico y en la predominancia de las lógicas propiamente sistémicas de las estructuras sociales. De tal modo, la repetición y la adaptabilidad a nuevos entornos suelen remarcarse como dimensiones ineludibles para la investigación jurídica. Asimismo, estos enfoques tienden a buscar delimitaciones precisas del terreno propicio para la investigación del derecho.

En el presente, por el contrario, a partir de la recuperación de algunas nociones de diversos autores de la teoría jurídica crítica, se proponen diferentes vías para el desarrollo de estudios jurídicos que hagan hincapié en aquellos aspectos y caracteres inestables, no siempre-ya determinados, del derecho.

La propuesta asume una posición epistemológica que no supone una específica definición de lo que “es” el derecho, a partir de la cual derivar la labor investigativa.

En este sentido, y con la finalidad de destacar el carácter inestable de la producción de conocimiento hacia el interior del campo jurídico, parte del trabajo rescatara la manera como dicha contingencia se manifiesta en la práctica jurídica. Por ejemplo, Duncan Kennedy se ha referido a esta noción al percibir el ejercicio de la función jurisdiccional como una ineludible tensión o “conflicto interno” que se presenta a la hora de resolver un caso. Tensión entre el bagaje político-ideológico personal de cada juzgador, y el deseo de no perder legitimidad por parte de determinada comunidad jurídico-política de la que forma parte.

Introducción: ¿una salida al positivismo?

¹ Becaria CONICET. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-UNC sabvillegass@hotmail.com

² Becario CONICET. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-UNC jorgefoatorres@gmail.com

³ Becaria CONICET. Centro Experimental de la Vivienda Económica. flopasquale@hotmail.com

La concepción del derecho como un sistema de normas coherentes y lógicas, que encuentran su fundamento y validez última en una norma de carácter fundamental, continúa iluminando, aún entrado el siglo XXI, la práctica y la enseñanza del derecho en Argentina. Para sostener dicha afirmación, y salvando las excepciones del caso, basta con hacer un recorrido por los programas de estudio vigentes en las carreras de abogacía de las universidades públicas y privadas del país.

Una de las características centrales de tal noción del derecho, que nos fuera heredada de Hans Kelsen, es el esfuerzo por mostrarse “depurada” de toda ideología política y de toda influencia del mundo social. En este sentido, el ordenamiento jurídico se presenta como un sistema de normas que, bastándose asimismo, es independiente de toda relación de fuerzas de orden económico, político y/o social. Como corolario de su carácter autónomo, el derecho tiene capacidad de auto-creación. En opinión de Barcellona, “el derecho se presenta, en la visión kelseniana, como un instrumento casi perfecto de control social, fundado en mecanismos formales y automáticos y no en la coacción personal. De este modo se logra una nueva configuración del orden, de su legitimación como orden formal realizado mediante una técnica impersonal y neutra” (2005:16).

Frente a la concepción positivista, no han sido pocos los intentos por minar su condición dominante; entre ellos destacan: nuevas versiones del ius-naturalismo, del formalismo jurídico y del análisis funcional del derecho.

Por poseer importante influjo entre nosotros, quisiéramos detenernos brevemente en este funcionalismo re-versionado que encuentra como principal exponente a Niklas Luhmann. La propuesta de este autor, de espíritu parsoniano, parece conseguir y completar el anhelo de Kelsen: la autosuficiencia del sistema (autopoiesis).

El sistema social se articula en distintos sub-sistemas (jurisdiccional, económico, político, etc.) que tienen la capacidad de adaptarse y auto-diferenciarse según criterios funcionales. Para ser más precisos, el sistema es, de acuerdo a esta perspectiva, “una trama de instituciones que seleccionan las posibilidades indeterminadas del ambiente y las transforman en alternativas y estrategias compatibles con los objetivos de la estabilización y la conservación” (Barcellona, *ibíd.*: 45). La reducción de la complejidad del ambiente, la adaptación, la estabilidad y la conservación del orden, adquieren en esta teoría un lugar central.

Bajo el pretexto de hacer frente al orden contingente y variable de la realidad social, el estructural-funcionalismo de Luhmann “conserva y momifica el “viejo” orden aunque se proponga exorcizarlo mediante la aparente apertura a la contingencia y a la indeterminación. El sistema asume las connotaciones de Occidente aunque se presente como tecnología neutral, capaz de ir más allá de los límites de un contenido determinado. Occidente es lo sucedido, sobre lo que el sistema ha conseguido su verificación, su éxito” (*ibíd.*: 51).

