

RACIONALIDAD JURÍDICA Y PODER POLÍTICO

Mauricio GARCÍA VILLEGAS

...manifiestos, escritos,
comentarios, discursos
humaredas perdidas, neblinas
estampadas,
que dolor de papeles que ha de
barrer el viento,
que tristeza de tinta que ha
de borrar el agua,
las palabras entonces no
sirven, son palabras.

Rafael ALBERTI
(Nocturno)

SUMARIO: *Introducción. Primera parte. Lenguaje y sentido social. I. Lenguaje y contingencia. 1. El concepto. 2. El código de valores. 3. El comentario. Conclusión. II. Discurso y poder simbólico. 1. Las relaciones entre saber y poder en Michel Foucault. 2. El dualismo sujeto/objeto. 3. Dispersión e integración. 4. El espacio de la verdad. Segunda parte. Derecho y sociedad. 1. Estructura y función del derecho. 1. Punto de vista interno y punto de vista externo. 2. Justicia, validez y eficacia del derecho. 3. La función del derecho. 4. La transformación social. 5. El pluralismo normativo. III. Dogmática jurídica. 1. Ciencia y dogmática. 2. La dogmática y el sistema jurídico según N. Luhman. IV. La existencia de las normas (el caso colombiano). 1. La eficacia. 2. La existencia del sistema jurídico colombiano.*

INTRODUCCIÓN

En las democracias constitucionales¹ se supone que el ejercicio del poder se adecua a unas normas previamente establecidas y no simplemente a la voluntad de sus dirigentes; el gobierno de hombres cede su lugar al gobierno de leyes; la existencia de normas no resulta de decisiones de poder, éstas resultan de aquéllas: la voluntad política pasa por la voluntad jurídica; los “hilos del poder” se encuentran manipulados por el

¹ Con este término nos referimos al movimiento jurídico-político que da preferencia a un gobierno de leyes en detrimento de un gobierno de hombres. Ver: Loewenstein, K., *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, University of Chicago Press, 1965; Matteucci, N., *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, Utet, 1976; Wormuth, F.D., *The Origins of Modern Constitutionalism*, Nueva York, Harper, 1949; Schmitt, C., *Il custode della costituzione* (1931), Milano, Giuffrè, 1981.

querer popular representado en la ley. De acuerdo con esto, en un Estado de derecho, cambiar el contenido de la ley significa cambiar la realidad que determina el ejercicio del poder; así como para Dios, pensar es querer y poder al mismo tiempo, para el legislador imaginado por el constitucionalismo, promulgar la ley es también querer y poder: milagro y magia de cielo y tierra.

La artimaña que permite la subsistencia de este mito tiene lugar en el hecho de que las leyes votadas, sancionadas y promulgadas, sólo constituyen, en el mejor de los casos, un primer paso en aras de la transformación de la realidad. La interpretación y aplicación subsiguientes determinan a la postre el verdadero alcance de los textos normativos. El proceso que va de la promulgación a la aplicación da lugar a las dificultades que permiten el truco: el intérprete acapara el poder al apropiarse de la posibilidad de decir la última palabra con respecto a las diversas apreciaciones que se desprenden de la lectura del texto promulgado. De esta manera, la ilusión popular de querer y poder al mismo tiempo por medio de la expedición de leyes, se esfuma con el surgimiento de una instancia administrativa para la puesta en obra de este querer, la cual decide sobre su alcance y sentido sin posibilidad de recurso.

Esta falta de correspondencia entre ley y derecho, o si se quiere, entre contenidos y realidades jurídicas, no conlleva un juicio afirmativo sobre la arbitrariedad de la relación entre ambos términos. Es cierto que los enunciados legales o constitucionales han perdido, en la realidad conformada por el Estado providencia,² la posición privilegiada que les concedía la teoría democrática clásica.³ Sin embargo, su persistencia en los regímenes constitucionales actuales conduce a pensar que lo sucedido se debe a un cambio y no a una pérdida de la función que cumplen estos textos dentro de los sistemas jurídico-políticos. Si bien la realidad del derecho no proviene directamente de la realización de los valores que se desprenden de una lectura desprevenida de los contenidos de las leyes, esto no quiere decir sin embargo, que no exista una cierta relación de dependencia entre textos y realidades.

El constitucionalismo ha implantado sus valores en la gran mayoría de los Estados que se declaran partidarios de una economía de merca-

² Para una elucidación de este concepto, ver: Rosanvallon, P., *La crise de l'État-providence*, París, Seuil, 1981; Briggs, A., "The Welfare State in Historical Perspective", *Archives Européennes de sociologie*, II, 1961; Habermas, J., *La crisis della razionalità nel capitalismo maturo* (1973), Bari, Laterza, 1975; Wiensky, H. L., *The Welfare State and Equality*, Berkeley, University of California Press, 1975; MacPherson, *Democratic Theory: essays in Retrieval*, Oxford UP, 1973.

³ Rosanvallon habla de Estado-protector como una primera etapa en la evolución del Estado providencia. También se habla de Estado gendarme o policía (ver la explicación que de este término da Schiera, P. en *Dizionario di Politica*, Torino, Utet, 1983, p. 1141.

do, creando así una uniformidad en los contenidos jurídicos que hace poco mérito a las enormes diferencias concernientes a la distribución y el ejercicio del poder. Según esto, para comprender el alcance último no basta con recurrir a un estudio literal,⁴ ni siquiera a un estudio crítico;⁵ es necesario emprender un análisis empírico de las relaciones funcionales que los enunciados jurídicos mantienen en una sociedad dada. Tomemos el caso de Colombia.

Desde una perspectiva sociológica, el discurso jurídico en Colombia aporta respuestas a una multiplicidad de problemas que dentro de un espacio de racionalidad dominante son percibidas como las mejores posibles, o en todo caso, como las únicas eficaces. Esto explica la importancia del recurso, por parte de todos los actores sociales, al argumento jurídico como respuesta para la superación de conflictos. La ley crea de esta manera una relativa unidad social al aparecer como un punto de referencia común en los procesos de confrontación. El derecho se convierte, en estas circunstancias, en un decir permanente; el enunciado jurídico se recrea en infinidad de formas que intercambian elementos y relaciones, en medio de una imposibilidad, a la vez para lograr cierta fijación del sentido dominante y para cambiar radicalmente; el derecho se presenta como una especie de molino de palabras que no se detiene jamás, que produce interminablemente un lenguaje que quiere afirmar lo mismo con una infinidad de variaciones de palabras.

La reelaboración continua del discurso jurídico y su incidencia en la percepción de la realidad tienen importancia no sólo desde el punto de vista del funcionamiento del derecho, sino también como instrumento de cohesión social. El discurso jurídico no es el fruto de una creación racional pura que se agrega heterónomamente a la realidad social; los hechos y el derecho no existen como entidades independientes que se relacionan esporádicamente: ambos constituyen una realidad que no es ni puramente intelectual ni puramente fáctica; la sociedad construye un espacio simbólico en el que lo real no es otra cosa que la visión de lo real, sin que pueda hacerse una separación entre lo real y lo irreal o entre lo lógico y lo ideológico.

El hecho de que la enorme similitud de las constituciones occidentales no se traduzca en una similitud de regímenes políticos, no le quita

⁴ Sobre el método exegético, ver: Geny, F., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1954, segunda ed., París, t. I, pp. 28-40; Bonnetcase, J., *L'Ecole de l'exégèse en droit civil*, París, 1924.

⁵ Con esto nos referimos a concepciones críticas que parten de un sistema de racionalidad axiológico previo; ver, por ejemplo, autores mexicanos como Lasalle, F. (1825-1864); Menger, A. (1841-1906); Renner, C. (1870-1950). Igualmente autores "iusnaturalistas". Cfr. Fasso, G., *Historia de la filosofía del derecho*, Madrid, Pirámide, t. III, pp. 270 y ss.

al derecho su capacidad de articular la realidad social. En otras palabras: la falta de correspondencia entre el sentido original que dio lugar a los textos jurídicos y el sentido que se desprende de la función efectiva que ellos cumplen, no afecta para nada el hecho de que dichos textos contribuyan a una producción social que no podría ser explicada sin ellos. Se trata de dos problemas distintos: el primero se refiere a la crítica de la función que cumplen, con base en un marco de referencia axiológico que se desprende del sentido literal u original de los textos (surge así el tema de la diferencia entre democracia formal y real, o entre derecho y realidad); el segundo se refiere a la explicación del sentido que realmente adquieren los textos con base en el estudio empírico de la función que éstos cumplen; lo uno se plantea la cuestión de la dominación por medio de la manipulación del lenguaje; lo otro se refiere al lenguaje como posibilidad para el ejercicio de una función de dominación. Este estudio se interesa por lo primero, no por lo segundo.

Para descifrar el sentido social del derecho frente a otros subsistemas sociales tales como el político o el económico, debemos detenernos en aquellos momentos en los que el decir inagotable de lo jurídico cambia de palabras: surgen unos enunciados en perjuicio de otros; la forma de decir varía; debemos detenernos en el momento de la reforma. Si en las ciencias naturales el cambio se explica por la aceptación de nuevos enunciados (leyes) o de nuevas reglas de enunciados (paradigmas)⁶ que proporcionan una explicación de los hechos que goza de la credibilidad de los miembros de la comunidad científica, en el derecho, el cambio tiene sus razones en la adaptación estratégica de los enunciados a la realidad, en busca del mayor beneficio político (afirmación de intereses) y del menor costo económico (disminución de gastos).

En estas condiciones, el problema axiológico relativo a la mejoría o al progreso del derecho pierde su autonomía para convertirse en una pieza imbricada en una relación medio/fin. El carácter estratégico de toda relación saber/poder, no implica necesariamente la reducción de todo enunciado a la manifestación del mero interés o a la falsedad. La perspectiva estratégica no plantea el problema en términos de verdad/falsedad, ni de bondad/maldad; simplemente describe un conjunto de prácticas que poseen un carácter instrumental específico. Así se explica, por ejemplo, el hecho de que una acción determinada por un propósito filantrópico pueda formar parte de un propósito estratégico sin que ello implique la pérdida de su identidad axiológica. La búsqueda del forta-

⁶ De acuerdo con lo dicho por Guhn, Th., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, trad. A. Contin, 1977; *La función del dogma en la investigación científica*, Valencia, 1979; *Segundos pensamientos sobre paradigmas*, Madrid, 1978.

lecimiento de una posición puede conducir a la recomendación del debilitamiento o de la temporización momentánea de su incidencia. Por eso el análisis de los textos jurídicos con base en la explicación del sentido que se desprende de la percepción inmediata de su contenido, termina por designar el poder del discurso normativo allí donde sólo se encuentran las palabras: por el contrario, para captar el *enjeu* político que se desprende de la posesión de las palabras jurídicas, es necesario retirarse del sentido circunstancial que éstas adquieren, para poder apreciar la posición que ocupan dentro de un amplio espacio en el cual se libran batallas —por lo general con múltiples frentes— en búsqueda de su fortalecimiento o de su aniquilamiento.

Estas ideas se desarrollarán en las dos partes que comprenden el siguiente ensayo. La primera de ellas intenta delimitar el ámbito de lo social a través del estudio del lenguaje como relación contingente entre palabras/cosas y como instrumento integrador de un espacio simbólico. Antes de llegar a este tema proponemos un somero estudio de las relaciones entre subjetivismo y objetivismo de las ciencias sociales, así como una explicación de la reciprocidad entre saber y poder.

La segunda parte trata del tema de la función social del derecho. Un primer apartado ubica epistemológicamente la perspectiva sociológica necesaria para emprender un estudio funcional del derecho. Posteriormente se definen algunos criterios de eficacia jurídica para poder establecer una base empírica de análisis, y finalmente se propondrán algunas bases para el análisis empírico del derecho colombiano.

PRIMERA PARTE

LENGUAJE Y SENTIDO SOCIAL

I. LENGUAJE Y CONTINGENCIA

1. *El concepto*

Las dificultades de la comunicación comienzan con la necesidad de asignar palabras a las cosas. Si bien es cierto que el nombramiento de objetos se realiza de manera espontánea, que su ejercicio parece ligado a lo más profundo de la naturaleza social de hombre, esta naturalidad oculta el trabajo minucioso y problemático que dio origen a la lengua.⁷ Hereda-

⁷ Este término suscita controversias: por ejemplo, la famosa distinción de De Saussure entre lenguaje (facultad), lengua (producto social) y habla (actuación individual) (*Curso de lingüística general*, Buenos Aires, Losada, 1945, p. 51). De aquí proviene la también conocida diferencia entre competencia y actuación, introducida por Chomsky (*Aspectos de la*

mos un idioma como el resultado victorioso de un conflicto y no simplemente como el instrumento neutral de la comunicación. Decir el derecho (la jurisdicción) es sólo un ejemplo refinado del derecho a decir, que pone en evidencia lo extraordinario de este poder de nominación; al hablar nos convertimos en especies de jueces del mundo; al decir organizamos, creamos, hacemos. Tener la palabra es un don que no se reduce a tener el don de la palabra.

Una de las preocupaciones más constantes en la obra de Nietzsche consiste precisamente en este carácter problemático de la lengua. Las relaciones entre los hombres —sostiene el filósofo—⁸ están determinadas por el disimulo; sólo con esta propiedad del intelecto los más débiles pueden protegerse de los más fuertes. Sin embargo, semejante situación social se encuentra afectada por el conflicto y la inseguridad. Para superar estas dificultades, el hombre, “que por necesidad y aburrimiento a la vez, quiere vivir en sociedad, se ve obligado a cumplir un pacto”. La característica esencial de este acuerdo consiste, según Nietzsche, en una designación uniforme y obligatoria de las cosas. Así: “[. . .], la legislación de la lengua aporta las primeras leyes de la verdad; nace entonces por primera vez el contraste entre la verdad y la mentira”.⁹

Pero el lenguaje —dice Nietzsche— no es una expresión adecuada de la realidad; él es el objeto de un primer acuerdo que tiene la ventaja de proporcionar cierta seguridad en la comunicación, en la convivencia pacífica; pero su correspondencia con los hechos no es necesaria. ¿Qué es entonces una palabra?, ella es —responde el filósofo— “la representación sonora de una excitación nerviosa”.¹⁰ He aquí el primer paso ilegítimo de una cadena de inferencias arbitrarias; la excitación, de acuerdo con el principio de la razón, no puede dar lugar a una causa exterior a nosotros mismos; la necesidad del habla no proviene de la necesidad de la verdad; las palabras se originan a través de una sucesión de metáforas: de la excitación nerviosa a la imagen, de la imagen al sonido. . . de esta manera se va excluyendo paulatinamente la correspondencia entre lo dicho y la realidad.

La arbitrariedad de la palabra, según Nietzsche, proviene del hecho inevitable de que una vez establecida se convierte en concepto. Así por ejemplo, la palabra “hoja”, tiene el poder de designar una infinidad de

teoría de la sintaxis, Madrid, Aguilar, 1970, cap. 1, sec. 1. En síntesis podemos decir, a partir de Hierro S. Pescador, que existen tres acepciones del término lenguaje: 1) como facultad; 2) como sistema de signos, y 3) como conjunto de episodios individuales. Si bien nuestra intención no es la de resolver este tipo de problemas lingüísticos (ver I, 4, 5) diremos simplemente que entendemos el término lenguaje en el segundo de estos sentidos.

⁸ Nietzsche, F., *El libro del filósofo*, Madrid, Taurus, 1974.

⁹ *Ibidem*, p. 91.

¹⁰ *Ibidem*, p. 92.

objetos diferentes: hojas de café, de roble, secas, verdes, etcétera. El concepto surge de la igualación de lo desigual, del abandono deliberado de las diferencias individuales, del olvido de lo que fue y ya no es. ¿En qué consiste entonces la verdad?, “en una multitud de metáforas, de metonimias, de antropomorfismos [...]. Las verdades son ilusiones de las que se ha olvidado que lo son, metáforas ya utilizadas que han perdido su fuerza sensible, monedas que han perdido su imagen y que ahora entran en consideración como metal y no como tales monedas”.¹¹

Esta capacidad para transformar impresiones intuitivas en conceptos, le permite al hombre “La construcción de un orden piramidal de castas y de grados, la creación de un nuevo mundo de leyes, de privilegios, de subordinaciones, de delimitaciones”.¹² El resultado final, de acuerdo con Nietzsche, muestra un nítido contraste entre un conjunto de abstracciones rígidas, frías, cuya organización y relación se atribuye a un principio de verdad, y de otro lado de estas primeras impresiones que dieron lugar a las primeras metáforas sobre las cuales se construyó todo el edificio conceptual, pueden darle al hombre un cierto reposo, una cierta seguridad; la paz individual y social se obtiene con el precio de la mentira.¹³

Nietzsche percibió de manera extraordinaria esta característica del lenguaje que consiste en reducir las diferencias. Su gran mérito está en haber denunciado la confusión entre lenguaje y realidad, el olvido del carácter metafórico inscrito en la primera palabra, el abismo infranqueable entre la ilusión de la verdad, desplegada en conceptos, frases, discursos y la dispersión de un conjunto de excitaciones, impresiones, imágenes, demasiado prosaicas para ser mencionadas tal como son. La idea de la metáfora que afecta la primera palabra se multiplica en proporciones geométricas cuando esta primera representación se une con otras para formar una frase, un párrafo, un discurso: la mentira se va construyendo así, impresión tras impresión; las llamadas “malas lenguas” no son la excepción sino la regla. Si las grandes construcciones metafísicas han sido posibles, ello se debe a este poder multiplicador del lenguaje: la con-

¹¹ *Ibidem*, p. 93.

¹² *Ibidem*, p. 95.

¹³ Ver Eco, Umberto, *Tratado de semiótica general*, Barcelona, Lumen, 1977. A propósito de este libro E. Pattaro en *Filosofía del derecho, derecho y ciencia jurídica* (Madrid, Reus, 1980, p. 145) hace alusión a un extracto de la entrevista de Eco en la cual éste señala: “La mayor parte de la actividad cultural, si releemos la historia de la humanidad, ha sucedido en el intercambio de signos en torno a cosas que no existían todavía [...] En torno a cosas que ya no existían [...] a cosas que no se sabe si existieron [...] a cosas que existen pero no en medida física [...]. Esto significa que estudiar la actividad supone estudiar la actividad de una máquina que permita a los hombres sustituir las cosas con palabras, imágenes, etc... En muchos casos, estas cosas existen verdaderamente, pero precisamente también, puesto que el signo funciona en ausencia de las cosas, puede ser usado para mentir o para inventir.”

fianza en la capacidad de los primeros conceptos para transmitir impresiones, permite la creación de conceptos de segundo grado, y éstos a su vez dan lugar a la elaboración de nuevas abstracciones, las cuales habrán, para entonces, olvidado toda la dimensión de arbitrariedad que se inició con la emisión de la primera palabra.

Desde luego no todos los enunciados se encuentran afectados de la misma manera por esta función reductora del lenguaje.¹⁴ El arte, por ejemplo, al no tener pretensión teórica alguna, se encuentra liberado de las exigencias de la verdad, y por lo tanto establece un espacio en donde el lenguaje adquiere su mayor libertad.¹⁵ Las ciencias exactas al hacer referencia permanente a la realidad, tienen en principio menos riesgos de crear un sistema conceptual totalmente autónomo. La moral y el derecho, por el contrario, se enfrentan a una tarea en donde la contingencia es mucho más evidente: la norma es una abstracción de abstracciones, o un concepto de conceptos;¹⁶ el legislador, por ejemplo, al redactar sus textos, parte de un conjunto de nociones —vida, propiedad, persona, sanción, etcétera— que luego relaciona de una cierta manera para dar forma al texto normativo. El espacio que separa este texto de las sensaciones que dieron lugar a los conceptos y a sus relaciones, se puede apreciar mejor cuando se recorre el camino inverso; es decir, cuando se pasa de la norma a su aplicación. La riqueza inabarcable de la casuística exige una reelaboración permanente de los textos jurídicos, de tal manera que éstos se presentan no sólo como algo incompleto en relación con la incorporación de nuevos casos, sino también como algo secundario en la medida en que cada nueva aplicación puede entenderse como la creación de una nueva norma.

Aristóteles también demuestra interés por desentrañar el significado de esta relación conflictiva entre dispersión de la realidad y reducción del lenguaje. Su conocida teoría del concepto aportó soluciones a este problema que aún hoy en día permanecen inscritas en las peculiaridades más arraigadas de la cultura occidental.