De esta manera, vemos como la propuesta para superar el orden fundado en la norma hipotética, no es más que el “nuevo” orden que nos ofrece la teoría sistémica.

En el presente artículo, efectuando una renuncia a las promesas superadoras del positivismo más en boga de nuestros tiempos, nos proponemos como objetivo abordar distintas perspectivas de análisis crítico de lo jurídico que (aún) se ubican en los márgenes de la disciplina, informándola sólo de manera tangencial.

La propuesta asume una posición epistemológica que no supone una específica definición de lo que “es” el derecho, a partir de la cual derivar la labor investigativa. En este sentido, y con la finalidad de destacar el carácter inestable de la producción de conocimiento hacia el interior del campo jurídico, parte del trabajo rescatará la manera cómo dicha contingencia se manifiesta en la práctica jurídica.

Para ello, primeramente se abordarán algunos aspectos de la obra de Pierre Bourdieu en orden a rescatar su particular concepción del campo jurídico como propuesta superadora de las visiones instrumentalistas y sistémicas del derecho. Posteriormente se esbozarán algunas implicancias de la teoría política inspirada en la enseñanza lacaniana para la refundación de la crítica a la ideología jurídica. Por último, y antes de efectuar algunas reflexiones finales, se presentará la propuesta de Duncan Kennedy referida al carácter contingente de la labor judicial.

Bourdieu y la teoría de los campos sociales

Coherente con la empresa que domina la totalidad de su obra, esto es, superar las diversas oposiciones que dividen artificialmente la vida social⁴, en “Elementos para una sociología del campo jurídico” Bourdieu (2000) se propone abordar este campo⁵ trazando una distancia con las dos perspectivas que dominan la discusión científica sobre el derecho:

1.- Por un lado, con el *formalismo* que entiende al derecho como un sistema cerrado y autónomo, carente por completo de relaciones con el mundo de lo social. El ejemplo paradigmático de esta visión está dado por la intención de fundar una “Teoría Pura del Derecho” formulada por Hans Kelsen.

2.- Por otro lado, se aleja de la crítica a esta posición dada por el *instrumentalismo* que tiende a ver el derecho como el (solo) reflejo directo de las relaciones de fuerza existentes en la sociedad. De acuerdo a esta postura, presente tanto en la teoría marxista como en los desarrollos estructuralistas (por caso,

⁴ Como señala García Inda (2001), la propuesta teórica de Bourdieu puede enmarcarse dentro de un *Estructuralismo constructivista*. Así, “con la llamada al estructuralismo se tiende a enfatizar las estructuras objetivas que orientan y coaccionan la práctica social; con su caracterización constructivista Bourdieu subraya el lado subjetivo de su metodología, el que enfoca sobre la génesis de las estructuras mentales, que a su vez condicionan y generan las prácticas (ibíd.: 13).

⁵ Los campos sociales son para Bourdieu (cit. por Gutiérrez, 2006:31) “espacios de juego históricamente constituidos con sus instituciones específicas y sus leyes de funcionamiento propias”. En esos espacios sociales, los agentes entran en lucha o competencia por un tipo especial de poder (capital específico) que está en juego en ese campo.

Althusser y su noción de “aparato”), el derecho funciona como un instrumento de dominación al servicio de las clases dominantes.

Del análisis entre estas dos posiciones, podemos entrever cómo del lado del formalismo, la mirada sólo puede estar puesta en la lógica interna del ordenamiento jurídico, en la coherencia de las normas inferiores con la norma fundamental, perdiendo de vista cualquier otro aspecto del mundo social; mientras que, del lado del instrumentalismo, al ser el derecho el mero reflejo de las estructuras económicas, ningún interés propio puede ser puesto en él.

Para Bourdieu, los estructuralistas han ignorado la estructura de los sistemas simbólicos y la forma específica del discurso jurídico, “han olvidado la pregunta sobre qué condiciones históricas debían cumplirse para que pudiera surgir, con la ayuda de las luchas que se dan en el seno del campo del poder, un universo social autónomo capaz de producir y reproducir un cuerpo jurídico relativamente independiente de imposiciones externas, gracias a la lógica de su funcionamiento específico” (op.cit.:157-158). En otras palabras, preocupados por situar al derecho en el lugar de las fuerzas históricas, los estructuralismos perdieron de vista el universo específico en el que se produce y ejerce el derecho.