De acuerdo con Aristóteles, el concepto recoge aquellas características del objeto que tienen que ver con su forma, con su esencia, con su idea. La diferencia con Platón sobre este tema radica en que, según Aristóteles, dicha forma pertenece a este mundo y no a otro: la idea se encuentra en la realidad; la tarea del filósofo, del jurista, consiste en desentrañar, del conjunto de las percepciones, en donde lo accidental se mezcla con

¹⁴ El existencialismo hizo especial énfasis en el rechazo de un lenguaje "nacionalista", en beneficio de una expresión "nominalista" de la realidad. Véase al respecto Leep, Ignace, *Filosofía cristiana de la existencia*.

¹⁵ Para una ilustración de este tema ver el texto de Foucault, M., *La pensée du dehors*, Critique, 1966, núm. 229.

¹⁶ Véase la explicación de Pattaro (*op. cit.*, p. 173), de la norma como "noción idea".

lo esencial, aquello que permanece, aquella forma que constituye lo verdadero.¹⁷

Se comprende el porqué de la buena acogida de estas ideas en la filosofía del derecho:¹⁸ la norma perfecta es, según lo dicho por Aristóteles, aquella que prescribe lo esencial, lo formal. La unión entre derecho positivo y derecho natural puede lograrse en una ciudad gobernada por sus mejores hombres, quienes no perderán de vista lo esencial.

Cada situación concreta es susceptible de ser relacionada con otras similares, para así dar lugar a un concepto —a una norma— que las une; al mismo tiempo cada situación puede ser la base de una abstracción. Surge de esta manera la posibilidad de un derecho natural relativo¹⁹ y necesario para cada circunstancia: cada ciudad debe tener una constitución que corresponda a su esencia y cada una de estas esencias daría lugar a una constitución ideal que tomaría lo esencial de las ciudades en cuestión para establecerlo como norma.

Con base en lo anterior, Aristóteles no tiene ninguna dificultad en aceptar la posibilidad de que existan soluciones de justicia mejores que aquellas previstas por una ley positiva: cada caso concreto posee una forma que no siempre puede ser prevista por un legislador falible. De aquí la diferencia entre la justicia como proporción de términos iguales y la equidad como valor que corrige aquel defecto de las leyes que consiste en la falta de previsión correcta de todos los casos posibles; si la equidad mejora la ley; “la razón de ello —dice Aristóteles— se encuentra en que toda ley es general, y la precisión no es posible cuando se habla en general”.²⁰ No se trata entonces de un error del legislador, sino de un problema que toca con la naturaleza del trabajo normativo.

Como puede verse, Aristóteles percibió en toda su dimensión la característica reductora de los conceptos y del lenguaje. Sin embargo, esta comprobación no afecta su confianza en la posibilidad de la verdad; aquello que inquieta a Nietzsche tranquiliza a Aristóteles: la razón es el origen de la seguridad de uno y del desazón del otro. Por eso, más que el objeto de una polémica, la razón es un punto de partida, una cierta sensibilidad: una impresión de arbitrariedad o de pertinencia en el lenguaje que nos pone del lado de Nietzsche o de Aristóteles.

¹⁷ Aristóteles, *Organon* I (las categorías).

¹⁸ Para una explicación de este tema, ver Villay, M., *La formation de la pensée moderne*, Paris, Montchretien, 1975; la parte dedicada a Aristóteles.

¹⁹ Ver la explicación de este concepto en Villay, M., *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1979.

²⁰ Aristóteles, *Ética a Nicomaco*, libro V, I.

2. *El código de valores*

El tema de los valores permite la referencia a un amplio espectro de posibilidades que van desde la alusión a percepciones meramente subjetivas en relación con ciertos objetos —se habla entonces de gustos personales, de puntos de vista— hasta la referencia a principios universales. Esta primera complejidad puede superarse parcialmente recurriendo a una clasificación por materias, que nos permita una diferenciación entre valores políticos, estéticos, morales, culturales, etcétera.

Si nos limitamos a una sola de estas clasificaciones por materia, el problema de lenguaje consistirá en asignar un término (significante) a una idea o contenido (significado). En un principio esta labor no encuentra mayores dificultades: los contenidos más sobresalientes permiten una designación sencilla y diferenciada; sin embargo, esto sólo es posible mientras nos limitamos a ciertas evidencias. Las dificultades comienzan cuando intentamos relacionar o poner en conflicto —tal como sucede en los hechos— estas primeras evidencias.²¹

Un ejemplo que ilustra bien este problema, lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). El verdadero alcance de este acuerdo se aprecia mejor a través del estudio de las relaciones entre lenguaje y voluntad contratante que en el análisis separado del texto. Lo primero que salta a la vista cuando se aprecia esta relación es que las partes adhieren al texto y no a sus consecuencias.²² Esto es importante tratándose de artículos portadores de una gran generalidad —como es el caso de la Declaración de 1948— en donde los vacíos y las incoherencias hacen posible una variedad de aplicaciones divergentes; pues bien, es precisamente esta posibilidad la que permite el acuerdo; un código más detallado sobre protección de derechos humanos, seguramente no habría sido aceptado: cada Estado pone todo su empeño en el logro de un compromiso, entre una redacción con una generalidad suficiente que dificulte la eficacia de una eventual acusación contra sus propias acciones y una especificidad tal, que permita el logro de los beneficios retórico-políticos de un acuerdo importante. La Declaración se encuentra en el límite entre la aceptación espontánea que se presta a los lugares comunes y la adhesión a un compromiso. Los signatarios no se acogen a lo dicho por el texto a pesar de sus vacíos, sino precisamente por ellos. La incertidumbre con relación a las consecuencias —entre las cuales la ausencia de jueces es sólo una entre muchas— es la garantía de la convi-

²¹ Para una exposición general del tema: Bretsch, A., *Teoría política*, Buenos Aires, Depalma, 1963; en especial el tema del relativismo axiológico.

²² Ver Luhman, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 59 y ss.

vencia entre unas normas impecablemente redactadas en una perspectiva universal y una realidad colmada de atropellos y felonías. En estas circunstancias, no basta con decir que para las grandes potencias los derechos humanos sólo existen en el texto de la Declaración, es necesario advertir que el texto de la Declaración está redactado precisamente para que los derechos humanos no existan. No se trata entonces de la fortuna de haber contado, hace casi medio siglo, con algunas buenas personas que hicieron posible la Declaración y que ya no tienen par en el abanico de los políticos actuales; se trata de una obra que ha dado los frutos para los que fue creada: ella permite, por un lado, un cierto alivio al hombre del siglo veinte que ve en la ausencia de orden y de justicia internacional, el peligro de una destrucción total, y por el otro, una capacidad de maniobra política invariable a los Estados. Ante esto se impone la cuestión de saber cuál de estos dos males es peor: una lucha internacional regida por la ley del más fuerte y precedida por un preámbulo de buenas intenciones entre débiles y fuertes, o la misma lucha con la misma ley y sin preámbulo. La respuesta se inclinará por esta segunda posibilidad si logramos demostrar que en el caso propuesto el texto normativo beneficia más a los actores políticos con la justificación implícita que conlleva, que a los ciudadanos del mundo y a los Estados víctimas, con las posibilidades de control que de él se derivan. Por ahora nos limitaremos a dejar planteada esta importante pregunta, cuya respuesta es mucho más compleja que un simple sí, o un no. Volveremos sobre esto más adelante (segunda parte III, 2).

La generalidad de la Declaración Universal, su tono fundamental, son precisamente la causa de su inutilidad; no existen mayores dificultades para lograr acuerdos de esta clase, pues mientras más generales son los términos menos cuentan las diferencias entre las partes y por lo tanto más difícil es su aplicación. Pero las dificultades de las normas no se manifiestan sólo como una dificultad que deriva de su generalidad; a medida que se amplía la codificación, se abandona el problema de la enumeración de valores y se enfrenta el de su relación; es en este punto en donde las diferencias de opinión se hacen más evidentes. La relación de valores implica un orden de prioridades, una clasificación jerárquica. Libertad e igualdad, por ejemplo, son valores que coexisten fácilmente en la teoría pero difícilmente en la práctica.²³ Esto se debe a que por lo general la práctica los pone en relaciones que la teoría no ha tenido en cuenta. Basta con apreciar la gran división política del mundo "En los países capitalistas —dice Claude Julien— lo social (igualdad) no es más

²³ Cfr., Rawls, J., *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1978, en especial la explicación sobre los dos principios de justicia, pp. 82 y ss.

que un subproducto de la economía (libertad).”²⁴ De la misma manera en los sistemas de economía planificada, la libertad es sólo un subproducto de lo social. Un ejemplo más preciso: en su proclama inicial contra la república, el general Francisco Franco terminó sus palabras haciendo un llamado al pueblo español por la reconquista de la fraternidad, la libertad y la igualdad. Franco retomaba entonces los famosos principios anunciados por los revolucionarios franceses de 1789: “*liberté, égalité, fraternité*”; sólo que su proclama se cuidó bien de que el segundo principio ocupara el tercer lugar y el tercero ocupara el primero; coincidencia y divergencia justas que le permitieron ser demócrata y tirano a la vez. La verdad es que Franco con su taxonomía quiso decir mucho más de lo que la mayoría de sus interlocutores percibió en ese momento, esto es, que primero que todo lo último era la igualdad.

Tratándose de valores, el orden de los factores sí altera el producto; libertad antes que igualdad significa que en caso de conflicto —cosa habitual— el criterio de solución será la libertad en detrimento de la igualdad. No sólo no existe posibilidad real de una sociedad totalmente libre e igualitaria a la vez, además, el mayor grado de libertad y de igualdad posibles se traduce en los hechos en una atenuación del alcance de estos valores con relación a las situaciones en las cuales cada uno de ellos es dominante. Por eso, la relación de unos valores con otros no es una cuestión de sumatoria sino de ponderación.²⁵ Esto se traduce, en términos concretos, en una codificación que establece principios generales, casos típicos, excepciones, etcétera. La excepción ilustra bien este conflicto que surge de la relación: en ella un valor tomado como regla pierde su poder frente a otro, de tal manera que cuando este último tiene lugar con cierta frecuencia, el problema de saber cuál es la regla y cuál es la excepción, se convierte en un asunto lingüístico que resuelve la política jurídica.

En definitiva, aquello que debemos retener como algo importante, no es tanto la dificultad connatural al lenguaje para reproducir, en una descripción o en una prescripción, la realidad; sino más bien el espacio propicio a la manipulación política que se desprende de esta dificultad. No nos interesa entonces la perspectiva clásica de la lingüística²⁶ que se preocupa por el aspecto técnico de la previsión de unos hechos en un texto, sino más bien el interés político que se esconde detrás de una

²⁴ Ver el artículo de Julien, C., en *Le Monde Diplomatique*, enero, 1988, p. 23.

²⁵ Ver Luhman, N., *op. cit.*, pp. 64 y ss. Igualmente en Angeli, Franco, *Teoría política nello Stato del benessere*, trad. Raffaella Sutter, Milano, 1987, pp. 58-80.

²⁶ Ver: Saussure, *op. cit.*; Chomski, *Estructuras sintácticas*, México, Siglo XXI, 1975; *Langage and Philosophy*, New York University Press, 1969; *Reflexiones sobre el lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1979; Morris, Ch., *Fundamentos de la teoría de los signos*, México, UNAM, 1958; Coseriu, *Teoría del lenguaje y lingüística general*, Madrid, Gredos, 1967.

redacción cuyo valor se encuentra principalmente en aquella parte de su contenido explícito, que por diferentes razones, no se traduce en las consecuencias que se esperarían de su lectura. En otras palabras, nos interesa el estudio del lenguaje visto como una palestra política, que puede ser utilizada para neutralizar el alcance de algunos valores, pacificar intereses contradictorios, consagrar valores subrepticios, justificar acciones que recogen otros valores, etcétera. El lenguaje constituye, así, un espacio abierto, susceptible de una apropiación, de una conquista, que no aparece en las palabras, pero que está presente como condición de posibilidad del tejido conceptual del discurso.²⁷ Desarrollaremos esta idea en el capítulo segundo; por el momento debemos estudiar otra perspectiva de este espacio, creado por el lenguaje y susceptible de apropiación por parte de un poder.

3. *El comentario*

La contingencia del lenguaje puede apreciarse igualmente cuando la relación entre cosas y conceptos se percibe en sentido inverso al planteado hasta el momento, es decir, ya no a partir de una multiplicidad de objetos que son subsumidos en una palabra o en una frase, sino a partir de un objeto o un hecho que puede ser descrito con múltiples palabras, frases, normas.

En esta nueva perspectiva, ya no se trata de una reducción de la pluralidad a un significante, sino de la multiplicación de significantes con relación a un objeto. Esta posibilidad de la repetición a partir de lo diferente se observa claramente en la práctica del comentario: más que desentrañar aquello que se oculta tras los pliegues de lo visible y que no ha sido percibido hasta el momento, el comentario se reduce a ese ejercicio del lenguaje que consiste en lograr transmitir lo mismo con palabras o relaciones diferentes. Al respecto dice M. Foucault: "Le mou-tonnement indéfini des commentaires est travaillé de l'intérieur par le rêve d'une répétition masquée: à son horizon, il n'y a peut-être rien d'autre que ce qui était à son point de départ, la simple récitation".²⁸ La generalización de la práctica del comentario en las ciencias humanas,

²⁷ Al respecto dice Bourdieu: "Dès que l'on traite le langage comme un objet autonome acceptant la séparation radicale qui faisait Saussure entre la linguistique interne et la linguistique externe, entre la science de la langue et la science des usages sociaux de la langue, on se condamne à chercher le pouvoirs des mots dans les mots, c'est à dire là où il n'est pas" *Ce que parler veut dire*, París, Fayard, 1972, p. 103). Lyotard, J. F. dice: "Tout énoncé doit être considéré comme un 'coup' fait dans un jeu [...] parler est combattre, au sens de jouer, et les actes de langage relèvent d'une agonistique générale", en *La condition Postmoderne*, París, Minuit, 1979, p. 23.

más que poner en evidencia lo inabarcable del conocimiento, aparece como un testimonio de la amplitud del lenguaje.

La repetición o el comentario, además de plantear cuestiones de tipo técnico relativas a la mejor manera de decir algo puede dar lugar a reflexiones políticas.²⁹ Se trata, en este caso, independientemente de aquello que se refiere a la lógica interna de un discurso formal o informal, de apreciar, en unas circunstancias concretas, la relación que existe entre la idea que pretende transmitir un enunciado y la manera como realmente la transmite. La *mise en scene* de una idea no sólo conlleva preguntas relativas al estilo o a la forma, sino también a su eficacia.

Este tema fue tratado por Aristóteles bajo el nombre de retórica;³⁰ no todo asunto —según este filósofo— puede ser objeto de utilización retórica: aquello que es claro, o aquello que es incomprensible, no necesita para nada de los recursos de la retórica; sólo el espacio intermedio entre estos dos extremos justifica la búsqueda de una manera adecuada de decirlo, con el propósito de convencer a alguien de aquello que es verdadero. Chaim Perelman ha mostrado la riqueza de la aplicación de este concepto en las ciencias humanas y muy especialmente en el derecho. Un saber —explica Perelman—³¹ que no está determinado por una lógica de lo racional, sino por una lógica de lo razonable, no depende de la convicción sino de la adhesión. Nos ubicamos entonces en el campo de lo axiológico y no en el de lo lógico: una tesis no es aceptada por su capacidad de imposición racional, por su verdad, sino por su mayor valor; en el mundo de lo razonable la adhesión es una cuestión de grado; se puede aceptar un valor en lugar de otro, no porque este último sea falso, sino porque es menos razonable. La adhesión es también una cuestión de sitio: el lugar hace más o menos razonable un valor. Pero la adhesión es sobre todo una cuestión de estrategia: la tesis que resulta dominante es aquella que logra despertar la susceptibilidad del auditorio en favor de unos valores. Por eso, un discurso que pretende ser eficaz debe sopesar con antelación el conjunto de valores que suelen ser aceptados por el auditorio, con miras a la utilización de un lenguaje con la mayor eficacia posible. Un discurso pacifista, por ejemplo, no puede enfrentarse de la misma manera a un grupo de jóvenes universitarios, que a un grupo de jóvenes oficiales del ejército. Dos maneras de decir una misma cosa no producen siempre los mismos

²⁸ Foucault, M., *L'ordre du discours*, París, Gallimard, 1971, p. 27.

²⁹ Ver Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L., *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, París, 1958.

³⁰ Aristóteles, *Retórica y poética*.

³¹ Perelman, Ch., *Logique juridique*, París, Dalloz, 1977; "Le raisonnable et le déraisonnable en droit", París, *LGDJ*, 1984, pp. 10-20.

efectos: referirse a un hombre —dice Perelman— en términos de “cuerpo animado” o de “alma encarnada” puede traer resultados distintos. Un mismo hecho puede presentarse de maneras diversas: un régimen militar como una dictadura o como una revolución; un guerrillero como un terrorista o como un luchador por la libertad; un apretón de manos entre un gobernante y un obrero como una alianza popular o como una traición a la clase obrera.

En el derecho, la retórica es de una utilidad evidente; el trabajo jurídico posee una implicación lingüística doble que consiste, por un lado, en la formación de textos normativos a partir de una multiplicidad de casos posibles, y por otro en la aplicación de aquéllos a éstos. Se establece así un recorrido circular —realidad-ley-realidad— que se lleva a cabo a través de una discusión permanente que paulatinamente permite la emergencia, en cada instancia, de una tesis que se impone como la más razonable en el marco de referencia político creado por unos intereses dominantes. Que la ley es sólo un paso intermedio en la entronización de una normatividad definitiva, lo demuestra el hecho —hoy unánimemente reconocido— de que no se necesita cambiar las leyes para cambiar el derecho ni viceversa.³²

Conclusión

Como ya lo hemos dicho, nuestro interés por el lenguaje se aparta del interés puramente lingüista, en cuanto que no nos importa su estructura interna sino su constitución como objeto de poder. Está claro que en el ámbito de las relaciones sociales, la lengua es un instrumento susceptible de apropiación por parte de un poder político; pero la manipulación no se reduce a esta eventualidad; no es cuestión de un poder perverso que contamina un discurso puro; el interés no se agrega al locutor como un mal externo; la apropiación de la palabra y de su sentido es una característica inherente a lo social, al habla misma. La posibilidad planteada por Habermas³³ de una comunicación ajena a toda relación de interés de dominación sólo puede explicarse gracias a la suposición de unas condiciones más ideales que reales.

Como lo ha mostrado Bourdieu, la lengua no es un instrumento de comunicación que se encuentra disponible de la misma manera y bajo las mismas implicaciones, para todos los habitantes de una sociedad.

³² Ver el artículo de Terre, F., “La crise de la loi”, *APDD*, París, núm. 25, 1980.

³³ Sobre Habermas ver el estudio de Ferry, J. L., *Habermas, l'éthique de la communication*, París, PUF, 1987; en especial la tercera parte: “Éthique et communauté”.

En dehors même des usages littéraires— et spécialement poétiques — du langage, il est rare que, dans l'existence ordinaire, la langue fonctionne comme un pur instrument de communication [...] S'il en est ainsi, c'est que la pratique linguistique communique inévitablement, outre l'information déclarée, une information sur la manière (différentielle) de communiquer [...] qui, [...] reçoit une valeur sociale et une efficacité symbolique.³⁴

Las distintas maneras de hablar producen y reproducen las diferencias sociales. La competencia para hablar "con propiedad" proviene de una determinada posición en la sociedad: la técnica deriva del estatus y no el estatus de la técnica, o mejor dicho, no se pertenece a una posición social porque se habla bien, se habla bien porque se pertenece a una posición social.³⁵

II. DISCURSO Y PODER SIMBÓLICO

El lenguaje no es un instrumento de comunicación social neutro. El estudio del contexto³⁶ en donde tiene lugar el habla, no constituye un dato adicional que simplemente se agrega a una información depurada de todo elemento fáctico; el contexto determina un lenguaje que le es propio y éste a su vez construye un contexto a su medida. No existe entonces, según esto, una realidad de un lado y un lenguaje del otro; ambos se integran en una relación recíproca que determina a los sujetos y a los objetos involucrados. Las cosas y las palabras, lo que se ve y lo que se dice, lo visible y lo enunciable, no hace parte de una categoría aleatoria que se suma a la sociedad; es algo sustancial que define la sociedad misma.

Intentaremos poner en evidencia esta relación entre discurso y hecho social, con el propósito de despejar el espacio en el cual se ubica el derecho entendido como una práctica que une un saber, un lenguaje, con una realidad. Para comprender mejor este carácter constituyente del lenguaje, estudiaremos en un primer momento algunas de las ideas adelantadas por M. Foucault sobre la relación entre saber y poder; con base en ello pasaremos a un segundo apartado en el cual definiremos

³⁴ Bourdieu, *op. cit.*, p. 60. Al respecto dice Lyotard, J. F.: "Le savoir est et sera produit pour être vendu, et il est et sera consommé pour être valorisé dans une nouvelle production: dans les deux cas, pour être échangé. Il cesse d'être lui-même sa propre fin, il prend sa 'valeur d'usage'."