De manera que, para romper con estas dos visiones preponderantes de lo jurídico es necesario contemplar lo que ambas ignoran, esto es, la existencia de un universo social *relativamente* autónomo al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima cuyo monopolio corresponde al Estado. Así, en opinión del autor, las prácticas y los discursos jurídicos son el producto del funcionamiento de un campo (campo jurídico) cuya lógica específica está determinada por la lucha que se establece entre los agentes jurídicos (y las instituciones) por el “monopolio del derecho a decir el derecho”.

A los fines propuestos por este trabajo, resulta importante destacar la distancia que el propio Bourdieu marca entre su noción de “campo” y la de “sistema” presente en la obra de Luhmann. Según afirma nuestro autor, mediante la llamada autorreferencia de la estructura legal “se comprende el porqué la teoría de sistemas proporciona hoy en día un marco ideal para la representación formal y abstracta del sistema jurídico, en la medida en que presenta bajo un nuevo nombre la vieja teoría del sistema jurídico que se transforma según sus propias leyes” (op.cit.:159-160).

Como venimos afirmando, al interior del campo jurídico se establece una lucha por el capital específico puesto en juego que deriva en una *división del trabajo jurídico*. Tal división acarrea múltiples consecuencias, siendo una de ellas la de contribuir a profundizar la separación entre profanos y profesionales. De esta manera se favorece “un trabajo continuo de racionalización que es adecuado para incrementar cada vez más la separación entre las sentencias cargadas de derecho y las intuiciones ingenuas de equidad, y para hacer, por otra parte, que el sistema de normas jurídicas aparezca a aquellos que las imponen y también, en mayor o menor medida, a aquellos que las padecen, como *totalmente*

independiente de las relaciones de fuerza que sanciona y consagra” (op.cit.: 161, las cursivas pertenecen al autor).

Asimismo, la división del trabajo jurídico fija las pautas que deben seguirse para llevar adelante la tarea de *interpretación* de los textos jurídicos, estableciendo una jerarquía entre los conflictos entre intérpretes e interpretaciones.

Bourdieu también se ocupa de analizar los efectos ideológicos que produce el lenguaje jurídico mediante los mecanismos de neutralización y universalización. Mientras el primero tiene como función hacer desaparecer al enunciante de la norma, apareciendo en su lugar un sujeto impersonal, imparcial, objetivo y neutral; el segundo de los efectos crea la ficción de la vocación de universalidad de la norma jurídica.

Por su parte, el autor se ocupa de señalar las particulares relaciones que mantiene el campo jurídico con el campo del poder, y las afinidades que existen entre los agentes jurídicos y los detentadores del poder político, económico, etc. Esta afinidad, que puede ser comprendida por la existencia de habitus semejantes, explica que el ethos de los agentes jurídicos y la lógica de los textos jurídicos estén de acuerdo con la visión del mundo dominante. En atención a este punto, el derecho viene a consagrar bajo la forma de reglas “universales” los principios prácticos del estilo de vida simbólicamente dominante.

Para finalizar este apartado -conscientes de la dificultad para poner en discusión las distintas aristas que nos ofrece la perspectiva bourdiana en el análisis del campo jurídico-, creemos que su propuesta teórica, sin desconocer que el derecho expresa (y ratifica) un estado de relación de fuerzas, es especialmente útil para analizar la particularidad del mundo jurídico y *deconstruir* las reglas que lo rigen.

Sobre el efecto de desencantamiento producido a menudo por la sociología al desnudar los mecanismos que gobiernan la vida social, unas últimas palabras se hacen necesarias. En *La miseria del mundo* Bourdieu (2007) nos alerta que hacer conscientes ciertos mecanismos que hacen dolorosa la vida no significa neutralizarlos, así como sacar a la luz las contradicciones no significa resolverlas. Sin embargo, si comprendemos que el mundo social es una construcción *social* “lo que el mundo social ha hecho, el mundo social, armado de ese saber puede deshacerlo” (op.cit.:559)

Ideología y derecho: la crítica lacaniana de la ideología jurídica

Desde hace ya varios años lo ideológico ha pasado a ser en la literatura jurídica un término marginalmente utilizado. Si bien con el impulso de autores inspirados en la obra de Marx logró tener una amplia acogida, especialmente en Francia⁶, la teoría crítica del derecho parece haber llegado a un callejón sin salida en lo que al análisis de la ideología jurídica se refiere.