³⁵ *Ibidem*, p. 64.

³⁶ Para una explicación del contexto lingüístico ver: Hierro, S. y Pescador, J., *Principios de filosofía del lenguaje*, Madrid, Alianza, 1986; en especial el apéndice "Ideología y lenguaje". También Laboy, W., "La théorie linguistique à l'épreuve de la justice", en *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* 76/77, Paris, 1989.

la posición del sujeto y del objeto dentro de la práctica social; en tercer lugar propondremos algunas ideas sobre el problema de la integración social y concluiremos con una recapitulación del concepto de verdad.

1. Las relaciones entre saber y poder en Michel Foucault

Foucault se limita a la historia y de una manera singular: su propósito no es el de continuar la tradición de la historiografía narrativa clásica; sus trabajos sobre la locura, la sexualidad, la criminalidad o la enfermedad, no pretenden encadenar una serie de acontecimientos sucesivos que se explicarían unos a otros siguiendo una coherencia evolutiva propia a cada época. Foucault estudia la manera como estos saberes han emergido en unas condiciones específicas. La historia de la sexualidad no hace el recuento de las diferentes concepciones o prácticas que al respecto han tenido lugar en el tiempo; ella se hace la pregunta sobre el cómo y el porqué, en una época como la victoriana, por ejemplo, se estableció que el sexo debía pasar permanentemente por la palabra, practicada en forma de confesión. La historia de la criminalidad no se limita a la descripción de las diferentes maneras de castigar, sino que se plantea, por ejemplo, cómo fue posible que a principios del siglo XIX en Europa el discurso penal haya trasladado su centro de preocupación, del cuerpo al alma del delincuente. La historia del poder se cuestiona, por ejemplo, sobre el surgimiento de la forma política Estado, y todo un saber paralelo, como el producto de unas necesidades estratégicas específicas de la modernidad.

Si Foucault es un historiador, lo que es sólo en un sentido sui géneris: su interés por los acontecimientos no es descriptivo sino crítico; únicamente la referencia al hecho histórico que puso de presente una determinada forma de hablar y de ver la realidad, puede hacernos legible y visible lo que nuestra cultura quiere decir y ver. En otras palabras, los enunciados y las visibilidades sólo pueden ser esclarecidos si se recurre a la circunstancia histórica en la cual esa forma específica de ver y de hablar se hizo presente. Para comprender entonces los enunciados que dominan en una época es necesario acudir a las condiciones de posibilidad de tales enunciados; igual sucede con lo visible.

Los escritos de Foucault no tratan acontecimientos históricos marginales; la elección de ciertas prácticas en el pasado tiene que ver con la explicación de unas determinadas formaciones discursivas; tampoco se trata de hacer relevante el esfuerzo creador de aquellos que por la primera vez introdujeron una nueva manera de hablar;

L'archéologie n'est pas à la quête des inventions; elle reste insensible à ce moment (émouvant, je le veux bien) où pour la première fois, quelqu'un a été sûr d'une certaine vérité; elle n'essaie pas de restituer la lumière de ce matin de fête.³⁷

Si Foucault se detiene en aquellos momentos "históricos" en los cuales aparece súbitamente una nueva manera de hablar y de ver, no es para festejar ni tampoco para lamentar el descubrimiento, es más bien para captar el sentido estratégico que posee el hecho de un cambio de discurso; no para señalar un progreso sino para comprender una transformación; para captar las regularidades que determinan los sistemas de discurso posibles. "En este nivel arqueológico —dice Rajchman— el anonimato del discurso suplanta la individualidad del héroe";³⁸ las regularidades de los enunciados reemplazan la intempestividad de los descubrimientos.

a. El archivo

En *L'archéologie du Savoir*, Foucault descubre una forma de expresión que no se confunde con ninguna de las unidades lingüísticas tradicionales: los enunciados no son ni actos de lenguaje, ni palabras ni frases, ni proposiciones, ni significado. El discurso, por una parte, se anula como realidad cuando se pone a órdenes del significante (hablar) y por otro el discurso tampoco es un referente (ver);

un énoncé n'a pas en face de lui (et dans une sorte de tête-à-tête) un corrélat [...] Il est lié plutôt à un "référentiel" qui n'est point constitué de "choses", de "faits", de "réalités", ou de "êtres", mais de lois de possibilité, de règles d'existence pour les objets qui s'y trouvent nommés, désignés ou décrits, pour les relations qui s'y trouvent affirmées ou niées.³⁹

Los enunciados se encuentran por dentro del habla, en el interior de un *corpus* de lenguaje específico, así como las visibilidades están por dentro del ver en el interior de unas luminosidades concretas. ¿Cómo se explica entonces este nivel arqueológico?

En relación con los enunciados, Foucault afirma que éstos, no obstante no estar escondidos, no son directamente legibles. Esto no implica que se pueda hablar de la existencia de una verdad oculta detrás del significante, la cual ha sido reprimida o alienada: en la época victoriana, por ejemplo, las apariencias podrían llevar a pensar que todo un

³⁷ Foucault, M., *L'archéologie du Savoir* (en adelante AS), París, Gallimard, 69, p. 189.

³⁸ Rajchman, J., *Michel Foucault, la liberté du savoir*, París, PUF, 1987, p. 59.

³⁹ AS, p. 121.

vocabulario sobre la sexualidad fue condenado al silencio; sin embargo, Foucault demuestra en *La volonté de Savoir*,⁴⁰ cómo el caso es completamente opuesto: aquel periodo impuso una práctica constante de enunciados de tipo sexual dentro de un régimen de discurso regido por las condiciones y las reglas propias de la confesión. “Ce qui est propre aux sociétés modernes —dice G. Deleuze sobre el tema— ce n'est pas qu'elles aient voué le sexe à rester dans l'ombre, c'est qu'elles se soient vouées à en parler toujours, en le faisant valoir comme le secret”.⁴¹ Los enunciados se descubren cuando se ponen en evidencia las condiciones que lo hacen posible. Estas condiciones no se encuentran ni en un sujeto que habla (idealismo), ni en un significante (estructuralismo lingüístico), ni en una experiencia original (fenomenología). La condición del enunciado se encuentra en el *corpus* histórico de palabras, frases, textos, etcétera, que tienen eficacia en un espacio y en un tiempo específicos y a partir de los cuales hay que desentrañar las regularidades (enunciados) que determinan estas palabras, frases, textos, etcétera.

Sin embargo, en *L'archéologie du Savoir*, Foucault parece encerrado en una lógica circular que no le permite abandonar el terreno del lenguaje para explicar este mismo lenguaje. La condición de posibilidad del enunciado va más allá de una práctica discursiva histórica; de ahí la afirmación de Dreyfus y Rabinow sobre esta circularidad:

... dans son analyse de l'efficacité causale des règles qui régissent les formations discursives, Foucault a illégitimement hypostasié les régularités formelles qui décrivent ces formations et en a fait les conditions de leur existence.⁴²

Esto permite a los autores en mención y a otros críticos de Foucault⁴³ la conclusión sobre el fracaso de *L'archéologie du Savoir*.

Esta encrucijada va a resolverse con la aparición de *Surveiller et Punir* en 1970. Sólo entonces se comprenderá por qué un enunciado no puede ser explicado sin recurrir a su relación con algo no-discursivo, como algo constituido por instituciones, prácticas, políticas, etcétera. Ya se habían dado ciertas indicaciones al respecto en *L'archéologie du Savoir*; según Foucault, la arqueología frente a un conjunto de enunciados no se pre-

⁴⁰ Foucault, M., *La volonté du savoir*, I: “Histoire de la folie” (en adelante *V/S*, I), París, Gallimard, 1986.

⁴¹ Deleuze, *Foucault*, París, Minuit, 1986, p. 61.

⁴² Dreyfus et Rabinow, *Michel Foucault*, París, Gallimard, 1984, p. 25, igualmente pp. 118 y ss.

⁴³ Cfr. Rose, Gilian, *Dialectic of nihilisme*, Oxford, Basil Blackwell, 1984; Haarscher, Guy, *La raison du plus fort*, Mardaga, Liège 1988, pp. 93 y ss.; Baudrillard, *Oublier Foucault*, Galilé, 1977.

gunta qué ha podido motivarlos, ni qué es lo que ellos significan; “elle essaie de déterminer comment les règles de formation dont il relève (...) peuvent être liées à des systèmes non discursifs: elle cherche à définir des formes spécifiques d’articulation”.⁴⁴ Así, el análisis arqueológico está fuertemente ligado a la historia, sin que ello implique una interpretación: “aux choses dites elle ne demande pas ce qu’elles cachet (...) mais au contraire sur quel mode elles existent...”.⁴⁵ Esta explicación del “modo”, de la “manera como”, será la tarea de la genealogía iniciada en *Surveiller et Punir*; aquí, aquello apenas señalado en la arqueología como lo no-discursivo, tomará la forma positiva del *de hors*, del afuera, del poder.

b. El diagrama

Con el desplazamiento del interés por la investigación arqueológica en beneficio de la genealogía, el estudio de los enunciados (saber) se dirige hacia su contexto (poder). En este punto, a diferencia de los estratos formalizados del saber (ver-hablar o enunciados-visibility) nos encontramos con el espacio informal, disperso, atomizado, del poder: múltiples relaciones de fuerza a partir de puntos desparramados en una palestra interminable; el Archivo del saber es sustituido por el Diagrama del poder.

El poder no es un objeto susceptible de apropiación puesto que no es una cosa; el poder es una función y como tal se ejerce antes de poseerse; una clase dominante no se adueña de un poder, pues la situación misma de clase dominante conlleva el ejercicio de un poder que le es propio dentro de una posición ocupada frente a otras relaciones de fuerza. Por eso, el poder no es esencialmente represivo; él puede además incitar, producir, suscitar... Por otra parte, el poder no es una función ejercida exclusivamente por los dominantes; él hace parte igualmente de la situación de los dominados; el poder es una función que pone en contacto dos o más focos de emisión de fuerza; el esquema que se obtiene al unir estos focos puntuales varía de acuerdo con cada situación concreta: el resultado es un diagrama. Cada diagrama posee su propia especificidad, sus polos de dominación, sus relaciones. No existe un diagrama previo, válido para todas las situaciones posibles.

El poder no es una función que pueda percibirse en su estado puro; las relaciones de fuerza como tales —subrepticias y sórdidas— sólo pueden ejercitarse en medio de un saber que las organiza, las constituye, y en este mismo movimiento, consolida su posición como tal.

⁴⁴ Foucault, *AS*, p. 212.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 143.

El saber se encuentra estratificado en múltiples materias y funciones que se reparten en dos grandes condiciones formales que son el ver y el hablar; así, un saber es un conjunto de visibilidades y de enunciabilidades adecuadas a un momento histórico.

El poder, por el contrario, es esencialmente disperso, no estratificado; no pasa por formas sino por puntos; por focos que representan fuerzas en función de afectar y de ser afectadas por otras fuerzas. Las fuerzas son amorfas y mudas; el ver y el hablar les está vedado, aunque ellas hacen posible el ver y el hablar propio del saber. Su ubicación no corresponde a la de los estratos (saber) sino a la de una estrategia.

Pero esta diferencia de naturaleza no afecta la existencia una reciprocidad permanente y necesaria entre ambos dominios: el saber no puede justificarse por el valor intrínseco de sus postulados, simplemente porque este valor “en sí” no existe: el saber no es una esencia que pueda separarse de sus condiciones de emergencia; “Peut-être —dice Foucault— faut-il renoncer à croire que le pouvoir rend fou et qu'en retour la renonciation au pouvoir est une des conditions auxquelles on peut devenir savant”;⁴⁶ de la misma manera el poder no puede ejercerse sin la colaboración de un saber, “Jamais la connaissance —dice Deleuze— ne renvoie à un sujet qui serait libre par rapport à un Diagramme de pouvoir, mais jamais celui-ci n'est libre par rapport aux savoirs qui l'actualisent”.⁴⁷

c. El dispositivo

La verdad es inseparable de un proceso que la establece⁴⁸ y que está determinado, no por un filtro racional de comunicación —tal como lo concibe Habermas o Rawls— sino por múltiples focos de poder que se entrecruzan, se chocan, se contraponen, como prácticas inscritas en una dinámica de conflicto que da lugar a una teoría de la verdad; la cual, a su vez, reafirma las posiciones de las prácticas, reproduciendo, de esta manera, instante tras instante, un determinado engranaje de relaciones de poder que ha resultado victorioso.

El poder en unión con el saber forman, según esto, un dispositivo que será más o menos eficaz en la medida en que las funciones que pone en obra (castigar, separar, educar) aparezcan ante los individuos como el

⁴⁶ Ver Deleuze, *op. cit.*, en especial “Les stratégies ou le non stratifié: a pensée du de hors”, p. 72.

⁴⁷ Foucault, *Surveiller et punir* (en adelante, *SP*).

⁴⁸ Bachelard, G. dice: en *Le nouvel esprit scientifique* (PUF, París [1934], 11ª ed., 1971): “L'expérience fait donc corps avec la définition de l'être”, p. 45.

resultado exclusivo de un saber; por eso, el poder, en aras de la eficacia, debe estar sutilmente presente.

El ejercicio del poder pasa por el tamiz del saber: éste realiza una tarea de estratificación de enunciabilidades y de visibilidades. Los focos de poder, que afectan y son afectados, obtienen, a través del saber, con el menor costo económico posible, el mayor beneficio político posible; así se explican los cambios en los estratos del saber.

L'atténuation de la sévérité pénale —dice Foucault— au cours des derniers siècles est un phénomène bien connu des historiens du droit, mais longtemps il a été pris d'une manière globale comme un phénomène quantitatif: moins de cruauté, moinde souffrance, plus de douceur, plus de respect, plus de "humanité". En fait, ces modifications sont accompagnées d'un déplacement dans l'objet même de l'opération punitive. Diminution d'intensité, peut-être. Changement d'objectif, à coup sûr".⁴⁹

Cuando un saber produce un consenso durable en el tiempo y en el espacio, es porque éste ha sido el resultado de una estrategia de poder victoriosa; por el contrario, la inestabilidad del saber pone de presente la vulnerabilidad de las estrategias adoptadas. En síntesis: Foucault considera que un discurso nuevo accede a la realidad como consecuencia de un cambio estratégico originado por el estrato (saber-poder) precedente, el cual produce una readaptación de su parte formal (verhablar) de su materialidad (focos de saber) y de la reciprocidad entre estos dos.

d. La rareza de los enunciados

Foucault considera que cada situación histórica permite sólo aquellos enunciados que son posibles; lo que se dice en un momento específico es sólo aquello que se puede decir, y esto no porque exista una instancia represora que actúa como filtro de lo que no es debido, sino porque existe una correspondencia entre los discursos que aparecen en el saber y las condiciones limitadas que dieron lugar al surgimiento de dichos discursos. En otras palabras, sólo se dice lo que se puede decir, no porque lo "no decible" esté prohibido, sino porque este "no decible", es un "no posible", en la medida en que sólo se dice algo necesario que corresponde a una estrategia que une dos o más focos de poder. Aquello que parece una locura, un desafuero, un disparate, lo es en cuanto que su manifestación dentro de un estrato de saber, no se adecua a los parámetros de racionalidad considerados como válidos dentro de

⁴⁹ Foucault, M., *SP*, p. 82.

una comunidad; en este caso, el impulso (la fuerza) que determina este “desvarío”, no logra imponerse frente al diagrama de fuerzas establecido.

Foucault, siguiendo a Nietzsche, considera que el lenguaje no es el fruto de la creación irreplicable de un sujeto trascendental, ni el resultado de la asignación infinita de símbolos a las cosas; el lenguaje es una manifestación inscrita en los parámetros formales del saber, de aquello que incita, impulsa, promueve, . . . actúa como poder; el lenguaje es una especie de segunda manera de vivir la vida, que no repite la primera —sorda e inasible de nuestros impulsos— sino que la traduce, reproduciéndola y fortaleciéndola en la única vida posible; el habla transcribe en códigos comunicables aquellas fuerzas abruptas, prosaicas, que nos “hacen vivir”; que nos hacen ser a veces tiernos y espirituales, a veces voraces y ambiciosos; el habla no es ni la fuente ni el resultado de este proceso, es el medio por el que pasan torrentes de fuerzas indiscriminadas y por el cual transitan los mecanismos que re-crean dichas fuerzas. Determinar qué se dice y qué se calla en este proceso, no es una cuestión de azar o de talento atribuible a un “yo” creador, depositario de un libre arbitrio; tampoco es una cuestión de “sentido profundo” de la realidad, ahora reprimido ahora descubierto; simplemente, se dice y se calla aquello que es debido, de acuerdo con una estrategia —acertada o no— emprendida con el propósito de sacar el mejor partido posible de una batalla de poderes; una estrategia que pretende,

substituer à un pouvoir que se manifeste par l'éclat de ceux qui l'exercent, un pouvoir qui objective insidieusement ceux à qui il s'applique; former un savoir à propos de ceux-ci plutôt que de déployer les signes fastueux de la souveraineté.⁵⁰

2. *El dualismo sujeto/objeto*

Los estudios en ciencias humanas se encuentran frecuentemente sometidos a la disyuntiva que opone una visión del mundo cuyo principio impulsor proviene del interior de lo real y que se impone como algo contra lo cual no se puede resistir y otra visión que deposita en los hombres toda la carga de la dinámica y de la evolución social. Así, objetivismo y subjetivismo perciben dos mundos sin conciliación posible: de un lado un sujeto racional y libre que continúa la obra creadora original, haciendo cada día el mundo que desea, del otro, un sujeto anclado en un devenir histórico que determina su posición en la sociedad, su pensamiento y su suerte.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 222.

Esta oposición entre determinismo y libre albedrío, que recoge una vieja polémica de la filosofía, alimenta también algunos dualismos importantes en otras áreas del saber; así por ejemplo, el estudio de la sociedad se ha debatido entre aquellos que limitan el trabajo de investigación a la recepción pasiva de las variaciones de una realidad en la cual los sujetos están determinados por el gran movimiento de la historia, y por el otro lado, aquellos que consideran que la única realidad pertinente para el sociólogo proviene de la representación que los sujetos se hacen de ella misma; según esto último, es el sentido de las cosas percibido por el hombre lo que crea la realidad y no a la inversa. En el primer caso las ciencias sociales se construyen a partir de una crítica de la representación del mundo como ideología (Marx, Durkheim); en el segundo caso, ellas observan lo real desde una posición antropomórfica desde la cual se origina toda la realidad social (Shultz).⁵¹

En el campo del derecho la oposición no se presenta de manera menos radical: por una parte, el subjetivismo se alimenta del mito de una sociedad en la cual al legislador se le otorga el papel de concebir —en una especie de retiro espiritual— aquella sociedad que “debe ser”, de acuerdo con lo posible (Aristóteles); por otra parte, el objetivismo se vale del mito de una verdad que escapa a los individuos, incluido el legislador mismo, demasiado imbuidos en una cotidianeidad que les impide ver aquello que se designa como ley de la historia y dentro de lo cual las leyes jurídicas son sólo un piñón incrustado en el interior de un mecanismo ineluctable (Platón). Oposición total entre ambas concepciones: de un lado el derecho crea la sociedad, del otro, la sociedad crea el derecho.

Hemos señalado antes —a partir de lo dicho por M. Foucault— que la concepción de un saber no tiene lugar en el recinto aislado de la reflexión; una práctica no tiene lugar a partir de una teoría; la teoría es ya una cierta práctica: lo ideal y lo material no son elementos puros que un sujeto independiente y libre pone en relación; este y aquellos son a la vez constituyentes y constituidos por un saber que los recorre. De acuerdo con esto, la verdad incondicional de un saber es algo tan inaccesible como la transparencia de los hechos o la imparcialidad del sujeto: el ejercicio del poder crea saber y al mismo tiempo, en este mismo movimiento, el saber conlleva efectos de poder. La verdad, por consiguiente, es inseparable de un proceso que la establece; este proceso no tiene lugar entre sujetos desinteresados, que establecen una comunicación amparada por la razón universal, sino en la dinámica de un espacio en el cual una serie de fuerzas se contraponen.

⁵¹ Una explicación de esta diferencia puede verse en Bourdieu, “Espace social et pouvoir symbolique”, *Choses Dites*, París, Minuit, 1987, p. 147.