⁶Con la corriente del *critique du droit*, en la que se adscriben autores como Miaille, Jeanmeaud, entre otros.

Es que, como bien señalaba Antoine Jeammaud, los estudios dirigidos a dar cuenta de la función que desempeña el derecho, como mediación social que sostiene la reproducción de las relaciones de producción de la formación social capitalista, suelen caer en la constatación de sus características *funcionales* (Jeammaud, 1985). Es decir, el descubrimiento del contenido tras la *forma jurídica* de algún modo tiende a circunscribir a los estudios críticos del derecho a aspectos funcionalistas, en donde la verificación del rol de los mecanismos e instituciones jurídicas se torna un trabajo repetitivo, evidente y poco esclarecedor.

Para Cárcova, el discurso jurídico es ideológico en tanto “produce y reproduce una representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos y de sus relaciones con los demás. Los estatuye como libre e iguales, escamoteando sus diferencias efectivas; declara las normas conocidas por todos, disimulando la existencia de un saber monopolizado por los juristas” (Cárcova, 2006a: 149). De tal modo, el problema de la ideología del discurso jurídico pasaría por una cuestión “representacionista”, es decir, por la existencia de cierta ilusión o representación equivocada de lo realmente existente construida por el derecho. Esta concepción iluminista piensa a la ideología como aquello que vela u opaca a la verdadera esencia de las cosas. Verdad a la que pareciera posible acceder sin sesgos, sin dispositivos discursivos mediadores: “(el discurso jurídico) es ideológico en la medida en que oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos con la finalidad de reproducir los mecanismos de la hegemonía social” (Cárcova, 2006a: 149).

Sin embargo, esta concepción representacionista de la ideología jurídica, puede ser reformulada, en aras de la superación de su “realismo ingenuo”. La operación consiste en reconocer en la ideología jurídica un doble carácter conservador/renovador, y ver en el derecho un mero instrumento político: “El papel del derecho depende, pues, de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de grupos dominantes constituyen un mecanismo de preservación y reconducción de sus intereses y finalidades, en manos de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política, por lo tanto, de cambio social (...) Este aspecto paradójico del derecho y una concepción relacionista del poder son un punto de partida para nuevas investigaciones en torno al análisis funcional del derecho” (Cárcova, 2009: 124).

Si ello fuese así la crítica a la ideología jurídica daría sus últimos pasos, abriendo paso a un tratamiento del derecho como un aspecto informacional-comunicacional más de las sociedades modernas. Un objeto técnico siempre dispuesto a coadyuvar a la adaptación sistémica a nuevos entornos.

Asimismo, en “La opacidad del derecho” Cárcova aborda el problema de la ideología jurídica a través de la categoría “opacidad”. En ese contexto, señala a ese carácter “intransparente” del derecho -es decir a la “circunstancia de que no puede ser cabalmente comprendido”- como “demanda objetiva de funcionamiento del sistema” (Cárcova, 2006b: 160). El derecho, a la vez que elude, alude, al tiempo que

desconoce, reconoce, en definitiva, mientras “reproduce las condiciones de existencia de un sistema social (...) coadyuva a su transformación progresiva” (Cárcova, 2006b: 162). Por ende, “una parte de la opacidad no es fatalidad (...) y tal estado de cosas es susceptible de ser democráticamente modificado” (Carcova, 2006b: 183).

Frente a ello, lo que aquí se propone es la posibilidad de refundar la *crítica a la ideología jurídica* a partir de los desarrollos que, en el ámbito de la filosofía y la teoría política de inspiración lacaniana, ofrecen las obras de autores como Slavoj Žižek (2005, 2008), Yannis Stavrakakis (2007, 2009) Jason Glynos (2001, 2008a.), Jorge Alemán (2010a, 2010b), Oszelcuk y Madra (2005, 2010).

De tal modo, un primer paso es evitar caer en el “todo es ideología” postestructuralista. Por lo tanto, ¿cuál anclaje para la crítica a la ideología jurídica?

La constitución misma de la sociedad, desde la mirada psicoanalítica, está marcada por una imposibilidad⁷, por un antagonismo inasible simbólicamente que escapa a la realidad, a la ideología y, por ende, a la forma jurídica. Lo Real del antagonismo social no tiene ley ni puede tenerla (Miller, 2006), aún frente a todo intento iluminista de extender el derecho sin límite hasta el punto de darle una ley, de regular normativamente a Lo Real.

El registro de Lo Real en la enseñanza lacaniana no se refiere a la realidad, sino a aquello siempre elude y atraviesa a todo intento de simbolización, es decir, a una negatividad constitutiva de lo social que impide su constitución última como sistema cerrado. A partir de allí, la realidad se constituye como un modo simbólico e imaginario de dar respuestas a esa imposibilidad, ofreciendo un camino para su superación.

En términos lacanianos, la realidad se construye *fantasmáticamente*, es decir, poniendo en escena una forma de “llenado” de ese hiato constitutivo mediante una particular modalidad de *goce*. Sin embargo, ese Real nunca es completamente excluido sino que, por el contrario, reaparece siempre en forma de “retornos” susceptibles de dislocar la realidad.

Por el contrario, una crítica lacaniana de la ideología, puede asumir una postura no positivizante de lo jurídico que haga hincapié en los signos de lo real que se suscitan en forma de síntoma en lo social, como retornos de lo excluido por la función simbólica. En definitiva, hacer de estos “retornos espectrales” y del reconocimiento de lo imposible el punto de partida para la explicación de las prácticas jurídicas (Žižek, 2008). Una tal crítica a la ideología jurídica, antes que buscar el llenado, la completitud de la falta constitutiva de la forma jurídica, permite abordar y conceptualizar su falta, su imposibilidad. En este sentido y siguiendo a Slavoj Žižek: “la ideología no es todo, es posible suponer una posición que nos permita mantener una distancia respecto de ella, *pero este lugar desde el que se puede denunciar la*

⁷ Antes que distorsión preferimos el término *imposibilidad*, en razón de que este resulta ser más dúctil a la hora de referir al límite de lo simbólico, al registro de lo real.

ideología debe permanecer vacío, no puede ser ocupado por ninguna realidad definida positivamente” (Zizek, 2008: 26).

Duncan Kennedy

El objetivo de este apartado es recuperar la propuesta teórica de Duncan Kennedy respecto al carácter contingente de la práctica argumentativa de un juez, tarea que C. Rodríguez (Kennedy, 1999) anima a llamar como Estudios críticos del derecho “en acción”. Retomar estas ideas creemos contribuye a plasmar las teorizaciones anteriores respecto a la influencia ideológica siempre presente en el campo jurídico.

Reflexionar sobre la propuesta de Kennedy referida al ejercicio de la función jurisdiccional implica subrayar la influencia de “lo político” a través del reconocimiento de las contradicciones insitas en la aplicación judicial del derecho, tarea que parte de la constatación empírica del fracaso en el descubrimiento de un “núcleo” que salve estas contradicciones⁸. El rechazo de la tesis de la neutralidad judicial constituye así una de las maneras de “minar” las perspectivas teóricas que han ganado espacio después de la segunda guerra mundial, en tanto pretensiones reconstructivas de las tradicionales concepciones positivistas.

Nos interesa comenzar recuperando la “crítica de los derechos” (Kennedy, 2002) que el autor realiza, con la intención de brindar una referencia que contribuye a comprender la perspectiva empírica sobre la decisión judicial de Kennedy. Así, el paralelismo entre la crítica a los derechos y la crítica a la adjudicación se puede trazar a partir de la crítica a la pretendida neutralidad del derecho. El autor presenta una “pérdida de fe” en el razonamiento jurídico, lo que lo lleva a considerar la labor jurídica como una actividad retórica. Esta postura no es trivial en tanto considera que se presenta ineludiblemente una experiencia de manipulación bajo el ropaje de una supuesta imparcialidad, cuando en realidad lo que subyace a las reglas y a los fallos judiciales, son “dilemas entre visiones irreconciliables de la humanidad y de la sociedad”.