Es necesario, entonces, romper con un subjetivismo radical que deposita una confianza injustificada en la interacción entre los sujetos, para hacer del saber el objeto de una opción libre y racional que avanza hacia la realización de una sociedad mejor. Pero esta ruptura tampoco exige una adhesión incondicional al objetivismo, ya que la representación de lo social crea lo social mismo; las construcciones de visiones del mundo contribuyen ellas mismas a la construcción del mundo, dice Bourdieu; ni subjetividad total, ni objetividad total, ni siquiera punto intermedio; otra cosa: relación de influencia recíproca entre un mundo subjetivizado y un sujeto mundanizado. Dicho de otra manera: las estructuras⁵² cognoscitivas y evaluativas del sujeto se traducen en prácticas que construyen lo social como objeto de percepción: no existe, entonces, separación posible, ni diferenciación cronológica, entre la percepción del mundo y la construcción del mundo.

El tema de los valores puede ser útil para ilustrar esta idea: veámos antes que una lista de valores dice poco sobre la verdadera problemática que estos conllevan; sólo un estudio casuístico que ponga en evidencia la multiplicidad de relaciones posibles puede dar una idea sobre la variedad de conflictos y sus dificultades. De la misma manera, una enumeración de cosas o hechos dice poco sobre su valor social: cada objeto posee un valor que no resulta de una hipotética utilidad objetiva, independiente del mundo social, sino de una utilidad simbólica que proviene de la representación que los sujetos poseen del valor del objeto.

La distinción entre valor de uso y valor de cambio (Marx) indica claramente esta diferencia teórica entre lo social y lo no-social. El precio de los objetos que circulan en un mercado, proviene de la posición, relativa a los demás objetos, en la cual son ubicados por los individuos. "Los objetos —dice Baudrillard— son portadores de una significación social indexada, de una jerarquía cultural y social [...] en síntesis: ellos constituyen un código."⁵³ De la misma manera como el lenguaje es algo más que un instrumento técnico de comunicación, los objetos no se reducen a sus posibilidades técnicas de uso.

El mundo de la moda, por ejemplo, se vale de este excedente de sentido proporcionado por la acentuación del valor simbólico:⁵⁴ un vestido

⁵² Tomamos el término "estructura" en un sentido diferente al otorgado por el estructuralismo de De Saussure o de Lévi Strauss; ver al respecto Bourdieu, "Space social et pouvoir symbolique", *op. cit.*, p. 147. Igualmente *La noblesse d'État*, París, Minuit, 1989, pp. 265-305. También, Sabeg, L., *Marxisme et structuralisme*, París, Payot, 1964; en especial el capítulo "Science et vérité". También Gauchet, M., "Discours structure", *Le Débat*, No 50, París, Gallimard, 1988, p. 178.

⁵³ Baudrillard, *Pour une critique de l'économie politique du signe*, París, Gallimard, 1972, p. 19.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 59 y ss.

“de marca” obtiene su precio con base en su poder diferenciador en la sociedad; pero es tal el desenfreno por seguir los dictámenes de esta competencia, que en ocasiones es sólo el precio el que pone el valor al artículo: las artimañas publicitarias han demostrado cómo, en ocasiones, basta con aumentar el precio para aumentar las ventas; y esto sucede en todos los peldaños de la escala social: en una prueba realizada en el mercado de un barrio obrero de Milán,⁵⁵ se mostró cómo, entre dos canastos de limones, unos de menor calidad a mayor precio y otros de mayor calidad a menor precio, los clientes preferían el primer canasto y no el segundo; otro caso interesante tiene lugar en Colombia desde principios de los años ochenta: la compra de automóviles de lujo por parte de la clase alta ha decrecido considerablemente, debido al surgimiento de la mafia de la droga, cuyo símbolo preferido para la manifestación de su emergencia social es la compra de autos de lujo; en estas circunstancias, la burguesía tradicional se vio obligada a abandonar esta práctica —invirtiendo así un valor de uso: el confort— para seguir obteniendo el valor simbólico necesario para la diferenciación.

De acuerdo con esto, el estudio de lo social no puede separar lo real de la visión de lo real; lo lógico de lo ideológico. Una vez abandonadas las posiciones objetivistas y subjetivistas en beneficio de una relación de determinación recíproca o de sobredeterminación en términos de Althusser,⁵⁶ pasamos de una visión de elementos a una visión de contexto: el centro de interés se traslada al espacio en el cual tiene lugar el proceso de constitución recíproca entre las cosas y la visión de las cosas. Lo que se ve y lo que se dice se explica entonces a partir del espacio, entendido como una palestra, como un campo de juego, en donde se libran distintas estrategias. De esta manera, toda una percepción de la realidad, que va desde las asignaciones más simples, como automóvil, obrero, hasta los discursos más complejos, como moral o derecho, se adapta estratégicamente a unas condiciones sociales de las cuales ella misma es fruto y persigue el logro de unos propósitos de los cuales ella misma es causa.

Lo simbólico no afecta sólo la percepción singular de cada objeto; todo está implicado en una sobredeterminación de segundo, tercer... grado, que no está ni más allá, ni más acá de lo social, sino que es lo social mismo. Así por ejemplo, la acción se enmarca en una estrategia que pone en juego objetos y representaciones que nunca poseen unos valores fijos, cuyo contenido pueda ser descrito de antemano, sino que varían de acuerdo con su posición en una infinidad de escalas. Laclau y Mouffe explican esta idea diciendo: “. . . lejos de darse una totalización esencialista o una

⁵⁵ Ver:

⁵⁶ Althusser, *La revolución teórica de Marx*, México, Siglo XXI, 1985.

separación no menos esencialista entre objetos, hay una presencia de unos objetos en otros que impide fijar su identidad".⁵⁷

El sentido espontáneo que adquiere cada una de estas cadenas de relaciones en medio del ajetreo cotidiano, parece darnos la impresión de que ellas responden a un orden necesario: la repetición parece desvanecer la contingencia, de tal manera que nos vemos inclinados a pensar que el mundo en que vivimos, con todas sus relaciones de sobredeterminación, es algo natural, objetivo; la violencia se vuelve turbia, borrosa, deja de verse: si las personas no se desploman en las calles, o no explotan en los aviones, o no mueren en campos de batalla intempestivos, lo violento no se aprecia; las injusticias que tienen lugar paralelamente con el lento e inapreciable transcurso del tiempo y en la extensión de un espacio inabarcable, no se ven: el hombre, la oscuridad de una celda, la imposición del silencio, son visibilidades opacas de las cuales se habla poco, porque se ven poco.⁵⁸

La alquimia social hace posible que cada combinación, cada cadena de relaciones, posea un sentido; la unión entre objetos, personas, valores, etcétera, se logra gracias a la contingencia de la relación entre lenguaje y realidad.

3. *Dispersión e integración*

Como hemos visto, lo simbólico invade todo el ámbito social hasta confundirse con lo social; no existen entonces dos espacios contrapuestos: de un lado, lo real, lo material y del otro, lo aparente, lo ideológico. Desde luego, esta invasión simbólica de la totalidad no necesariamente implica una coherencia en el sentido de lo simbólico; hemos visto cómo las identidades de los elementos varían con la configuración de nuevas relaciones, que se entrecruzan formando intrincadas escalas de referencias. Si una cierta estabilidad es posible en la sociedad, ello se debe a su capacidad para encontrar respuestas adecuadas a los conflictos, que aseguren una cierta fijación del sentido; es decir, respuestas que detengan la movilidad, la contingencia de la relación entre el lenguaje y los hechos. Si el conflicto favorece esta contingencia, esta dispersión, la estabilidad depende de la capacidad que posee una sociedad para proporcionar soluciones a estos conflictos, con base en las cadenas de relaciones —o en los discursos si se quiere— que explican y proporcionan sentido.

⁵⁷ E. Laclau y Ch. Mouffe, *Hegemonía y estrategia socialista*, Madrid, Siglo XXI, 1987, p. 118.

⁵⁸ Ejemplos sorprendentes de estas relaciones poco visibles, pueden encontrarse en la serie de artículos publicados en *Le Monde Diplomatique* entre julio de 1988 y febrero de 1989, bajo el título "Ces inégalités qui sapent la démocratie".

No obstante la naturaleza integradora del discurso, éste también puede estar afectado por la dispersión; ningún discurso logra evitar completamente las incoherencias, los vacíos, las contradicciones; piénsese por ejemplo en las religiones: ellas deben afrontar no sólo las dificultades propias de la adaptación de unos enunciados dogmáticos a las nuevas realidades sociales (concepción artificial, sida, liberación femenina); además, deben encarar las infiltraciones provenientes de otros discursos (política, ciencia, sociología). La supervivencia de un discurso depende de su talento para aportar respuestas que combinen la eficacia con la necesidad de coherencia interna; es decir, la aceptación de sus decisiones sin que ello conlleve una renuncia a sus principios básicos.

La tensión entre integración y dispersión es permanente, debido precisamente a este carácter inacabado, abierto, de todo discurso: siempre son posibles nuevas interferencias, nuevos hechos que impiden su cierre y su impermeabilidad. El concepto de "articulación" propuesto por E. Laclau y Ch. Mouffe, define de manera más precisa lo que hasta el momento hemos llamado integración.

Un discurso —dicen estos autores— es una totalidad estructurada resultante de una práctica articuladora; y una articulación "resulta de una práctica que establece una relación tal entre elementos, que la identidad de estos resulta modificada como resultado de esta práctica."⁵⁹

Para captar el alcance de este concepto, Laclau y Mouffe establecen algunas precisiones teóricas:

Primero que todo, es necesario abandonar la ilusión de un discurso cuyo sentido se logre gracias a un principio subyacente, que toma la forma —según las diferentes concepciones— de sujeto trascendental, de coherencia lógica, o de unidad de la experiencia.⁶⁰

En segundo lugar, hay que eliminar la distinción entre prácticas discursivas y no discursivas. Todo objeto se constituye como objeto de discurso. Frente al carácter mental del discurso hay que oponer su carácter material, en cuanto que éste no es un simple sistema de ideas sino también una práctica que atraviesa instituciones, ritos, etcétera (Gramsci). Con la eliminación de la oposición pensamiento/realidad se amplía el campo de las categorías que pueden dar cuenta de las relaciones sociales. Así: "Sinonimia, metonimia, metáfora, no son formas de pensamiento que aporten un sentido segundo a una literalidad primaria a través de la cual las relaciones sociales se constituirían, sino que son parte del terreno primario mismo de constitución de lo social".⁶¹

⁵⁹ E. Laclau y Ch. Mouffe, *op. cit.*, p. 119.

⁶⁰ *Cfr.* Foucault, M., *AS*, pp. 139-154.

⁶¹ E. Laclau y Ch. Mouffe, *op. cit.*, p. 126.

En tercer lugar, esta lógica diferencial y relacional del discurso no se impone como una totalidad sin limitación alguna, sino como una lógica relacional incompleta y penetrada por contingencias.

Con base en estas precisiones, los autores en mención afirman la imposibilidad de un concepto de sociedad como totalidad cerrada y autodefinida. Esto se debe a que la tensión irresoluble interioridad/exterioridad, es la condición de toda práctica social: "la necesidad sólo existe como limitación parcial del campo de la contingencia".⁶² Lo social, entonces, está constituido por un campo de identidades que nunca logran ser totalmente fijadas (Derrida, Deleuze).

Pero si la fijación completa de sentido es un imposible, la ausencia total de fijación también lo es; de aquí la posibilidad de una formulación definitiva del concepto que venimos tratando: "La práctica de la articulación consiste, por tanto, en la construcción de puntos nodales que fijen parcialmente el sentido".⁶³

4. *El espacio de la verdad*

Para terminar este análisis de las relaciones entre conocimiento y formación social, tendremos brevemente en cuenta dos teorías que aportan soluciones distintas a las previstas anteriormente y que merecen ser tenidas en cuenta debido a su gran influencia en la filosofía contemporánea.

La primera de estas teorías plantea el problema del conocimiento como una relación en la cual el sujeto ve la realidad que sus condiciones socioeconómicas le hacen ver. La verdad, de acuerdo con esto, se obtiene en un proceso de desaprendizaje, de toma de conciencia del carácter ideológico del pensamiento. Sólo el recurso al estudio de una amplia realidad puede permitir la adquisición de ideas depuradas de las deformaciones que imponen las relaciones de producción. El marxismo se presenta así como el depositario del viejo sueño realista según el cual las cosas pueden ser conocidas tal como ella son. Para poder acceder a este conocimiento, es necesario acudir a la economía y a la historia; las cuales se presentan, según esto, como saberes con un objeto no determinado, originario.

La ideología resulta de una práctica inscrita en el engranaje productivo de la sociedad; por eso, para la eliminación en esta visión trastocada de los hechos, no basta con la difusión de una explicación adecuada, es menester transformar la práctica misma, instaurar un nuevo orden de relaciones para lograr un nuevo orden de conciencia.

⁶² *Ibidem*, p. 127.

⁶³ *Ibidem*, p. 130.

Pero la visión de la realidad no se reduce a la instancia del sujeto; éste se encuentra sometido a un mecanismo de determinación que tiene su origen en su situación de clase. En estas circunstancias, los enunciados políticos, jurídicos, morales, etcétera, crean toda una realidad discursiva dominada por representaciones que toman por real aquello que es meramente simbólico. Detrás de estas representaciones subsiste una realidad literal, no simbólica. El mundo social se encuentra así doblado en dos partes: una de ellas, de segundo grado, ideológica y la otra real, no determinada, “en sí”.⁶⁴

En un principio el marxismo poseía pretensiones fundamentalmente críticas, enfocadas hacia el desmantelamiento de la ideología, hacia la denuncia de aquello que se toma por absoluto, hacia el desenmascaramiento de “verdades” que sólo responden a intereses de clase. Sin embargo, el vacío dejado por la caída de la ideología, una vez cumplida su pretensión inicial, representaba una tentación demasiado grande para no intentar construir, sobre estas ruinas, una nueva verdad. Desde luego, la idea de una razón que descubre la realidad-real, va más allá de la crítica; ella toma posición y posesión de una nueva representación simbólica. “Al tomar partido —dice Habermas— ella pretende a la misma objetividad que aquella que se le atribuye a la apariencia que ella critica”.⁶⁵

El esencialismo creado por Marx abre las puertas a una visión realista del conocimiento: la realidad no alienada se impone inexorablemente al sujeto. La teoría supone una independencia entre saber y poder tan radical, que la práctica termina por necesitar de un poder, para vigilar la permanencia de la teoría.

Una segunda escuela que tendremos en consideración, sostiene que el verdadero sentido de nuestros pensamientos —como el de nuestras instituciones— no se encuentra en su contenido manifiesto, sino en la transformación de unos deseos —a los cuales la conciencia no tiene acceso directo— en ese contenido manifiesto. De acuerdo con esto, Freud pretende dar el paso de “una forma de expresión perfectamente inteligible a otra cuya inteligibilidad no nos es posible sino a través, de un trabajo metódico. . .”.⁶⁶ El discurso, como los sueños, es entonces el resultado de un compromiso entre deseo y censura. Aquello que se ve y aquello que se dice, no guarda correspondencia con aquello que realmente queremos ver y decir.

Però esta condición deformada del discurso es algo inevitable: lo social sólo es posible en estas circunstancias de represión del deseo,

⁶⁴ Véase Kelsen, H., *Teoría comunista del Estado y del derecho*.

⁶⁵ Habermas, J., “Dogmatique, raison et decision: théorie et pratique dans une civilisation scientifiée”, en *Théorie et pratique*, t. II, p. 94. Citado por Ferry, J. L., *op. cit.*, p. 161.

⁶⁶ Freud, S., *Le rêve et son interprétation*, París, Gallimard, 1952, p. 37.

El motivo de la sociedad humana es, en última instancia, de naturaleza económica; no poseyendo suficientes medios de subsistencia para permitir a sus miembros vivir sin trabajar, se ve obligada a limitar el número de sus miembros y a desviar su energía de la actividad sexual hacia el trabajo.⁶⁷

El psicoanálisis se presenta también como una crítica de la verdad: el discurso traduce una realidad simbólica; el lenguaje resulta de unos datos pulsionales, demasiado crudos para ser comunicados, los cuales se deforman en representaciones, con base en las cuales se puede establecer un mercado lingüístico.

En el ámbito individual los actuantes no tienen acceso directo al sentido de su discurso o de sus prácticas; sólo la intervención de un tercero hace posible el descubrimiento del verdadero sentido escondido tras las palabras. Si se trasladan estas ideas al ámbito colectivo nos encontramos con un discurso institucional que esconde el sentido profundo y verdadero de las instituciones. P. Ricoeur y G. Gadamer, en acuerdo con esto, suponen que hay una continuidad entre el entendimiento ordinario y el nivel de inteligibilidad profunda que este entendimiento pretende velar; la hermenéutica emerge entonces como una práctica capaz de retirar este velo: “le comprendre —dice Gadamer— n'accède à sa possibilité authentique que si les préconceptions qu'il met en jeu ne sont pas arbitraires”;⁶⁸ sin embargo, está claro que esto supone la posibilidad de diferenciar aquellos prejuicios legítimos de los que no lo son, propósito éste que sólo se explica con base en la reconstrucción de un nuevo esencialismo; de un algo no-discursivo, a lo cual sólo algunos iluminados tienen acceso.⁶⁹

La idea de lo social-discursivo que hemos preconizado aquí a partir de lo dicho por Foucault y por Laclau y Mouffe, se aparta de los postulados marxistas y hermenéuticos; no establecemos una dicotomía entre un espacio de realidad no discursivo, que se presenta como realidad pura, no contaminada, y un espacio de realidad discursiva como expresión del pensamiento: lo propios del discurso es ser simbólico.

Es importante aclarar finalmente, que esta concepción no implica una renuncia a la crítica; más bien es lo contrario: al denunciar la imposible correspondencia entre representación subjetiva y ser “en sí”, al reconocer la interminable autocreación de lo social,⁷⁰ toda pretensión a la universalidad del discurso se presenta como injustificada.⁷¹ La imposible

⁶⁷ Freud, S., *Introduction à la psychanalyse*, Paris, Payot, 1947, p. 335.

⁶⁸ Gadamer, G., *Vérité et méthode*, Paris, Seuil, 1976, p. 5.

⁶⁹ Habermas, *Connaissance et intérêt*, Paris, Galimard, 1976 (la tercera parte); Ost, F. y M. van Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruselas, Fac. St. Louis, 1987, en especial la segunda parte, III y la cuarta parte, UII.

⁷⁰ Touraine, A., *Production de la société*, Paris, Seuil, 1973, en especial el concepto de historicidad.

⁷¹ Ver el artículo de Ewald, F., “Droit: système et stratégie”, *Le Débat*, p. 65.

búsqueda de un punto de apoyo exterior a la representación —explica Haarscher— incita a la tentación, desde el seno de lo representado, de postular un elemento constituyente que se constituye a sí mismo.⁷² De la misma manera el refugio de la tendencia opuesta, que consiste en el descubrimiento de un espacio no contaminado por los vicios de la razón, parece igualmente arbitrario. No existe ni pureza antirracionalista, ni pacificación posible a partir de la razón, dice Derrida;⁷³ hay que luchar —dice Haarscher— a la vez por el dismantelamiento de las construcciones “onto-teológicas” de la razón y por el desencantamiento de alternativas irracionistas edificantes (locura, arte, Dios).⁷⁴ En otras palabras: la seguridad en la pérdida de la verdad no asegura lo absoluto de la pérdida. De cierta manera Lutero tenía razón al decir que el hombre, a pesar de estar infinitamente alejado de la Verdad, vive en un mundo que no se puede concebir sin razón y sin verdad.

Este espacio limitado dentro de lo absurdo, lo perverso, lo injusto, es un espacio en donde la discusión —limitada— es posible; es verdad que no existe justificación para la violencia inherente a lo racional; sin embargo, existe una racionalidad de la violencia que permite la justificación: la crítica.

SEGUNDA PARTE

DERECHO Y SOCIEDAD

La variedad de significados que se atribuyen al término derecho, exige una delimitación metodológica de este concepto. No se trata de un problema meramente lingüístico que se plantea por la pertinencia de una u otra palabra con relación a un mismo objeto, como cuando se discute, por ejemplo, si el toreo es un arte o un deporte;⁷⁵ la dificultad a la que nos enfrentamos es más bien de orden epistemológico, pues ella consiste en delimitar varios órdenes de cosas, independientemente del término que esta delimitación conlleve.⁷⁶ El derecho, por su importancia y com-

⁷² Haarscher, *op. cit.*, p. 157.

⁷³ Derrida, *La dissémination*, Paris, Seuil, 1972, pp. 199-321, citado por Haarscher, *op. cit.*, p. 161. Lyotard, J. F. dice: "...i est certain que l'aspect angagier prend une nouvelle importance, qu'il serait superficiel de réduire à l'alternative traditionnelle de la parole manipulatrice ou de la transmission unilatérale de message d'un côté, ou bien de la libre expression ou du dialogue de l'autre", *op. cit.*, p. 32.