La crítica de los derechos se presenta como una denuncia a partir, como dijimos, de la constatación empírica de la imposibilidad de encontrar una fundamentación objetiva a la hora de elegir entre posiciones contrarias, y por lo tanto, proporcionar un criterio racional para decidir. Miljiker (2006:97), rescata no tanto esta postura crítica, sino mas bien el intento “no reconstructivo” que deliberadamente la corriente decide mantener. Esto es, no postular una fe alternativa, en virtud de la desconfianza hacia todo

⁸ Postura presentada autores como Dworkin o los representantes del análisis económico del derecho, los que, según el autor, pretenden haber encontrado dichas referencias en una moralidad política subyacente a las normas, o en el criterio de eficiencia económica, respectivamente. (Kennedy, 1999:61)

planteo que intente asumir términos generales y universalizables presentados como manera de realizar balanceos “a-priori” de demandas en pugna.

Esta elección, que implica, para sus opositores, destruir una perspectiva que de algún modo podría considerarse útil, y no proponer nada que en su lugar sirva para dirimir conflictos racionalmente. La misma es una de las principales críticas que se presentan a las posturas “escépticas” en general (Atienza, 2009). Cabe aclarar que la decisión se relaciona también con la reflexión sobre la “actitud” que sobre el derecho se puede tener, más que con la utilidad o inutilidad que el discurso de derechos puede traer para una postura que, en concreto, nos interesa defender⁹. Implica tomar conciencia de la subjetividad de cada elección personal.

En la obra “Libertad y restricción en la decisión judicial: Una fenomenológica crítica” el autor describe el proceso de argumentación jurídica basándose en el rechazo inicial de la tesis de la neutralidad judicial, y presenta una propuesta pragmática respecto de las tensiones que él mismo tiene al resolver un caso que presenta un conflicto entre lo que “la ley” exige, y “la-sentencia -a-la-que-él-quiere-llegar”.

La aproximación se realiza a partir de los materiales de la práctica judicial, y desde un análisis “fenomenológico”. El punto de partida constituye la descripción de la experiencia personal de un juez frente a un caso singular. Esta decisión metodológica constituye inicialmente una toma de postura respecto de la manera tradicional de hacer teoría jurídica, esto es, mediante clasificaciones, distinciones, siempre elucubradas de pretendidos accesos teóricos y abstractos. Metodología de la que decide tomar distancia.

El autor presenta una herramienta con la que pretende valerse a la hora de abordar la tarea de resolver el caso, la que denomina: reconfiguración del campo. Siendo el campo, el “medio físico” constituido por el derecho existente en cada caso concreto (Kennedy, 1999: 81). Con esto pretende lograr llevar algunos o todos los elementos que configuran el caso, de una situación de restricción, a una de mayor libertad a los fines de resolver el conflicto conforme a lo que él considera más justo. El instrumento es presentado a través de dos propuestas reconfigurativas: la manipulación de los hechos (análisis factico), y la manipulación de la ratio decidendi (análisis normativo).

Esta labor es ejemplificada en un caso en que un juez progresista desea dictar una sentencia favorable a unos trabajadores que realizaron una huelga contra la empresa de transportes en la que trabajan, mediante un bloqueo de la salida de los camiones. La tensión se presenta entre los derechos de la

⁹ Resulta interesante en este sentido, transcribir una cita que el mismo autor realiza al respecto. En efecto, en palabras del autor: “La gente a veces dice: ”¿Una crítica de los derechos? ¡Pero si te deshaces de los derechos el Estado puede hacerte lo que quiera! ¿Qué hay del derecho a la privacidad? ¡No tendríamos ninguna manera de objetar la intrusión estatal”. ¡Están equivocando el punto! (...) No hay nada en la crítica que pueda sugerir una reducción de los derechos de los ciudadanos frente al Estado. Haber perdido la fe en el discurso de los derechos es perfectamente consistente (y de hecho, esta a menudo asociado) con una creencia apasionada en la expansión radical de los derechos del ciudadano contra el Estado. (...) No se trata de cómo deberíamos definir los derechos sino de cómo deberíamos *sentirnos respecto del discurso en el que los reclamamos*”.

patronal y los derechos del trabajador. Sin embargo, el “campo” parece indicarle que según el derecho vigente no sería posible arribar a ese fallo.