⁷⁴ Haarscher, *op. cit.*, p. 161.

⁷⁵ Una ilustración de la diferencia entre problema teórico y problema empírico puede verse en Dworkin, R., "La théorie du droit comme interprétation", en *Droit et Société*, núm. 4, pp. 83 y ss.

⁷⁶ La investigación debe partir de lo definido hacia la definición y no a la inversa, dice Popper, K., para mostrar el carácter aleatorio de las definiciones, en *La sociedad abierta y sus enemigos*, Buenos Aires, Paidós, 1982.

plejidad, puede ser percibido de distintas maneras, sin que ello exija una base única y permanente de referencia: las implicaciones sociales del derecho, por lo general, hacen caso omiso de las consideraciones técnicas o dogmáticas que interesan a los miembros de la comunidad jurídica; una cosa es la estructura interna de las normas y otra cosa es la función social que éstas cumplen; desde luego, esto no impide que se establezcan relaciones importantes entre estos dos órdenes: se puede demostrar, por ejemplo, que en un sistema como el colombiano, los propósitos sociales que se impone el derecho, determinan la adopción de unas ideas sobre su estructura que se adecuan mejor al cumplimiento de esta función; si el derecho público colombiano se caracteriza por su formalismo, ello no se debe a una simple preferencia intelectual de la doctrina jurídica del país, sino a una exigencia funcional que intenta dar explicación y coherencia al derecho tal cual existe. En síntesis, estructura y funcionamiento del derecho pueden ser objeto de estudios independientes o dependientes, según se adopte una posición epistemológica que tome por objeto la incidencia social del derecho o la configuración interna de las normas.

En un primer apartado, intentaremos delimitar estos dos puntos de vista; en seguida estudiaremos el punto de vista interno del derecho tomando como referencia algunas apreciaciones aportadas por la teoría de sistemas; finalmente propondremos unas bases teóricas para el análisis de las funciones del derecho colombiano, a partir de criterios fácticos de existencia del derecho.

El estudio de estos tres puntos deberá dotarnos del material teórico adecuado para estudiar, empíricamente, el papel que las normas jurídicas cumplen en la sociedad colombiana. Las nociones de sociedad como realidad discursiva, de poder simbólico del lenguaje y capacidad articuladora de conflictos, nos permitirán avanzar sobre el estudio del alcance del derecho, entendido como un discurso con poder de creación social.

I. ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DEL DERECHO

1. *Punto de vista interno y punto de vista externo*

De acuerdo con lo dicho por H. L. Hart, la idea de derecho como órdenes coercitivos del soberano,⁷⁷ proviene de la perspectiva de un observador externo, que simplemente constata la correspondencia entre lo prescrito por las normas y el comportamiento de los individuos. Dicha correspondencia puede indicar que los individuos actúan en seguimiento de las normas, pero ello no siempre tiene que ser de esta manera; lo es

⁷⁷ Hart, H. L., *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, pp. 26-43.

tablecido por las normas puede estar en una relación de coincidencia y no de dependencia con una realidad; en este caso tales normas serían irrelevantes. Sólo cuando la explicación del derecho proviene de un punto de vista interno, éste puede entenderse como un conjunto de reglas y no simplemente de regularidades. La vida es una sociedad regida por el derecho, es una vida en donde las reglas dan la principal explicación de esta sociedad. Esto no excluye el hecho de que algunos individuos vean en las reglas sólo un nuevo signo de castigo; Hart se explica con estas palabras:

At any given moment the life of any society which lives by rules, legal or not, is likely to consist in a tension between those who, on the one hand, accept and voluntarily cooperate in maintaining the rules, and so see their own and other persons behaviour in the terms of the rules, and those, on the other hand reject the view as a sign of possible punishment. One of the difficulties facing any legal theory anxious to do justice to the complexity of the facts is to remember the presence of both these points of view and not to define one of them out of existence.⁷⁸

Según esto, existe una diferencia, considerada como esencial a la hora de definir el concepto de regla de derecho, entre aquellos que se comportan de acuerdo con lo prescrito porque lo aceptan como la fuente de una obligación, y aquellos que se comportan de acuerdo con lo prescrito, por razones diferentes a la aceptación de la regla. En este último caso el comportamiento conforme a la regla es el resultado de un cálculo de intereses concurrentes; como dice Max Weber: “los agentes sociales obedecen a la regla cuando el interés por su obediencia es mayor que el interés por su desobediencia”.⁷⁹ En cambio, el primer caso representa una situación en la cual lo ordenado por la regla, constituye una razón independiente de la acción del sujeto.⁸⁰

Las instituciones sociales se enfrentan a este tipo de ambivalencia: por un lado, ellas pueden ser consideradas como la fuente de unas regularidades de comportamiento que se explican por los intereses puestos en juego a partir de ciertas reglas; por otro lado, estas regularidades pueden ser el fruto directo de reglas aceptadas como obligatorias. Esta doble consideración se traduce en la práctica en dos tipos de disposición psicológica frente a las instituciones: para la primera de ellas, la regla constituye un factor motivacional independiente que explica por sí mismo la acción; para la segunda, el comportamiento acorde con la conducta prescrita, se explica por el resultado de un cálculo en el que los efectos previstos por

⁷⁸ *Ibidem*, p. 88.

⁷⁹ Citado por Bourdieu, P., “La communication”, en *Choses Dites*, *op. cit.*, p. 94.

⁸⁰ Kliemt, H., *Las instituciones morales*, Barcelona, Alfa, pp. 186-197.

la regla se enfrentan con los intereses en un marco de apreciación táctica; la primera disposición deriva de una perspectiva interna, la segunda de una externa.

Las distintas formas posibles de cumplir con lo prescrito por el derecho no son irrelevantes en cuanto a la existencia del derecho mismo: el punto de vista interno y el punto de vista externo, más que poseer un valor taxonómico independiente, sirven para dar cuenta de una realidad determinante. Para aclarar el sentido de esta diferenciación, empezaremos por excluir algunas situaciones semejantes.

1. El punto de vista interno o externo no se confunde necesariamente con la ubicación, dentro o fuera del sistema de normas.⁸¹ Así como es posible que alguien adopte una actitud externa, a pesar de encontrarse dentro del ordenamiento, también es posible que, desde fuera, alguien adopte una perspectiva íntera.

2. Tampoco es correcto confundir el punto de vista interno con una postura valorativa, o de deber ser, y el punto de vista externo con una disposición descriptiva; diferentes maneras de encarar las normas son posibles: la primera de ellas puede ser puramente descriptiva; en este caso —como ha sido señalado por Ost y Van de Kerchove— se lleva a cabo una ruptura epistemológica con relación al discurso jurídico interno. Dicha descripción puede limitarse a la constatación empírica de regularidades (punto de vista radicalmente externo) o puede además incluir la descripción del significado de aceptación de las normas, como un elemento significativo en el cumplimiento de tales normas (punto de vista simplemente externo).⁸²

Una segunda posibilidad se presenta cuando se adopta una actitud crítica frente a las normas, de tal manera que estas no son estudiadas de acuerdo con lo que son, sino de acuerdo con un deber ser ideal; en este caso se presenta una ruptura axiológica con el sistema en cuestión, que puede dar lugar a una visión externa, si se trata de un deber ser ajeno al sistema, o interna si la intención es la de postular una versión mejorada de unas normas con base en unos valores previstos por el ordenamiento.

3. El punto de vista interno no necesariamente conlleva un juicio favorable sobre la legitimidad: la aceptación de una norma no se reduce a la mera observación de lo prescrito; este concepto de aceptación se refiere a una cierta representación psicológica que un individuo se hace de la norma y que lo lleva a ver en ella una razón para comportarse en el sentido allí previsto; pero esta representación mental determinante es algo independiente del juicio crítico que alguien se forma sobre la bon-

⁸¹ Ost, F. y Van Kerchove, M., *op. cit.*, pp. 25-47.

⁸² *Ibidem*, pp. 30-31.

dad de una norma. Se trata de dos conceptos diferentes: lo uno tiene que ver con la imagen interna y por lo tanto independiente de un criterio ideal de deber ser, de un sujeto que ve en la norma la fuente de una obligación que acepta; lo otro presupone unos valores para cuyo asentimiento hay que trascender el ámbito del sistema. En cuanto al asentimiento moral, el aceptante va más allá que el observante, al considerar que tiene una obligación que proviene de la norma y no simplemente que se siente obligado por ella;⁸³ pero al mismo tiempo, el aceptante no va tan lejos como aquel que cumple la norma porque la considera axiológicamente justa.⁸⁴ Esta diferencia ha sido apreciada por Bobbio cuando dice: "Questo atteggiamento di accettazione é da un lato, qualcosa di piu che la mera conformita ad una norma o ad un sistema di norme, é, dell'altro lato qualcosa di meno che l'approvazione (morale) di una norma o di un sistema".⁸⁵

La aceptación del sistema (interna) no necesariamente implica la aceptación de todas sus normas: con frecuencia ocurre que el destinatario de una de ellas, sin romper con el sistema, considera, con base en su racionalidad interna, que una determinada norma no es válida, o posee un alcance diferente al previsto por aquellos que la crearon. Sin embargo, la fórmula contraria no es cierta: la aceptación de una norma supone la aceptación del sistema; se puede negar la vinculación entre una parte y el todo, pero no se puede negar el todo y aceptar una parte.

El punto de vista interno se aprecia claramente cuando se observa la representación que los jueces poseen de las normas del ordenamiento al cual están ligados. El juez se encuentra en una situación especial con relación a los demás destinatarios de las normas jurídicas; ello se debe, de un lado, al carácter profesional que posee su consideración, y por otro, a la motivación de sus decisiones, la cual hace explícita su representación psicológica de las normas. La función que ejerce excluye una práctica interpretativa basada en una visión externa: por un lado, la ruptura axiológica condenaría la compatibilidad de su ejercicio profesional con los fines del sistema, y por otro lado, la aplicación de normas sin la consabida aceptación, constituiría una incoherencia que no puede ser sino circunstancial.

El acatamiento de las normas por parte de los ciudadanos muestra una gama de posibilidades más amplia; varias razones pueden explicar

⁸³ Ver la diferencia planteada por Hart entre "tener una obligación" y "sentirse obligado", *op. cit.*, p. 80.

⁸⁴ Ver Mac Cormick, "H. L. Hart jurist profies", en *Legal Theory*, London, E. Arnold, 1981. Aquí se explica la diferencia entre un sentido fuerte y otro débil del concepto de aceptación.

⁸⁵ Bobbio, N., "Considerazioni in margine", *Rivista di Fiosofia*, 1986, pp. 235 y ss.

el comportamiento de los destinatarios: éstas pueden ir desde una adhesión moral a los valores consagrados en las normas, hasta una decisión prudencial.

De acuerdo con esto, podemos identificar tres tipos ideales⁸⁶ con relación a la observación de las normas:

El primero de ellos lo componen aquellas personas que consideran su conducta como algo profundamente ligado por el valor prescrito en la regla. En este caso, la existencia de la norma es meramente contingente en cuanto a la determinación de la conducta del sujeto en cuestión; la norma está superpuesta innecesariamente a un valor que de por sí posee fuerza obligante; norma y conducta se encuentran aquí en una relación de coincidencia y no de determinación. Un ejemplo que puede ilustrar esta situación se encuentra en la actitud emprendida por ciertas comunidades puritanas en los Estados Unidos, las cuales desconocen la autoridad del derecho positivo pero nunca lo incumplen, pues sus propias reglas superan en exigencias a las jurídicas.

En segundo lugar se encuentran aquellos que aceptan las reglas como razones para comportarse en acuerdo con lo prescrito por ellas. Esta es la situación descrita por Hart como punto de vista interno: el destinatario antes que “sentirse obligado”, cree “tener una obligación” proveniente de la norma; su comportamiento obediente no se explica, ni por el valor prescrito con independencia de la norma, ni por los efectos desagradables de su inobservancia. Una ilustración de esta actitud podría encontrarse en la persona que detiene su auto frente a un semáforo en rojo situado en una esquina desierta, en el evento de tener la seguridad de la eficacia de una sanción e incluso en el caso de no estar de acuerdo con el valor de la norma, por considerar, por ejemplo, que dicho semáforo se encuentra localizado en un sitio innecesario. En síntesis, el valor que crea la representación psicológica de obligatoriedad es el que resulta de la validez de la norma de tránsito, más que el de su contenido axiológico.

En tercer lugar, tenemos aquellos individuos que cumplen las normas luego de una evaluación estratégica, en la cual estas son consideradas como obstáculos que deben ser superados para el logro de ciertos propósitos; el cumplimiento no se obtiene por la representación de obligatoriedad transmitida por la norma, sino por el deseo de evitar la incidencia desagradable de sus efectos; su racionalidad es claramente ins-

⁸⁶ Para una explicación de la noción de “tipo ideal”: Max Weber, *Essais sur la théorie de la science*, trad. J. Freud, Paris, 1896, pp. 32-76.

trumental: ⁸⁷ ni el *valor en* la norma (moral ni el *valor de* la norma (validez) sino el *valor fuera* de la norma, explican su conducta.

2. Justicia, validez y eficacia del derecho

El derecho, como cualquier saber, crea su propio espacio de racionalidad; allí se establecen los criterios de lo que puede ser y de lo que no puede ser jurídico. Así, las condiciones de lo posible en el derecho, dependen de lo posible mismo, sin que por ello se plantee, dentro de una comunidad jurídica, el problema de la justificación de esta circularidad. Cuando alguien pone en tela de juicio las bases de esta racionalidad, se aparta lógicamente de las reglas de juego de la comunidad jurídica que crítica. En otras palabras: la crítica de una norma puede tener lugar como imposibilidad con relación a unos criterios definidos por el sistema al cual pertenece o como imposibilidad con relación a criterios exteriores al sistema; en el primer caso nos encontramos frente a un marco de racionalidad, en el cual los elementos se establecen con base en criterios que diferencian aquello que es válido de aquello que no lo es; en el segundo caso el marco de referencia racional puede definir elementos que diferencian lo bueno de lo malo, o lo verdadero de lo falso. El punto de vista interno (primer caso) conlleva un saber, que hace posible la comunicación y el entendimiento entre los miembros de una comunidad regida por las mismas normas. Este saber, que está compuesto no solamente por normas, sino también por principios, costumbres, criterios; se conoce con el nombre de dogmática; ello se debe a que sus postulados no se discuten, se aceptan como las reglas de un juego que quiere ser jugado; ⁸⁸ única discusión posible, desde este punto de vista, emana de la relación entre reglas y entre reglas y hechos, como presupuestos para la aplicación de las reglas válidas.

La comparación con el juego puede ser útil: sus reglas pueden dar lugar, por una parte, a cuestiones técnicas relativas a la aplicación, y por la otra ellas pueden suscitar debates sobre la pertinencia de sus

⁸⁷ Véase Haarscher, *op. cit.*, las explicaciones a propósito de este tipo de razón en Hobbes, Maquiavelo. Igualmente en Habermas, *Raison et légitimité*, París, Payot, 1973. Igualmente Horkheimer y W. Adorno, *La dialectique de la raison*, París, Gallimard, 1974. También, Lyotard, F. J., *op. cit.*, el capítulo sobre la búsqueda de la legitimación por medio de la performatividad; allí se lee: "L'administration de la preuve, qui n'est en principe qu'une d'une argumentation elle-même destinée à obtenir l'assentiment des destinataires du message scientifique, passe ainsi sous le contrôle d'un autre jeu de langage, où l'enjeu n'est pas la vérité, mais la performativité, c'est-à-dire le meilleur rapport input/output", pp. 75-76.

⁸⁸ Para una idea de las normas jurídicas entendidas como reglas de un juego, véase Ost, F., "Entre ordre et désordre, le jeu dudoit: discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit", *APDD*, 1986; Robles, G., "Tres tipos de reglas en el derecho", en *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, México, UNAM, 1987.

valores. Así por ejemplo, en el fútbol, la regla del “fuera de lugar” puede ser objeto de aplicación por parte de un árbitro, o puede también dar pie a un debate sobre su importancia, o incluso puede servir como base para constatar, con la ayuda de imágenes de televisión, por ejemplo, los errores de apreciación por parte de los árbitros dentro de un determinado contexto. Dicho brevemente, la regla del fuera de lugar en el fútbol puede interesar desde tres perspectivas distintas: como una regla aceptada por la Federación Internacional de Fútbol y por lo tanto válida; como una regla adecuada para el buen desarrollo del juego y finalmente como una regla aplicada por los árbitros.

Alguien puede encontrar buenas razones para incluir los dos últimos puntos de vista dentro de las condiciones de existencia del primero: así, la pérdida de la pertinencia de las normas puede no sólo afectar el interés de los espectadores, sino también la razón de ser del juego mismo: esto podría presentarse eventualmente si los equipos perfeccionaran a tal punto su sistema defensivo que hicieran imposible la realización de un tanto; se plantearía entonces la necesidad de cambiar algunas reglas que favorecen el sistema defensivo —como es el caso del fuera de lugar— con objeto de recuperar la posibilidad del gol. Con relación a la sanción, se puede ver claramente que en la situación hipotética de una ineficacia total del reglamento, el juego no sería posible y por lo tanto las reglas serían inexistentes a pesar de su validez. En resumen: un mínimo de aceptación del valor, así como un mínimo de eficacia de las normas, son condiciones indispensables para poder hablar de validez.

Estas tres facetas de lo jurídico: valor, aplicación y legalidad, han servido de base para que algunos autores extiendan el concepto de validez a estas tres áreas:⁸⁹ validez axiológica, validez empírica y validez formal. De esta manera, la sociología, la axiología y el derecho unen sus centros de interés: empírico, axiológico y jurídico, en una visión omnicomprendensiva de la norma. Esta idea permite a Ost y Van Kerchove, la elaboración de una lista de casos posibles, de acuerdo con la ubicación de puntos diferentes situados en los espacios formados por la unión de tres círculos secantes en representación de los tres temas: efectividad, legalidad, legitimidad. Así, la norma 1 será aquella que se localiza en el lugar común a los tres círculos; ella gozaría, según esto, de efectividad, legalidad y legitimidad; la norma 8, por fuera de los tres círcu-

⁸⁹ Por ejemplo Bobbio, N., *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, 1956, pp. 35 y ss. Sobre el principio de legitilidad en F. Torres, *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, 1980, pp. 307 y ss.; Ost, F. y Van Kerchove, M., *op. cit.*, pp. 270 y ss.; Ost, F., “Les multiples temps du droit”, en F. Terré et al., *Le droit et le futur*, París, 1985, pp. 115 y ss.

los, no posee ninguna de estas tres características; las normas 2, 3, 4, obtienen dos de tres círculos y las normas 5, 6, 7, uno solamente.

No obstante su valor descriptivo, este tipo de ejercicio taxonómico puede inducirnos a perder de vista la especificidad fáctica de los tres temas en cuestión; hay que hacer la distinción siguiente: Desde una perspectiva ideal, las tres facetas de validez son interdependientes: es verdad que la validez nunca es perfecta en una norma mientras se falte a uno de estos criterios. Otra manera de ver las cosas —sin duda menos preocupada por una teoría del derecho que por un análisis empírico— consiste en constatar el hecho de que la interdependencia no se da por igual entre los tres conceptos: la legalidad está íntimamente ligada con el poder; ella surge casi de una manera concomitante con este. La circunstancia de que lo legal se define desde el poder eficaz, pone estos dos elementos en unión allí donde se establece un régimen eficaz.

El problema de la efectividad del poder o de la eficacia del derecho —independientemente de las dificultades que represente un patrón de medida— es algo que generalmente obtiene una respuesta en torno a la cual se logra consenso; desde luego, esta respuesta no dice nada sobre la estabilidad del régimen, ni menos aún sobre su legitimidad. En este último caso hay que hacer la diferencia entre lo empírico y lo ético; en el primer caso nos limitamos a constatar el hecho de que un poder obtenga asentimiento dentro de su población, con independencia de la moralidad de los medios utilizados o del contenido moral de este asentimiento; “Los grupos sociales —dice Martín Lipset— consideran a un sistema político legítimo o ilegítimo de acuerdo con la medida en que sus valores coincidan con los de aquellos”.⁹⁰ Desde un punto de vista ético, el problema se plantea como una posibilidad crítica del poder a partir de unos valores objetivos.

Digamos para finalizar, que la división tripartita de la norma puede ser útil para la elucidación de problemas estructurales del derecho. La división que aquí planteamos entre, de un lado, aquellos problemas que se refieren a la eficacia y a la validez —o si se quiere a la legalidad y a la efectividad— definidos concomitantemente por un poder victorioso, y por otro lado aquellos problemas que resultan de la justicia —legitimidad— parece ajustarse mejor al análisis funcional —sociológico— que nos proponemos en este estudio.