Para manipular los hechos, suponiendo que hay jurisprudencia adversa que podría ser aplicable al caso, el autor propone, se subrayen, por ejemplo, aspectos “violentos” del caso pretendidamente análogo, para contraponerlo a la escasa resistencia que presentaron los trabajadores en nuestro caso de estudio. Sin embargo, de la mano de la reformulación de la ratio decidendi, lleva adelante la reformulación de la regla general que parecía cubrir el caso pretendidamente análogo que nos es desfavorable. Así, postula la utilización de los argumentos de conveniencia pública¹⁰, entendidos como fuerzas que se pueden utilizar para modificar el campo. Estos se presentan en parejas contrapuestas. En nuestro caso podría ser, libertad de expresión de los trabajadores vs. derecho de propiedad del empleador. En este punto, el autor expresa que la elección del argumento se hace generalmente considerando cual es su contrario, esto es, pensando estratégicamente, tanto la posición que se quiera defender, como la postura contraria que se quiere rebatir. *“la cuestión es entonces tratar de saber cual de ellos resulta ser “mas fuerte”, cual de ellos “pesa” mas después de ponerlo sobre la balanza de unos hechos particulares y concretos, y no de saber cual de los argumentos es el correcto en abstracto”* (Kennedy, 1999:147).

Dicho esto, pensamos que al revalorizar la práctica, lo que el autor pretende es poner sobre la mesa la ocultación deliberada de los motivos ideológicos a la hora de aplicar justicia. Ocultación que al ser negada, sirve para dejar de lado un conflicto inherente en la función judicial. Este encubrimiento parece ser, parafraseado al autor, *“la única salida para un juez, dado que los costos personales de las otras dos posibilidades (reconocer abiertamente la influencia de la ideología, o simplemente renunciar (...)) parecen ser muy altos”*. (Kennedy, 1997: 203). Así, si la primera opción es difícil de tomar debido al temor de perder legitimidad por parte de determinada comunidad jurídico-política de la que se forma parte, más gravoso parece ser optar por la renuncia.

Conclusiones

Frente a la tendencia actual que presenta a las perspectivas funcionalistas y neofuncionalistas como única alternativa al positivismo jurídico, este trabajo busca iniciar un camino en pos del desarrollo de

¹⁰ Los argumentos de conveniencia pública (policy arguments) son presentado por Kennedy como sinónimos de argumentos no deductivos, cuyo contenido y forma, al decir de Rodríguez (Kennedy 1999, 73) es claramente ideológico. Se distinguen de los argumentos deductivos por tres aspectos: primero, presuponen precisamente que los argumentos deductivos son insuficientes para resolver el caso; segundo, porque apelan a la deseabilidad de un resultado, esto es, a las consecuencias del fallo para proteger ciertos valores; y tercero, porque el modelo de aplicación de los argumentos deductivos es la ponderación de razones opuestas, no el silogismo. Así, esto están siempre en competencia. Pensemos en la tensión entre principios morales encontrados tales como libertad vs. igualdad.

estudios jurídicos que buscan escapar al análisis funcional del derecho, abriendo paso a diferentes modos de abordaje crítico de diversos aspectos jurídicos de lo social.

De tal modo, tradiciones de pensamiento disímiles como el marxismo, el psicoanálisis lacaniano o la fenomenología, entre otras, antes que ser vistas como líneas de pensamiento clausuradas o superadas por las condiciones y pensamientos propios de la posmodernidad, son abordados como posibles elementos de nuestra caja de herramientas para el desarrollo de estudios jurídicos.

En ese sentido es que pueden ser vistas las tres perspectivas brevemente propuestas en este trabajo. Ya sea mediante la distinción entre campos y sistemas efectuada por Pierre Bourdieu, en donde se pone en cuestión el carácter homeostático de lo social en general, y de lo jurídico (pasible de ser gobernado y de lograr su auto-adaptación al entorno a partir de sus propias reglas de funcionamiento) en particular. O a través de la posibilidad de re-fundar la crítica a la ideología jurídica atravesando tanto las concepciones funcionalistas del derecho como las visiones que pregonan la inexistencia de alternativas a lo ideológico. O mediante la puesta en cuestión del carácter aséptico de la labor judicial para poder dar cuenta de los diferentes conflictos y antagonismos en ella presentes. Todos estos enfoques, y otros no abordados en el presente, constituyen elementos valiosos si pretendemos evitar la reducción de la crítica jurídica al mero relevamiento de instituciones encargadas de adaptar y estabilizar al sistema social. Y, con esto, dar paso a perspectivas que en lugar de contribuir a aceptar las formas vigentes de las realidades sociales, abren la posibilidad de plantear nuevas formas en que esas realidades podrían comprenderse.