⁹⁰ Lipset, S. M., “Sommes social requisites of Democracy: economic development and political legitimacy”, *American Political Science Review*, núm. 53.

3. *La función del derecho*

La complementariedad de lo externo y lo interno en el sistema jurídico, puede apreciarse claramente a partir de la diferencia entre fin y estructura del derecho: la famosa afirmación de Kelsen, según la cual la especificidad de lo jurídico no deriva de los fines que persigue, sino de la manera como sirve a estos fines, marca bien la separación entre una visión del derecho centrada sobre su estructura y otra preocupada por sus fines. Como se sabe, para el formalismo jurídico, estas dos posturas han representado dos concepciones contrapuesta y no simplemente dos puntos de vista. Sin embargo, el tiempo ha menguado los ánimos que mantenían esta polémica y hoy en día se acepta una correspondencia entre análisis estructural del derecho y punto de vista jurídico y análisis funcional del derecho y punto de vista sociológico. En esta nueva actitud puede apreciarse una reacción contra las pretensiones restrictivas de lo jurídico preconizadas por el formalismo; la sociología del derecho actual, no sólo se interesa por la incidencia del cuerpo social en el derecho,⁹¹ sino que pretende, además, contribuir, con su visión funcional, a una mejor comprensión de la racionalidad y de la estructura de lo jurídico.

Este resurgimiento de la sociología jurídica no es meramente fortuito: el derecho como práctica, ha sufrido transformaciones con incidencia en la teoría. La más notable de éstas consiste en la pérdida de la capacidad unificadora de la legislación y en la consecuente incertidumbre en beneficio del fortalecimiento del trabajo judicial; este traslado de la importancia, de la ley a la decisión judicial, se debe principalmente al hecho de que la preocupación por la previsión anticipada de comportamientos posibles ha ido perdiendo valor frente a la preocupación por la satisfacción de las exigencias de la realidad social. En otras palabras: la necesidad de la justicia, en una sociedad cada vez más compleja y menos dispuesta a la generalización,⁹² ha ido ganando terreno a la tradicional necesidad de seguridad jurídica.⁹³

En estas nuevas condiciones, el sistema jurídico no puede ser concebido como una unidad cerrada. Si aceptamos —volveremos luego sobre esto—

⁹¹ Esta era la visión de la sociología jurídica de principios de siglo. Así por ejemplo Gurvitch (1895-1965), *La idea del derecho social*, París, 1932; Renard (1876-1943), *La théorie de l'institution*, 1930; Romano, S. (1857-1943), *L'ordre juridique*, 1946. Para una visión actual de la sociología jurídica, ver: Bergel, J. L., *Théorie générale du droit*, París, Dalloz, 1985, pp. 173-183; igualmente: Díaz, E., *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1971. También: Treves, R., *Nuovi sviluppi di sociologia del diritto*, Milán, Comunità, 1968.

⁹² Cfr. Ewald, F., *L'État providence*, París, Grasset, 1986; también, "Le droit du droit", *APDD*, 1986, en especial pp. 252 y ss.

⁹³ Ver más adelante el apartado: "La dogmática".

que la justicia es una demanda que proviene del exterior del sistema jurídico y que la tendencia se dirige hacia el acatamiento de estas demandas (Luhman N.), entonces debemos concluir que nos encontramos frente a una transformación que consiste en el aumento de los canales de comunicación entre subsistema jurídico y sistema social, todo ello en detrimento de una seguridad jurídica que se manifiesta en forma de crisis de la ley.⁹⁴ En estas circunstancias, la sociología puede proporcionar el análisis empírico necesario para comprender mejor las relaciones entre sociedad y derecho, estudiando la especificidad de las funciones que este último cumple como parte de un sistema.

Esto explica la importancia actual del tema de las funciones del derecho.⁹⁵ La polémica ha dejado de lado el problema —más lingüístico que otra cosa— de saber si la definición del derecho incluía la alusión a sus fines o no, para ocuparse preferentemente por la descripción de los hechos.⁹⁶

En este ámbito, la teoría funcionalista del derecho ha tenido gran importancia;⁹⁷ ella desatiende el estudio tradicional de conceptos dogmáticos, para ocuparse de las relaciones entre derecho y sociedad. Para tal efecto se parte de una analogía con lo biológico: así, una parte de un órgano cumple una función cuando realiza una prestación continuada para la conservación y desarrollo del todo orgánico.⁹⁸ De acuerdo con esto, el derecho posee una función esencial, en cuanto que es el instrumento de conservación por excelencia.⁹⁹

Estas consideraciones generales no deben dejar pasar por alto las discrepancias relativas a los fines del derecho. De acuerdo con la clásica división en ciencias sociales, entre aquellos que dan prioridad a la cohesión, a lo permanente y aquellos que privilegian la dispersión, en el derecho se presenta la oposición entre un funcionalismo que pone el acento en el tema de la conservación social y otro que se preocupa esencialmente del cambio social.¹⁰⁰ La primera tendencia¹⁰¹ intenta solamente describir el papel del derecho como mecanismo de diferenciación social; la segunda, considera que el derecho “[...] tiene como

⁹⁴ Terre, F., “La crise de la loi”, *APDD*, núm. 25, 1980.

⁹⁵ Ver Bobbio, N., *El análisis funcional del derecho: tendencias y problemas*, *op. cit.*, pp. 263 y ss.

⁹⁶ Cfr. Calsamiglia, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, 1986, cap. I, pp. 47-72.

⁹⁷ Al respecto: *La teoria funzionale del diritto*, Milano, Unicopli, 1983.

⁹⁸ Ver: Maturana, H. y Varela, F., *Autopoesis and Cognition. The Realization of the Living*, D. Reidel Dordrecht-Boston-London, 1980.

⁹⁹ Ver Parsons, T., “Sistema giuridico e controllo sociale”, *Teoria funzionale del diritto*, *op. cit.*, p. 85; en la misma obra: “La prospettiva sociologica della professione legale”, trad. Alberto Giasanti, pp. 103 y ss.

¹⁰⁰ Ver: Bobbio, N., *Stato, Governo e società*, Torino, Einaudi, 1985, pp. 48-50.

¹⁰¹ Ver: Parsons, *op. cit.*

función el mantenimiento del modo de producción que conviene a la clase dirigente".¹⁰²

No obstante esta oposición pueden señalarse semejanzas importantes entre ambas teorías;¹⁰³ en efecto, si partimos del derecho como un instrumento para la regulación de los conflictos la dificultad entre ambas posiciones se presenta en relación con la visión ideológica del conflicto que cada una presupone: para los herederos del marxismo, el conflicto es algo positivo y por lo tanto el derecho como negación de tal conflicto, aparece como algo retardatario, condenable; en el caso de Parson y sus seguidores, los conflictos ejercen una tendencia hacia la desintegración y por lo tanto el derecho, como oposición a aquello que se opone al sistema social, es algo positivo. Pero esto no parece impedir un acuerdo sobre el derecho entendido como instrumento de cohesión social, independientemente del valor que se atribuya a esta cohesión. Con base en esto Renner sostiene que el "derecho es socialmente neutral en cuanto al funcionamiento pero no lo es en cuanto a la función".¹⁰⁴

N. Bobbio parece estar de acuerdo con esto cuando establece la diferencia entre funcionalismo y análisis funcional. El primero es indiferente frente al carácter negativo o positivo de la función, mientras que el segundo se interesa por esta diferencia; "...la respuesta a la pregunta sobre la positividad de la función del derecho puede ser totalmente distinta si nos ponemos en el punto de vista no de la conservación sino del cambio, o incluso del cambio radical o revolucionario, que es el punto de vista de toda teoría crítica de la sociedad".¹⁰⁵ Desde la perspectiva de su funcionamiento, el derecho —como la biología— cumple una función que no es susceptible de valoración; el derecho como función, en cambio, plantea el problema de la conveniencia; de esta manera se llega a la distinción entre funcionamiento o disfuncionamiento y función conveniente o inconveniente. Si relacionamos esta distinción con lo dicho anteriormente sobre el punto de vista interno y punto de vista externo, obtenemos cuatro áreas de investigación diferentes: funcionamiento interno/externo, y función interna/externa.

4. *La transformación social*

La diferencia entre funcionalismo y función no despeja todos los interrogantes que se derivan del problema del cambio social. Una teoría

¹⁰² Lukic, R., *Théorie de l'État du droit*, París, Dalloz, 1974, p. 89.

¹⁰³ Véase Pocar, V., "Il diritto e la trasformazione sociale nella prospettiva funzionale", *La teoria funzionale del diritto*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

¹⁰⁴ Citado por Pocar, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁵ Bobbio. *El análisis funcional del derecho...*, *op. cit.*, p. 272.

funcionalista explica el derecho como un subsistema que cumple la tarea de diferenciar lo social diferenciándose a sí mismo. Según esto, plantearse el cambio social subestimando uno de los dos términos de la relación derecho/sociedad, puede conducir a confusiones; es tan inconducente la idea de que con el derecho se puede transformar la sociedad, como la idea de que el derecho nada cambia; lo que generalmente sucede es que el cambio se presenta como una necesidad social que el derecho satisface con el propósito estratégico de convertirlo en una adaptación, en una reforma.¹⁰⁶

El derecho defiende un tipo de sociedad; su función consiste en articular lo social (Laclau y Mouffe) por medio de la instauración de un lenguaje que pone en ejercicio unos valores dominantes; poco importa en esta perspectiva si para lograr este fin, el derecho propone la conservación o el cambio (el cambio puede ser la mejor estrategia para el mantenimiento de unos intereses). En síntesis: una teoría funcionalista estudia el derecho como mecanismo que contribuye a la formación de una cierta identidad social, de una articulación. El dualismo conservación/innovación depende de la manifestación estratégica de la función y no del problema axiológico de la mejoría o del progreso.

Desde un punto de vista funcionalista, el derecho tiene por objeto la atenuación de los conflictos sociales y no simplemente la represión de las desviaciones. En este sentido, el conflicto se presenta como algo que debe ser articulado. El conflicto conlleva una amenaza contra la integridad del sistema. El contenido de las normas no se explica entonces, ni como el mero reflejo de la realidad social (Savigny) ni como el producto de un sujeto racional que concibe y determina una sociedad mejor (Bentham). Repitémoslo una vez más: las normas articulan una realidad social; ellas son el resultado de una síntesis entre racionalidad jurídica (saber) y realidad (intereses). “Esta articulación —dice V. Pocar— será más fácil de lograr, cuanto mayor sea la congruencia entre el sistema normativo jurídico y los otros subsistemas y entre estos y el sistema central”.¹⁰⁷

5. *El pluralismo normativo*

Una adecuada comprensión de las funciones del derecho exige una explicación correcta del ámbito de influencia jurídico; de su alcance. En una sociedad primitiva las reglas primarias (Hart H. L.) poseen un extenso campo de aplicación; ellas regulan comportamientos morales,

¹⁰⁶ Pocar, *op. cit.*

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 25.

culturales, políticos, etcétera. En una sociedad avanzada las normas jurídicas adquieren una especialización formal y material que restringe el espectro de conductas reguladas con relación a la situación primitiva. En el Estado moderno se presenta una discusión sobre el tipo de conductas que debe ser objeto de control por parte del derecho. Las opiniones se dividen entre dos extremos: unos consideran que el legislador debe limitarse a prescribir el menor número de comportamientos posibles de acuerdo con una concepción del Estado mínimo; otros, en cambio, piensan que la libertad no crea condiciones favorables para la realización de la justicia y que por lo tanto el Estado debe intervenir en la distribución de bienes para corregir las desigualdades sociales. La fuerza de los hechos ha terminado por imponer esta segunda concepción el crecimiento del Estado parece hoy algo imprescindible; el logro de sus propósitos no podría llevarse a buen término sin su fortalecimiento.

Sin embargo, el crecimiento del Estado no necesariamente implica un crecimiento del poder regulador del derecho; éste sería el caso si la sociedad hubiese permanecido como un órgano inalterado; pero lo social ha adquirido también una gran complejidad, de tal manera que las formas de regulación se han multiplicado; lo jurídico compite con otras normas en la regulación del comportamiento humano. Santi Romano explicaba esto diciendo que: "La llamada crisis del Estado moderno implica precisamente la tendencia de una serie grandísima de grupos sociales a constituirse cada uno en un círculo jurídico independiente".¹⁰⁸ Si bien es cierto que el derecho ha ampliado su campo de acción, también lo es que la sociedad ha multiplicado los campos de regulación posible.¹⁰⁹

Pero quizás lo más característico del derecho contemporáneo provenga de sus relaciones con el ámbito social. La doctrina democrática clásica había previsto la posibilidad de un contrato entre ciudadanos y gobernante para establecer las bases de la convivencia; lo social era entonces percibido como un órgano compuesto de elementos homogéneos; entre éstos y el poder se establecía una distancia suficientemente amplia para hacer posible la imposición de la voluntad popular. Sin embargo, esta concepción ha dejado de tener valor: la sociedad actual no es el compuesto de individuos dispersos frente a un poder invulnerable; ella es el resultado de una mezcla heterogénea de individuos, y sobre todo

¹⁰⁸ Romano, S., *L'ordre juridique*, citado por Bobbio en "Teoría e ideología en la doctrina de Santi Romano", *Contribución a la teoría del derecho*, op. cit., pp. 155 y ss.

¹⁰⁹ Esto ha hecho que algunos autores empiecen a hablar de regreso al feudalismo: así por ejemplo: Morgenthau, J., "The new Feudalism", en H. S. Kariel (edit.): *The Political Order*, Nueva York, 1970. Allí se lee: "La competencia económica se manifiesta inevitablemente en la competencia por la influencia política", p. 321. Ver igualmente Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, Torino, Einaudi, 1984, p. 129.

instituciones que se ubican en el espacio intermedio entre el poder y los súbditos: partidos políticos, sindicatos, grupos económicos, medios de comunicación, etcétera; cada uno con sus propios intereses, coexisten con el Estado en unas relaciones que no son de subordinación sino de competencia. Cada uno de estos grupos competidores —dice Marcos Kaplan— identifica sus intereses particulares con la utilidad general y excluye a los otros como más o menos nocivos para el bienestar de la sociedad.¹¹⁰

Las relaciones entre estos distintos grupos y entre estos y el Estado inciden tan determinadamente en el comportamiento de los individuos, como el Estado mismo.

chi avesse pazienza —dice Bobbio— di raccogliere dati empirici sul modo con cui in un paese como il nostro, che si è retto sinora su un patto generale di esclusione di alcuni partiti delle coalizioni di governo, e su un numero enorme di patti alleanza a due, tre, quattro, a n partiti, potrebbe forse scrivere un manuale di diritto costituzionale pattizio...¹¹¹

Según esto, los contratos entre los diferentes grupos de interés dejaron de ser de derecho privado: ellos determinan, constituyen —Italia no es la excepción— el curso jurídico y político del Estado; la verdadera historia institucional de un país no se descubre repasando el contenido de las normas jurídicas prescritas, sino en el recuento de los diferentes acuerdos logrados entre estas instituciones, en la búsqueda del fortalecimiento de sus propios intereses y dentro del marco contingente previsto por unas normas.¹¹²

Para evitar las distorsiones debidas a la inadecuación de la teoría jurídica clásica con relación a la realidad actual, F. Rigaux propone una visión pluralista del derecho para reemplazar la noción de legislación única, suprema y soberana.¹¹³ Si tenemos en cuenta el ámbito de aplicación interna —explica Rigaux—, constatamos primero que todo una tensión entre “el orden popular” y “el orden estatal”, que se traduce

¹¹⁰ Kaplan, M., *Aspectos del Estado en América Latina*, México, UNAM, 1985, p. 42.

¹¹¹ Bobbio, N., *Il futuro de la democrazia*, op. cit., p. 133.

¹¹² Al respecto dice García-Pelayo, M.: “Por eso no es un azar que [...] el concepto de ley en la teoría del Estado, tiende a ser sustituido por el concepto de decisión del que las normas jurídicas serían un caso particular” (p. 16), y más adelante: “Nos encontramos así con dos niveles en el campo institucional. El uno constituido por las grandes organizaciones con acceso permanente a los centros efectivos del poder estatal; el otro constituido por *tout le reste*, es decir, por los individuos y las organizaciones menores, las cuales simplemente reaccionan pero no tienen iniciativa de acción frente a las *polices estatales* (p. 19). Tomado de: “Las organizaciones de interés y la teoría constitucional”, conferencia, Primer Congreso Latino Americano de Derecho Constitucional. Caracas.

¹¹³ Rigaux, F., “Le droit au singulier et au pluriel”, *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, núm. 9, 1982.

en una multiplicidad de conflictos regulados por instancias no jurídicas; a esto se suma la incapacidad del Estado para poner bajo su control ciertas actividades relacionadas con derechos de las minorías, y por último, las dificultades de organización jurídica relativas, en algunos casos, a la forma federal de Estado. En el ámbito externo, Rigaux pone de presente la incidencia de órdenes a los cuales el derecho del Estado no siempre puede oponerse, como son el derecho supranacional, derecho internacional público y privado. En tercer lugar, se estudia la manera como el dominio transnacional afecta al derecho del Estado. Finalmente, Rigaux plantea el caso de ciertas actividades, principalmente económicas, que imponen códigos de conducta o principios directores no obligatorios,¹¹⁴ los cuales también emergen como regulaciones que no pueden ser explicadas por las teorías monistas.

De acuerdo con esto, Rigaux llega a la conclusión de que todo orden jurídico es parcial, inacabado e imperfecto. Por eso, una teoría del derecho que realmente pretenda construir un modelo para la mejor comprensión de la realidad, debe abandonar el mito del poder absoluto de la ley y reconocer el sitio limitado del derecho dentro de los órdenes de regulación social.

III. LA DOGMÁTICA JURÍDICA

1. Ciencia y dogmática

Antes de abordar la noción de dogmática jurídica haremos algunos comentarios sobre la relación entre ciencia del derecho y dogmática. Algunos autores preconizan una marcada diferencia entre estas dos nociones. Kelsen, por ejemplo, recurre a un criterio funcional para hacer la distinción: mientras que el derecho se ocupa de prescribir conductas mediante el establecimiento de normas respaldadas institucionalmente por un aparato coactivo, la ciencia del derecho se ocupa del conocimiento de las normas; la ciencia del derecho describe aquello que el derecho prescribe.

Wroblewski hace énfasis en esta distinción cuando afirma: "La misma norma que aparece en un texto legal y en un tratado de ciencia jurídica pertenece desde un punto de vista semántico a dos niveles de lenguaje distintos y por tanto a dos lenguajes diferentes".¹¹⁵ Esta visión de cosas pretende llevar a cabo una elaboración de conceptos jurídicos,

¹¹⁴ Rigaux propone el término *droit assourdi*, *op. cit.*, p. 42.

¹¹⁵ Wroblewski, *La normatività della scienza giuridica*, citado por Calsamiglia, *op. cit.*, p. 138.

invulnerable a las contingencias del razonamiento dogmático-jurídico. Se establece así un segundo grado de abstracción con relación a las normas —luego de aquel realizado por la dogmática— cuya generalidad se aduce como garantía de objetividad.

De todos modos esta orientación no abandona totalmente las preocupaciones de la polémica tradicional. El interés por la posibilidad de la ciencia del derecho también se presenta bajo forma de una pregunta por la naturaleza teórica o práctica, prescriptiva o descriptiva, del trabajo jurídico. Con frecuencia se señala el carácter híbrido del derecho. Así por ejemplo, Ruiz Giménez afirma:

La función de la dogmática está en la comprensión, análisis y armonización de las normas jurídicas integrantes de un ordenamiento jurídico positivo [...]. Sin salirse de esta actitud intelectual [el jurista científico] deberá prolongar analógicamente los criterios del legislador hacia las nuevas circunstancias de hecho que vayan surgiendo en la existencia colectiva y en este empeño habrá de reunirse en las enseñanzas de la historia y de la sociología jurídica, aunque asimilando estos nuevos datos dentro de su perspectiva metodológica y de su misión específica, que a la vez es de índole teórica y práctica.¹¹⁶

En la actualidad, sin embargo, la mayoría de los autores desconocen el valor de esta distinción; sus razones se encuentran menos en la posesión de argumentos en contra de la diferencia funcional propuesta por Kelsen que en un cambio de perspectiva.