En definitiva, lo planteado lleva a ver en el derecho a un espacio no plenamente medible, calculable y decidible, sino como un terreno primordialmente contingente en donde lo político adquiere un lugar central.

Referencias bibliográficas

- ALEMÁN, Jorge. (2010a). *Para una izquierda lacaniana*. Buenos Aires: Grama.
- _____ (2010b). *Lacán, la política en cuestión*. Buenos Aires: Grama.
- ATIENZA, Manuel (2010) *El derecho como argumentación*. Editorial Ariel Derecho.
- BARCELLONA, Pietro (2005). “La teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna”. En Portilla (coord.): *Mutaciones del Leviatán*. Madrid: Akal.
- BOURDIEU P. (2000) “Elementos para una sociología del campo jurídico” en Bourdieu P. y Gunther Teubner *La Fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. Pp. 153-220
- _____ (2007) *La miseria del mundo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- CÁRCOVA Carlos (2006a); “Acerca de las funciones del derecho”; en: *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*; Lexis Nexis; Buenos Aires; pp. 141-152.
- _____ (2006b); *La opacidad del derecho*; Trotta; Madrid.
- _____ (2009); *Las Teorías Jurídicas Postpositivistas*; Abeledo Perrot; Buenos Aires.
- GARCIA INDA A. (2001) “Introducción. La razón del derecho: entre habitus y campo” en Bourdieu P. *Poder, Derecho y Clases sociales*. Bilbao: Desclée de Brouwer. Pp. 9-50.
- GLYNOS, Jason. (2001). “The grip of ideology: a Lacanian approach to the theory of ideology”. *Journal of Political Ideologies*, nº 6 (2), 191-214.

_____ (2008). "Self-Transgressive Enjoyment as a Freedom Fetter". *Political Studies*, vol. 56, 679-704.

GUTIERREZ A. (2006) *Las prácticas sociales: Una introducción a Pierre Bourdieu*. Córdoba: Ferreyra Editor.

JEAMMAUD, Antoine. (1985). "Critique du Droit en Francia: de la búsqueda de una teoría materialista del Derecho al Estudio Crítico de la regulación jurídica". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 25.

KENNEDY, Duncan (1997) *A Critique of Adjudication [fin de siecle]* (Harvard University Press, Cambridge.

_____ (1999) *Libertad y restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica*. Siglo del Hombre editores.

_____ (2006) *La crítica de los derechos en los Critical Legal Studies*, 1 Revista Jurídica de la Universidad de Palermo 47.

_____ (2010) *Izquierda y derecho*. Ensayos de teoría jurídica crítica. Siglo Veintiuno Editores.

LACAN, Jacques. (2008). *El Seminario: libro20: Aún*. Buenos Aires: Paidós.

_____ (2009). *El Seminario: libro18: De un discurso que no fuera del semblante*. Buenos Aires: Paidós.

MADRA Y., OSZELCUK C. (2010). "Enjoyment as an economic factor: Reading Marx with Lacan". *International Journal of Critical Psychology*, vol. 3, 323-347. Recuperado de:

<http://www.communityeconomies.org/site/assets/media/yahyamadra/Subjectivityv2b.pdf>

MILJIKER, María Eva. (2006) "Duncan Kennedy y la Crítica a los Derechos", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 7, Número 1, Julio.

OSZELCUK Ceren, MADRA Yahya. (2005). "Psychoanalysis and Marxism: from capitalist-all to communist non-all". *Psychoanalysis, Culture & Society*, 10, 79-97.

SANDOVAL C. (2003). "La construcción de un discurso contrahegemónico del derecho en América Latina". En Villegas, Rodríguez: *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*; ILSA; Bogotá; en la web: www.ilsa.org.co

STAVRAKAKIS, Yannis. (2007). *Lacan y lo político*. Buenos Aires: Prometeo.

_____ (2009). *La izquierda lacaniana*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

ZIZEK Slavoj (2005); *El sublime objeto de la ideología*; Siglo XXI; Bs. As.

_____ (2008); "Los espectros de la ideología"; en: *Ideología. Un mapa de la cuestión*; Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires; pp. 7-42.