En efecto, el interés ya no se encuentra en las condiciones de posibilidad de una ciencia del derecho y consecuentemente en la crítica del saber dogmático, sino más bien en la racionalidad jurídica, tal y cual ella tiene lugar. La búsqueda de un saber perfecto para el derecho, ha cedido el paso al estudio de aquello que los juristas efectivamente piensan y hacen; en lugar de la pregunta por el derecho verdadero se ha impuesto la pregunta por la "verdad" del derecho.¹¹⁷

A la luz de estas ideas, el problema del estatuto científico del derecho adquiere una connotación meramente lingüística: una vez que se ha determinado el espacio de la racionalidad jurídica y se ha establecido su manera de proceder y su alcance, la imposición del rótulo de cientificidad a un tal saber es algo irrelevante. Puesto que ya no se trata de la relación entre una práctica imperfecta y un modelo ideal al cual se

¹¹⁶ Ruiz Jiménez, *Introducción a la filosofía jurídica*, Madrid, Epasa, 1960, p. 135. Citado por Calsamiglia, *op. cit.*, p. 80.

¹¹⁷ Véase, Zuleta Puceiro, E., *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1981; en especial caps. IV, V y VI.

pretende llegar, sino del conocimiento y descripción de la práctica misma, el asunto del nombre deja de ser un problema.

Ahora bien, esta perspectiva interna de la dogmática jurídica no se encuentra en contradicción con el hecho reconocido de la naturaleza híbrida del quehacer jurídico: los enunciados que componen el saber dogmático forman un conjunto heterogéneo que combina lo dado y lo construido, lo teórico y lo práctico. La doctrina es un buen ejemplo de esta mezcla de discurso descriptivo y discurso prescriptivo. Pero esto no debe ser motivo de alarma; todo saber combina en mayor o menor medida este doble propósito; sólo así se explica el carácter de la institución científica como instancia promotora y protectora de un saber considerado legítimo. Por eso podemos afirmar, en términos generales, que la jurisprudencia —como cualquier otro saber— adopta desde su origen el modelo paradigmático¹¹⁸ de la ciencia explicado por T. Kuhn en *La estructura de las revoluciones científicas*.

La naturaleza prescriptiva e interpretativa de la jurisprudencia no debe ser confundida con los enunciados de este mismo tipo preconizados por la filosofía del derecho. Nos encontramos aquí frente a dos niveles de abstracción diferentes: la dogmática jurídica elabora un saber a partir del material compuesto por textos normativos, principios generales, métodos de interpretación, etcétera. Este saber sin embargo, no es independiente del sistema jurídico al cual se refiere, puesto que no se podría concebir el uno aislado del otro. Otra cosa es la visión general de la filosofía del derecho, cuyo propósito es el de comprender y criticar el saber dogmático; en este caso nos encontramos en un segundo nivel de abstracción con relación a las normas del sistema. De acuerdo con esto, el término “ciencia del derecho” puede ser entendido como un estudio que concierne al sistema jurídico concreto —en este caso quedaría comprendido dentro de las preocupaciones de la jurisprudencia— o como el estudio general del derecho —en este caso hablaríamos de filosofía del derecho o de teoría general del derecho.

2. *La dogmática y el sistema jurídico según N. Luhman*

Cuando un conjunto de normas primarias adquiere cierta complejidad —según la explicación de H. L. Hart— requiere no sólo de la instauración de normas secundarias que definan su alcance, sino también de una especialización del trabajo consistente en el estudio de sí mismo. Surge así la dogmática jurídica o jurisprudencia. Las normas de un sis-

¹¹⁸ Ver Tamayo y Salmorán, *El derecho y la ciencia del derecho*, México, UNAM, 1986, p. 146.

tema no poseen una propensión directa a la aplicación y a la solución de los conflictos que se ha propuesto dirimir; sus relaciones internas no están siempre dadas de antemano. La lectura sistemática, relacionada, de las normas en aras de su aplicación, es el trabajo propio de la dogmática jurídica; ella realiza un estudio metanormativo con finalidades prácticas específicas: clasificación, explicación, valoración, etcétera, de normas.

Como todo saber dogmático, el jurídico adquiere su autonomía y su valor a partir de la duda, de la inseguridad; ella se alimenta de las incertidumbres que se desprenden de la tarea de aplicación: las dudas se presentan cuando en la relación hecho/norma se constata la contingencia de uno de los dos términos o de ambos. La posibilidad de intercambiar estos elementos en la búsqueda de la mejor solución determina el campo de la reflexión dogmática. En otras palabras, el saber dogmático fija, detiene la movilidad de sentido que se desprende de la contingencia de la relación de aplicación norma/hecho.

Esta contingencia puede ser más o menos amplia. Durante una buena parte del siglo XIX en Francia, se consideró que entre los textos legislados y la decisión jurisdiccional existía una relación de continuidad ineludible; en estas circunstancias, el papel ocupado por la dogmática se limitaba al comentario y a la repetición: los hechos debían ser subsumidos en unas normas que preveían todo conflicto posible; los valores de seguridad jurídica y de justicia se unían en la voluntad legislativa, para dar lugar a un sistema en el cual los mecanismos de la democracia política eran la fuente de la solución de lo jurídico; el derecho estaba poco diferenciado de la política.

Con el surgimiento de la jurisprudencia de intereses, el poder del legislador se restringe y la incertidumbre aumenta: las normas no son consideradas como algo suficiente para el logro de la justicia, es necesario que, además, el juez valore las circunstancias concretas de la aplicación para adoptar la mejor solución: la seguridad jurídica cede terreno a la justicia; esta transformación fortalece el papel del juez y proporciona mayor importancia al trabajo dogmático: el logro de la justicia exige una limitación de las variaciones posibles, una fijación de sentido.

Según H. Maturana y F. Varela,¹¹⁹ la vida puede ser explicada como un sistema: una célula, por ejemplo, puede ser entendida como una máquina que posee su propia organización interna. N. Luhman intenta trasladar la idea de sistema propia de la biología al campo de lo social. Una sociedad es un todo que funciona como un sistema al interior del

¹¹⁹ Maturana, H. y Varela, F., *Autopoiesis and Cognition. The Realization of the Living*, Reidel Dordrecht-Boston-London, 1980.

cual se encuentran subsistemas que cumplen funciones encaminadas a su mantenimiento; el derecho es una de estas partes del todo, como lo son también la política y la economía.¹²⁰

En relación con el derecho, Luhman utiliza la distinción señalada anteriormente entre justicia y seguridad jurídica. La idea de justicia se refiere a la unidad del sistema jurídico, designa la perfección del sistema. Esta unidad sin embargo, es algo complejo; sus relaciones internas adoptan una multiplicidad de formas cuya delimitación y fijación sólo puede lograrse con el establecimiento de principios, instituciones, y conceptos jurídicos dogmáticos.

Si se traduce este pensamiento —dice Luhman— a un lenguaje moderno de la teoría de sistemas, se puede decir que la justicia como perfección de la unidad del sistema, se refiere a las exigencias impuestas al derecho por la sociedad en su totalidad y que la dogmática representa el plano interno al sistema jurídico, en el cual se reespecifican y operacionalizan tales exigencias.

Según esto, el saber dogmático representa un punto de vista interno al sistema, mientras que la justicia sería una exigencia social venida del exterior.¹²¹ En el interior del sistema se presenta también esta relación problemática entre justicia y dogmática: se dice entonces que la justicia se logra cuando se establecen criterios que garantizan la diferenciación entre lo lícito y lo ilícito; así, la justicia, vista internamente, se reduce al trato de lo lícito con relación a lo ilícito y de lo ilícito con relación a lo lícito.

Desde un punto de vista externo —sociológico— la dogmática jurídica sirve para el mantenimiento de la especificidad del sistema, de aquí la idea —dice Luhman— según la cual el derecho debe tratarse a partir de criterios propiamente jurídicos. La dogmática se origina en la necesidad de una aplicación adecuada en un espacio de aplicación incierto; sin embargo, su papel no se reduce a la búsqueda de estas soluciones; más aún, lo principal de su función no está en garantizar la perfección de sus decisiones, sino más bien en organizar un campo de reflexión propio. La dogmática problematiza la toma de decisiones —explica Luhman— en parte porque de allí proviene su utilidad, pero también en parte porque de allí proviene su diferenciación y su autonomía:

Así, con la elaboración conceptual del derecho se multiplican —¡no disminuyen!— también las dificultades de la decisión, con mayor exactitud

¹²⁰ Cfr. Ost, F., *Entre ordre et désordre...*, *op. cit.*

¹²¹ Luhman, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. Ignacio de Otto Pardo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 37.

aún: aumentan las posibilidades de hacer la decisión más difícil. Sin la dogmática ni siquiera se tiene esta elección, sino que se puede uno limitar solamente a decidir.¹²²

La dogmática jurídica es siempre un saber relativo a un sistema jurídico específico; ella no es lo mismo que el sistema pero tampoco es algo exterior; ella está ligada íntimamente a éste en una relación de gobierno.¹²³ Por eso —de acuerdo con Luhman— para poder explicar un sistema jurídico, es necesario por un lado incluir la dogmática, como algo que hace parte de la complejidad interna del sistema y encontrar puntos de referencia en la sociedad para establecer aquello que le es externo.

Si tomamos el derecho como sistema que elabora información, este debe estar doblemente unido con su contorno social, dice Luhman: “primero que todo por la recepción de datos provenientes de la sociedad (*input*) y luego por la incidencia de sus decisiones en el contorno social (*output*)”. Estos dos vínculos no necesariamente se encuentran en una relación de igualdad; un sistema puede dar preferencia a uno en detrimento del otro: de hecho la dogmática clásica concebía un sistema cuyo centro de gravedad giraba casi exclusivamente sobre el polo de la información sin preocuparse por los efectos sociales; su función se limitaba a la clasificación de normas con miras a la toma de decisiones por parte del juez independientemente de su incidencia social. El método consistente en establecer listados de tipos generales en los cuales se subsumen los casos concretos, muestra bien esta función meramente informativa de la dogmática. Esta idea y este método se vieron fortalecidos por el predominio de un concepto simplemente interno, o formal de justicia, es decir, como algo limitado al tratamiento igual de casos iguales y desigual de casos desiguales.

Desde hace aproximadamente cien años —explica Luhman— asistimos a una rebelión de la ciencia jurídica contra este modelo centrado en el *input*, en la actividad del legislador y en su capacidad de previsión de conductas. El pensamiento realista, la preocupación por la efectividad del derecho, la jurisprudencia de intereses, la sociología jurídica y otras escuelas muestran bien esta preocupación por las consecuencias socia-

¹²² Luhman, N. (*op. cit.*, p. 41) sostiene que el derecho es un sistema cerrado como orden normativo y abierto como orden cognoscitivo. Así, el derecho está unido a lo social por medio de un poder ilimitado para definir sus propios términos. El derecho puede transformarse como consecuencia de una información proveniente de lo social sin que por este motivo pierda su autonomía. En la posibilidad de optar por este “puede” está su carácter de decisión última. “La diferenciación del derecho, se encuentra en consecuencia, primero que todo en la regulación temática de los procesos de comunicación”. Tomado de “L'unité du système juridique”. *APDD*, París, 1986, p. 169.

¹²³ Luhman, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, *op. cit.*, p. 45.

les del derecho. Este cambio de orientación hace inocuo el trabajo de clasificación previsto por la dogmática clásica; la voluntad del legislador pierde el carácter de criterio exclusivo para la solución de conflictos; el interés se desplaza, de la sanción y promulgación como presupuestos de validez formal, hacia la aplicación efectiva como condición de su validez empírica. El concepto de justicia también cambia: de la idea formal de tratamiento diferenciado de lo igual y lo desigual, se pasa a una apreciación material en la relación hecho/norma; la atención se traslada de la actividad del legislador a la actividad del juez.

Un cambio semejante tiene que acarrear consecuencias importantes para la dogmática jurídica. La diferenciación de lo jurídico, como espacio autónomo de reflexión, con criterios y reglas de reflexión propias, era posible en una dogmática preocupada principalmente por el tratamiento de la información. La cuestión que se plantea ahora —dice Luhman— es la de saber si la nueva orientación hacia los efectos de las decisiones puede mantener la diferenciación del sistema jurídico. Toda dogmática se debate entre la seguridad jurídica y la justicia, entre la información (*input*) y los resultados (*output*): la prioridad de la seguridad jurídica va en detrimento de una buena correspondencia entre demandas sociales y respuestas adecuadas; por el contrario, la prioridad en las consecuencias de las decisiones jurídicas plantea el problema de la disolución de lo jurídico dentro de lo social.

F. Ewald ha intentado responder a este interrogante a través del estudio del derecho social entendido como el tipo de derecho dominante en el Estado providencia de los países desarrollados. Para explicar este derecho, la idea de una voluntad legislativa, depositaria del mandato popular, no es suficiente, ni siquiera es necesaria; ella misma, la ley, es algo particular, producto de una mayoría. La legislación —explica Ewald— no es una salida prevista de antemano para solucionar un eventual conflicto; ella es sólo un criterio general de solución que forma parte del conflicto mismo, y que en el caso del derecho laboral es bastante claro al respecto:

...on ne peut rigoureusement pas appliquer les normes du droit du travail selon les règles du syllogisme judiciaire classique dans la mesure même où la valeur de ces normes, le contenu qu'il faut leur donner est l'objet même du conflit. La norme n'est plus ce en fonction de quoi on pourra dire le droit, trancher le conflit; elle est l'enjeu même du conflit.¹²⁴

¹²⁴ Ewald, F., "Le droit du travail", en *Droit Social*, nov. 11, 1985, p. 727. Cfr. Lenoble, J., "État, droit et loi du discours", *Langage, droit et démocratie dans la philosophie politique contemporaine*, 1987.

En estas circunstancias, el estudio del derecho adquiere un carácter estrictamente nominalista; toda referencia a algo exterior a un sistema de normas como fundamento de éstas, se denuncia a sí mismo como un imposible. Incluso la elaboración de una teoría del derecho postula hoy, según Ewald, dificultades imposibles de superar.¹²⁵

IV. LA EXISTENCIA DE LAS NORMAS (EL CASO COLOMBIANO)

1. *La eficacia*

La proposición que afirma la existencia de un ordenamiento jurídico no siempre puede verificarse con facilidad. El problema es aún más complejo cuando se pretende hablar de la estabilidad, o aún peor de la legitimidad. Nos enfrentamos en estos casos a la dificultad de emplear ciertos términos que no obstante hacer referencia a realidades, suscitan controversia debido a la falta de acuerdo sobre las condiciones que determinan su aparición.

Nos limitaremos por el momento al concepto de existencia, con base en algunas someras alusiones de Hart sobre el tema.¹²⁶ De acuerdo con esto, por lo menos dos condiciones parecen necesarias para poder predicar la existencia de un ordenamiento jurídico: la identificación de normas (regla de reconocimiento) o dicho en términos de N. Luhman, a la posibilidad de diferenciación entre lo jurídico y lo no jurídico. La segunda, tiene que ver con la capacidad del sistema para imponer las decisiones que resultan de la diferenciación de lo jurídico.¹²⁷

También podríamos determinar la existencia de un sistema jurídico con base en el concepto de eficacia del derecho; sin embargo, la idea de eficacia, a pesar de representar un fenómeno real, no siempre es clara:¹²⁸ ¿debemos entender por eficacia el acatamiento de las normas por parte de los ciudadanos?; ¿o el acatamiento por parte de los jueces?; ¿o por parte de ambos?; ¿puede la eficacia definirse en términos de porcentaje?; ¿de intensidad?; ¿todas las normas son igualmente relevantes para tal efecto?¹²⁹

Regresemos por un momento a nuestro punto de partida: los criterios de identificación de las normas del sistema ponen en evidencia los lazos que unen al derecho con la sociedad; el poder político y las instituciones

¹²⁵ Ewald, F., "Le droit du travail", *op. cit.*, p. 256.

¹²⁶ Hart, H. L., *The Concept of Law*, *op. cit.*, pp. 109-114.

¹²⁷ Ver Garzón Valdés, E., *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Madrid, CEC, 1987, p. 17.

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 17 y ss.

¹²⁹ Raz, J., *El concepto de sistema jurídico*, México, UNAM, 1986, pp. 243 y ss.

jurídicas se determinan mutuamente: ello es posible gracias a una cierta unidad ideológica compartida que subyace en ambos órdenes y que, como ya lo dijimos antes, hace posible una cierta articulación, al fijar unos valores como referencia para la toma de decisiones. Sin esta unidad el Estado —todas las instituciones— perdería su capacidad de imposición: un régimen político puede permanecer indefinidamente en medio del desprecio espiritual de sus súbditos, pero sus horas están contadas cuando sus propios funcionarios dejan de creer en los valores que imponen. La legitimidad no está implícita en la legalidad: puede muy bien presentarse el caso de un sistema en el cual la mayoría de sus habitantes desconocen la justicia de sus reglas, sin que se vea menguada por ello la legalidad de las mismas. Lo que sí parece imposible es la ausencia de una fuerte convicción de legalidad por parte de los órganos que detentan el poder y la existencia del Estado. Según esto, las dos condiciones de existencia antes mencionadas pueden entenderse como la simultaneidad entre, de un lado, una fuerte convicción de validez, o de legalidad por parte de los órganos de poder, lo cual proviene de una articulación de valores dominante, y del otro lado una capacidad física para imponer normas válidas.

Ahora bien, con la explicación de estas condiciones de existencia hemos avanzado muy poco en la elucidación de criterios claros para hacer frente a la complejidad de un caso concreto: decir que un sistema jurídico existe es decir que posee estas dos condiciones y esto mismo es decir que es eficaz; pero esta tautología no permite resolver los problemas planteados por las preguntas formuladas anteriormente: definir la existencia por medio de la eficacia no es solucionar el problema sino trasladarlo de un lugar a otro; la eficacia, como la existencia, no es algo necesariamente claro; ello se debe al hecho de que la eficacia es una cuestión de grado, es algo no delimitado; de ella puede predicarse una intensidad, una extensión e incluso una cualidad; veamos:

1. La cantidad se refiere al número de ciudadanos que observan las normas. También podría preguntarse por el número de jueces u otros funcionarios que aplican las normas para las cuales ellos están destinados; está claro en todo caso, que con relación a estos últimos, el porcentaje de eficacia es alto, casi llegando al total, pues, como ya dijimos, ésta es una de las condiciones necesarias —y no suficiente por sí sola— para que pueda hablarse de existencia. En cuanto a los ciudadanos, no existe un criterio adecuado para medir el cumplimiento y mucho menos para establecer un porcentaje tope, necesario o ideal, o para diferenciar entre aceptación y simple obediencia. Esto no impide que podamos asegurar la objetividad del conocimiento de los casos extremos y que nos sintamos

seguros para pronunciarnos sobre la mayoría de los sistemas con la simple evidencia que nos proporciona la observación.

2. En relación con la cualidad —y ubicándonos desde el punto de vista de la existencia de un sistema jurídico— la importancia del cumplimiento de una norma depende de su contenido. Puede pensarse, por ejemplo, en la gravedad que representa la ineficacia de las normas penales sobre el derecho a la vida. En un país como Colombia, por ejemplo, está demostrado que en las zonas urbanas más importantes la norma que penaliza el homicidio es prácticamente ineficaz; en cambio, las normas comerciales gozan de una gran aplicación. La importancia de la eficacia puede también depender de la oportunidad: así por ejemplo, para un país con un déficit fiscal elevado, la evasión de impuestos es de mucha importancia; si la crisis afecta la credibilidad de los partidos políticos, una abstención electoral elevada puede ser algo muy grave. Otro criterio de importancia está relacionado con ciertas intenciones jurídicamente irrelevantes pero política e institucionalmente significativas: el no pago de lo debido al fisco puede tener como causa subjetiva la evasión de impuestos o la desobediencia civil, lo cual posee implicaciones diferentes.

3. En relación con el tipo de eficacia, es necesario distinguir entre aquella que se refiere al contenido de las normas —lo cual hace referencia a los ciudadanos— y aquella —la eficacia de la aplicación de las normas—, lo cual involucra a los jueces y funcionarios.

4. Por último, puede hablarse de una eficacia singular, con relación a una norma o de una eficacia general en relación con un sistema.

Con base en esta clasificación podemos deducir algunas variables independientes: en primer lugar, tenemos la distinción entre eficacia desde el punto de vista interno —de funcionarios y jueces— y la eficacia desde el punto de vista externo —de algunos ciudadanos—. Si utilizamos los términos de Hoerster para distinguir estos dos tipos de eficacia, tendremos de un lado la vigencia: calidad de una norma aceptada, y la eficacia: calidad de una norma observada.¹³⁰

En segundo lugar distinguiremos entre eficacia de los contenidos y eficacia de las sanciones.

En tercer lugar haremos la separación entre eficacia singular y eficacia general.

En relación con la cantidad distinguiremos entre mayor y menor intensidad. Lo referente a la oportunidad y al contenido no lo tendremos en cuenta para facilitar la clasificación.

La unión de algunas de estas variables nos da el siguiente cuadro

¹³⁰ Hoerster, N., *Wirksamkeit, geltung gultigkeit von normen*, citado por Klient, *op. cit.*, p. 192.

	Punto de vista interno	eficacia/contenido	eficacia/sanción
1....	+	>	>
2....	+	>	<
3....	+	<	>
4....	+	<	<
5....	-	>	>
6....	-	>	<
7....	-	<	>
8....	-	<	<

En principio podemos hacer los siguientes comentarios: El caso número 8 no tiene relevancia pues carece de las condiciones mínimas de existencia; el caso 1 es el modelo ideal; el caso 2, es frecuente en los ordenamientos jurídicos: se trata de normas vigentes que la gran mayoría de la población cumple, pero que no logran imponer las sanciones necesarias contra aquella pequeña parte de la población que se comporta en contra de lo prescrito y que desde luego, justifica la existencia de la norma. En Colombia existen ejemplos perfectamente adecuados para ilustrar esta situación: es el caso de los grandes centros comerciales de objetos de contrabando, implantados a la luz de todos en las grandes ciudades e incluso vigilados por la policía; es el caso igualmente de los homicidios políticos, de la corrupción administrativa, etcétera. La tercera posibilidad encierra una contradicción que le da un carácter excepcional: incumplimiento generalizado con sanción eficaz; una situación semejante puede presentarse en los periodos prerrevolucionarios, cuando la población emprende campañas de desobediencia pasiva contra un poder que aún posee su capacidad de represión; una huelga ilegal también podría servir de ejemplo para este caso. El numeral 4 es bastante frecuente: se trata de una norma ineficaz; las llamadas *paper laws* y en general todos los textos válidos que no se traducen en ningún comportamiento efectivo, se ubican en esta situación.

Los casos 5, 6 y 7 no hacen parte de las normas del ordenamiento jurídico estatal, pero son importantes, pues ilustran el espacio limitado que ocupa el derecho como instrumento de regulación social. El caso 5 plantea la eficacia de una norma ilegítima: los grupos guerrilleros y el narcotráfico implantados en ciertas zonas de Colombia en las cuales poseen poder absoluto ilustran este caso. El numeral 6 se diferencia del caso anterior en cuanto a la inexistencia de una sanción para las desviaciones; se trata entonces de una práctica ilegal, no sancionada ni por el Estado ni por ningún otro poder: un ejemplo puede ser el soborno en ciertos sectores de la administración en Colombia. Por último, nos en-

contramos con un comportamiento que no goza del asentimiento de las instituciones político-jurídicas, que además es poco practicado por la población, pero que posee una sanción eficaz para sus desviaciones: los procedimientos empleados por los narcotraficantes —la llamada ley del silencio— encajan perfectamente en esta situación.

2. *La existencia del sistema jurídico colombiano*

Tal vez la manifestación más clara de la crisis institucional colombiana se encuentra en la existencia de órdenes normativos contrapuestos que se disputan el monopolio de la violencia legítima; así, a las acciones de grupos guerrilleros localizados en ciertas zonas desde hace más de treinta años y que últimamente han cobrado mayor fuerza, se suma la influencia devastadora de un narcotráfico considerado como el más importante del mundo. Pero esto no es todo: a estos males excepcionales se adicionan otros tradicionales, entre los cuales el más importante sin duda es el de la marginalización política, económica y social de por lo menos una tercera parte de la población colombiana.

Lo primero que se desprende de la constatación de estos tres factores es una visión de la sociedad resquebrajada: las nociones de pueblo, nación, Estado, soberanía, territorio y otras que sustentan la dogmática constitucional, no poseen mayor sentido; y no se trata solamente de la crítica devastadora de la cual son objeto hoy en día en todas las democracias constitucionales estos conceptos;¹³¹ no se trata simplemente de poner en evidencia el carácter mítico o ideológico que encierra la idea de soberanía del legislador o de pueblo; se trata, en cambio, de conceptos que han perdido su poder explicativo, incluso aquel mítico o ideológico: el territorio, por ejemplo, no es uno solo simplemente porque se encuentra dividido por la guerra o por la marginalidad: los barrios pobres de las grandes ciudades son espacios en donde predomina una legalidad aparte que de ninguna manera se encuentra prevista por las normas formales; tal como sucede con aquellos espacios en donde la guerrilla o el narcotráfico impone la ley.

Pero no sólo existen estas separaciones tajantes de territorio que se oponen a la legalidad formal, como lo blanco a lo negro; fuera de esto existe un extenso territorio ambivalente en donde la eficacia de la normatividad estatal se combina en intrincadas relaciones con la ilegalidad; buena parte del comercio, por ejemplo, floreciente en los últimos años, se vale de esta convivencia entre lo formal y lo informal para obtener el

¹³¹ Ver, por ejemplo: Zuleta Puceiro, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Madrid, 1981; Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, UNAM, 1986; Ziembinski, "La notion de rationalité", *APDD*, 1969, p. 65.

mayor provecho posible: entre el mafioso reconocido y el comerciante honorable, se presenta toda una gama de comportamientos, en todas las clases sociales, que finalmente desvanecen las fronteras entre lo lícito y lo ilícito. Incluso los negociantes más confiables moralmente se "ven obligados" para subsistir a cometer un mínimo de violaciones —contrabando, por ejemplo—.

En síntesis: la manifestación más dramática de la crisis actual en Colombia consiste en un fenómeno galopante y generalizado de desinstitucionalización, de desintegración, de desarticulación: los conflictos están ganando la batalla al poder integrador del discurso; lo social está explotando en una multitud de sentidos, de valores, que no poseen ni centro, ni instancia que los articule; el derecho, en estas circunstancias, se aferra a sus postulados dogmáticos con la intención de mantener sus diferencias, pero esta actitud resulta contraproducente a la postre, en la medida en que la comunicación entre sociedad y sistema jurídico es cada vez más limitada.

Si bien es claro que la situación actual es de una gravedad excepcional en lo que concierne la capacidad articuladora del discurso institucional, no debemos pasar por alto el hecho de que esta convivencia entre lo formal y lo informal entre lo social y lo marginal, ha sido una constante en la vida institucional colombiana. No de otra manera se explica la existencia durante algo más de un siglo, de contenidos normativos que no difieren, en lo esencial, de aquellos que rigen en la mayoría de las democracias constitucionales occidentales, sin que ello haya implicado, desde luego, un ejercicio del poder semejante al de estos modelos; el sistema político-jurídico derivado de la unión entre Estado de derecho formal y oligarquía, ha funcionado bastante bien durante todo el presente siglo; si el Estado ha perdido el poder hegemónico¹³² de antes, ello se debe al surgimiento de conflictos adicionales que no estaban considerados en la estrategia discursiva anterior.

La comunidad jurídica colombiana ha poseído una capacidad sorprendente para sacar el mayor beneficio posible de una situación en donde las reglas democráticas han sido menos importantes que las excepciones, o las malformaciones interpretativas de dichas reglas: su habilidad ha sido inigualable para sacar provecho de un lenguaje que sin excluir el recurso permanente a la utilización de facultades extraordinarias, logra mantenerse como democrático; ha sido capaz de jugar con sus reglas —en términos de Bourdieu— hasta sus límites, esto es, hasta su transgresión, sin salirse de ella.

¹³² Utilizamos este término en el sentido propuesto por Laciau, E. y Mouffe, Ch., *Hegemonía y estrategia socialista*, *op. cit.*

Si partimos de los resultados obtenidos en el análisis de la eficacia normativa, podemos llegar a las siguientes consideraciones generales con relación al tipo de normas existentes en Colombia:

1. Normas estatales

- 1.1. Normas eficaces (caso número 1, ejemplo: derecho comercial, electoral, constitucional orgánico, procedimental, etcétera)
- 1.2. Normas que logran cierta eficacia con relación al comportamiento, pero cuya sanción no se aplica (caso número 2, ejemplo: homicidio político, contrabando)
- 1.3. Norma ineficaz o *paper laws* (caso 4, ejemplo: la parte dogmática de la Constitución)
- 1.4. Normas eficaces en cuanto a la sanción, pero ineficaces en cuanto al comportamiento (caso 3, ejemplo: paros cívicos, huelgas, desobediencia civil).

2. Normas no estatales

- 2.1. Toleradas por el derecho. En este caso nos encontramos con una situación no prevista por el cuadro anterior —el cual se refiere sólo a normas legítimas e ilegítimas— pero que es sumamente frecuente; se trata de toda una normatividad paralela a la del Estado y permitida por éste; ejemplo: normas religiosas, deportivas, comerciales, culturales, internacionales, supranacionales, transnacionales, humanitarias, etcétera (Fr. Rigaux).

2.2. No toleradas por el Estado

- 2.2.1. Con plena eficacia (caso 5, ejemplo jurisdicción guerrillera)
- 2.2.2. Sin eficacia de la sanción (caso 6, ejemplo: el soborno). Es importante aclarar que este caso puede ser el mismo caso 3, visto desde una perspectiva diferente.
- 2.2.3. Sin mayor eficacia en el comportamiento y con eficacia en la sanción (caso 7, ejemplo: ley del silencio en la "mafia").

Como se ve, la visión de conjunto que resulta es bastante heterogénea; podemos sin embargo, intentar algunas explicaciones que den cuenta de esta disparidad:

La ineficacia afecta con mayor intensidad los textos de derecho público que los de derecho privado. Entre los de derecho público, son más eficaces aquellos que se refieren a la organización burocrática del Estado y a los procedimientos, que aquellos que se refieren a las garantías sociales. Nótese que, desde un punto de vista funcional, las normas que tie-

nen por finalidad la diferenciación del derecho como subsistema social (procedimiento, organización) son más eficaces que aquellas que tienen por fin responder a una comunicación entre el subsistema jurídico y la sociedad (derecho social); dicho más simplemente, el derecho colombiano logra mayor eficacia cuando sus normas se refieren a la seguridad jurídica que a la justicia

Si tenemos en cuenta la pregunta planteada en la primera parte (capítulo 2) sobre la importancia de un código de “buenas intenciones” en una realidad política de “malintenciones” e intentamos responder con base en la realidad colombiana, diremos que el buen funcionamiento de las normas que diferencian con sus procedimientos el derecho de otros sistemas sociales, tiene como condición necesaria la existencia formal, de respuestas que aportan soluciones a ciertas demandas provenientes de la sociedad. En otras palabras, los textos jurídicos portadores de la promesa de una respuesta a las demandas sociales, se convierte en una necesidad para la seguridad jurídica, de tal manera que aquello que en principio fue considerado como un medio (organización, *input*) para la consecución de ciertos fines (justicia), se convierte en un fin que tiene como medio la referencia meramente retórica a unos textos de justicia.

La función de este derecho sustantivo depositario de respuestas a las demandas sociales no es aquella que se desprende de su lectura, sino aquella que lo dispone estratégicamente como medio para la realización de otros fines.

Ahora bien, la mediatización de estos contenidos jurídicos de justicia puede limitarse a su referencia discursiva sin que sea necesario que estos contenidos posean eficacia o puede también referirse a normas eficaces sin que esta eficacia sea lo suficientemente como para hacer de dichos contenidos un fin y no un medio. Un ejemplo para ilustrar el primer caso podemos encontrarlo en la referencia que suele hacerse por parte de las autoridades políticas y jurídicas al Estado de derecho: los valores de justicia e igualdad que encierra este concepto, no existen plenamente —como es debido— o existen con excepciones, lo cual conduce a lo mismo; sin embargo su valor retórico es tan importante que finalmente las violaciones al Estado de derecho —o si se prefiere, sus excepciones— no podrían tener lugar sin la existencia de esta referencia. En cuanto al segundo caso, el tema de los derechos humanos es suficientemente dicente: el Estado protege estos derechos sólo hasta el límite de su utilidad retórica; es decir, la protección de derechos humanos es la mínima suficiente para mantener la convicción, en la masa de ciudadanos, sobre la aceptación de los grandes valores democráticos por parte del poder al cual están sometidos: por eso en Colombia existen atropellos a estos derechos que merecen la consideración de las autoridades

y otros que no la merecen, todo ello de acuerdo a su incidencia política. Otro ejemplo es el ya aludido de las elecciones: puede demostrarse que el sufragio favorece más a los intereses políticos tradicionales, con la justificación que ellas conllevan frente al ejercicio del poder, que con el control que se desprende del voto popular; es cierto que existe una participación popular en las elecciones, pero esta no es lo suficientemente importante para poner en tela de juicio la maquinaria electoral que determina el resultado final; el mecanismo consiste en realizar el mínimo de concesiones necesarias para mostrarse, discursivamente, como habiendo aceptado el máximo de concesiones posibles.

En términos generales, los textos jurídicos que hacen referencia a las exigencias de justicia por parte de la sociedad, poseen una gran movilidad dentro del conjunto del saber dogmático: son textos poco fijos; su textura abierta permite siempre su adaptación estratégica; un mismo principio puede dar lugar a utilidades retóricas que promueven valores contradictorios; así por ejemplo, las normas de Estado de sitio sirven a la vez para justificar los atropellos del ejército y de los grupos paramilitares y para recalcar el carácter extraordinario de las actuaciones de estos órganos; la función social de la propiedad sirve tanto para hacer una reforma agraria en beneficio de los campesinos, como para hacer ineficaz la misma reforma.

Con base en lo anterior podemos establecer algunas hipótesis sobre las funciones del derecho en Colombia:

1. El fin de una norma no siempre se descubre con su lectura. Esto se debe a que la lógica que determina la función del derecho es la lógica de la relación medio/fin; un fin conseguido se convierte en medio para la consecución de otro fin;¹³³ esto es algo normal que puede aparecer en forma explícita en la racionalidad propia de la dogmática; el problema se presenta cuando nos enfrentamos a un sistema afectado por la ineficacia de una buena parte de sus normas; en este caso las distorsiones son inevitables; el logro de una mínima coherencia en la dogmática exige concesiones considerables en lo que se refiere al sentido explícito del lenguaje. La sociología conoce bien este mecanismo: mientras más difícil es la regulación de una situación mayor se convierte la necesidad de formalización;¹³⁴ el apego a la dogmática es proporcional a la incapacidad del derecho para comunicarse con lo social.

De ahí la necesidad de cambiar los fines inicialmente previstos, por otros que hagan posible el mantenimiento del mismo lenguaje en circunstancias diferentes.

¹³³ Bobbio, *El análisis funcional del derecho*, op. cit., p. 281.

¹³⁴ Bourdieu, *La codificación...*, op. cit., p. 96.

En otras palabras, cuando un sistema de normas pierde su coherencia real debido a la pérdida de la eficacia de una buena parte de sus normas, el mantenimiento de los mismos textos jurídicos sólo puede lograrse renunciando al sentido inicial de los fines normativos y acondicionando otros —no explícitos— que permitan el funcionamiento del sistema.

2. Las funciones del derecho colombiano están dirigidas hacia el mantenimiento de un sistema de distribución económica¹³⁵ que beneficia ciertos focos de poder tradicional. Desde luego, esto no diferencia el derecho colombiano de otros derechos, sólo la manera específica como se lleva a cabo esta función puede distinguir este sistema de otros.

El derecho colombiano es eficaz sobre todo allí donde todavía permanecen relaciones económicas legítimas (derecho comercial, civil, laboral, fiscal) o allí donde se busca la protección de la propiedad privada (derecho penal de la propiedad) o allí donde se pone en juego la distribución burocrática de los partidos (derecho constitucional orgánico, derecho electoral, derecho administrativo).

3. El funcionamiento del sistema jurídico está en acuerdo con el funcionamiento del sistema político; es decir, estos subsistemas realizan tareas funcionales con relación al todo social que constituyen.

En cuanto al subsistema político, A. Touraine ha explicado cómo en Colombia la política “es altamente conflictiva, pero con pocos riesgos de ruptura [...] estos conflictos son puramente políticos, no se asocian sino muy parcialmente, a conflictos de clase, lo cual evita las rupturas políticas”.¹³⁶ Zarmeno explica este fenómeno en relación con toda América Latina diciendo:

Se puede hablar de una superpolitización en el sentido de que todo pasa por el Estado [...] así como de una desocialización de la dinámica histórica, en el sentido de que el enfrentamiento entre las clases o entre las fuerzas sociales, es extremadamente débil y se transforma inmediatamente en presión política.

Daniel Pécaut explica este fenómeno en Colombia de la siguiente manera:

La división partidista no se fundamenta en una separación de intereses o en una relación diferente con las clases populares urbanas. Tal división carece de un contenido inmediato; hace parte de esos “residuos” cuya

¹³⁵ Hurst, W., *Law and Social Process*. Citado por Bobbio, *El análisis funcional del derecho*, op. cit., p. 274.

¹³⁶ Touraine, A., *La parole et le sang*, Paris, Odile Jacob, 1988, p. 313.

falta de sentido no impide que tengan el poder de gobernar las acciones humanas"; esta es la razón por la cual pueden producirse grandes cambios políticos en Colombia, sin que ello se traduzca en un cambio de estructuras sociales. El sistema político posee una gran autonomía con relación al sistema social.¹³⁷

En estas circunstancias, explica Pécaut, las tensiones entre lo político y lo social se manifiestan a través de una violencia —constante en la historia colombiana— que se presenta como el resultado de un conflicto meramente político. Todo pasa como si lo social no pudiera encarnarse en algo diferente de lo político entendido como lucha entre partidos tradicionales. Las tensiones del sistema explotan en forma de conflicto partidista sin que ello corresponda a un conflicto social: lo político posee el monopolio de lo que se puede decir con sentido; lo social se encuentra disperso; no puede expresarse porque le falta un lenguaje que lo articule (Laclau y Mouffe).

Su única posibilidad consiste en presentarse con un discurso prestado: el de los partidos tradicionales; pero cuando eso sucede, la referencia con lo social se pierde; finalmente la única presencia directa de lo social en lo político se logra por medio de la violencia.¹³⁸

El derecho, como subsistema social, no es ajeno a este funcionamiento de lo político; ambos cumplen con las funciones que lo social, tal cual está constituido en Colombia, exige: la falta de correspondencia entre discurso político y totalidad de los intereses sociales, o lo que es igual, la falta de expresión política de los intereses sociales no dominantes, se encuentra en armonía con la insistencia de lo jurídico en el aspecto de la información (*input*) en detrimento del aspecto de las consecuencias (*output*), o lo que es lo mismo, el fortalecimiento de diferenciación del derecho por medio de la dogmática (seguridad jurídica), en perjuicio de las respuestas provenientes de las demandas sociales (justicia).

4. El derecho y la política se apoyan mutuamente para contrarrestar sus insuficiencias: la legislación en el mundo político, cumple el papel de unificación, de articulación de lo social, que el mismo aisladamente no logra conseguir. Esta necesidad se aprecia claramente cuando se estudia la duración de la vigencia de las normas: la productividad de las instancias creadoras de derecho resulta enorme cuando se compara con otros países del continente. Si se observa este fenómeno con atención se descubrirá que la verdadera función de la reforma jurídica se encuentra, en la mayoría de los casos, en la reactivación de las esperanzas

¹³⁷ Pécaut, D., *Orden y violencia en Colombia 1930-1954*, t. II, Bogotá, Siglo XXI, p. 520.

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 487 y ss.

fincadas en la reconstitución de lo social, en su articulación. El ejemplo ideal se encuentra en la reforma de la Constitución; sesenta y siete reformas en cien años de existencia, cada una de las cuales ha necesitado de dos años de discusiones para ser aceptada, han hecho posible el mantenimiento constante de una promesa de reforma constitucional como punto de referencia en la esperanza de un cambio social próximo.

La evidente ineficacia de la mayoría de estas reformas muestra claramente que el valor que se les otorga proviene más de los beneficios políticos que ellas aportan que de la posibilidad de un cambio. Sucede entonces lo dicho por Fr Terré: "... Tandis que la réforme était ou pouvait devenir l'objet de la loi, la loi est devenue objet de la réforme".

Pero el sistema jurídico también se vale de lo político para explicar sus deficiencias: la incapacidad del derecho para establecer una comunicación con el ámbito social, exige una referencia permanente de lo jurídico hacia lo político, como elemento mediador entre sí mismo y lo social.

La ausencia de una legislación que ponga en práctica postulados dogmáticos de la Constitución, tales como la función social de la propiedad o la planeación de la economía, se explica por la incapacidad del Congreso para votar este tipo de leyes; esta incapacidad, a su vez, se explica por la necesidad de defender unos intereses económicos; es decir, en último término la ineficacia de estas normas proviene de la inconveniencia estratégica en relación con los intereses defendidos por el Congreso. Sin embargo, desde una perspectiva interna, la ineficacia del derecho aparece como una falta de cuya responsabilidad son culpables los partidos políticos.