

Capítulo Séptimo  
LA CRÍTICA JURÍDICA

1. La Crítica Jurídica en Francia . . . . .	123
1.1. La concepción científica de <i>Critique du Droit</i> . . . . .	124
1.2. La negación de lo jurídico universal . . . . .	126
1.3. El derecho, su uso, y la Sociología Jurídica . . . . .	127
1.4. El derecho como discurso . . . . .	130
2. La Teoría Crítica del Derecho . . . . .	131
3. La crítica del derecho como análisis del discurso . . . . .	134
3.1. "Crítica" . . . . .	135
3.2. La crítica del derecho desde el punto de vista interno . . . . .	137
3.3. La crítica del derecho y de los discursos jurídicos desde un punto de vista externo . . . . .	139
3.4. La crítica científica de los discursos no científicos . . . . .	139
4. El problema del fundamento del discurso crítico de otro dis- curso . . . . .	140
5. La cientificidad de la Crítica Jurídica . . . . .	141

## Capítulo Séptimo

### LA CRÍTICA JURÍDICA

SUMARIO: 1. *La Crítica Jurídica en Francia*; 1.1. *La concepción científica de Critique du Droit*; 1.2. *La negación de lo jurídico universal*; 1.3. *El derecho, su uso, y la Sociología Jurídica*; 1.4. *El derecho como discurso*; 2. *La Teoría Crítica del Derecho*; 3. *La crítica del derecho como análisis del discurso*; 3.1. "Crítica"; 3.2. *La crítica del derecho desde el punto de vista interno*; 3.3. *La crítica del derecho y de los discursos jurídicos desde un punto de vista externo*; 3.4. *La crítica científica de los discursos no científicos*; 4. *El problema del fundamento del discurso crítico de otro discurso*; 5. *La científicidad de la Crítica Jurídica*.

El presente ensayo reconoce dos interlocutores principales. La crítica del derecho en Francia, y la *Teoría Crítica del Derecho* en Argentina, y, según creo, no es tributario de ninguno de ellos. No obstante es obvio que existen coincidencias muy importantes de las que dan cuenta las citas de las obras respectivas. No parece necesario, por lo demás, al menos por el momento, establecer precedencias entre éstas y los trabajos precursores del presente. En cambio procuraré detallar algunos aspectos de ambas corrientes que están relacionados con el tema de esta investigación, para luego detenerme en la concepción general de la crítica jurídica que inspira a ésta.

#### 1. *La Crítica Jurídica en Francia*

Hay discrepancias entre la crítica francesa y este trabajo y sus antecedentes. La principal, creo, es que en este último hay una expresa adhesión a la *Teoría General del Derecho* de cuño kelseniano. Pero a pesar de esta discrepancia, de todos modos este intento de instalar a la *Crítica Jurídica* en el espacio de las disciplinas analíticas del discurso, tuvo como origen el convencimiento de que era necesario responder a esa

preocupación según la cual el derecho es algo más que un conjunto de normas. Esta preocupación es, vale la pena notarlo, *anterior* a la propia fundación de la asociación *Critique du Droit* como vimos en un capítulo anterior. Pero a partir de ella, la crítica francesa orientó su interés hacia un cierto tipo de *Sociología Jurídica*, mientras que esta investigación se orientó hacia una confluencia de la *Sociología* y las disciplinas analíticas del discurso, con la intención de dirigir la crítica hacia la ideología jurídica más que hacia el *uso* de la regulación jurídica. Es decir, existe, hoy, una diferencia importante en el objeto de trabajo.

La convicción de que el derecho no podía reducirse a prescripciones que amenazan con la violencia, llevó a la crítica francesa a confundir el derecho con su uso, como ya hemos comentado en un capítulo anterior. El presente trabajo arribó más bien al convencimiento de la necesidad de aceptar la posición kelseniana básica sobre la cualidad prescriptiva del derecho, pero recurriendo a las distinciones entre discurso del derecho y discurso jurídico por una parte, y entre sentido deóntico y sentido ideológico del derecho por la otra, pretendiendo así solventar la objeción acerca de que el derecho no es sólo prescripciones, pero manteniendo la posición crítica fundamental: el derecho es un conjunto de normas que amenaza con la violencia. Es decir, frente a la objeción de que el derecho hace algo más que prescribir la violencia, la respuesta es: efectivamente, en los textos jurídicos no sólo hay prescripciones de violencia, sino que hay muchos discursos, uno de los cuales sí prescribe la violencia, y ése es derecho; lo cual no quita que hay otros discursos que lo *acompañan*, y otros efectos que no son sólo generar temor a la desobediencia. En el fondo se trata del significado de la palabra "derecho", de reservar su uso para la clase de los discursos prescriptivos, y dentro de éstos para los que amenazan con la violencia. No hay una discrepancia respecto de la aceptación, expresa en este trabajo, de que el derecho *se usa* para medir conductas, además de producir ideología.

### 1.1. La concepción científica de *Critique du Droit*

*Critique du Droit*, como se llamó la asociación de juristas franceses que produjo la crítica jurídica en Francia, adoptó una posición teórica inspirada en Althusser. Por una parte rechazaba el simplismo del positivismo tradicional de los juristas, y por otra parte calificaba su propio trabajo como "ciencia". Esto significa la aceptación de una filosofía según la cual lo que Marx había hecho era fundar la verdadera ciencia,

y lo que había habido antes de él era algo así como la proto-ciencia. De allí que era a partir de la fundada por Marx que debía fundarse a su vez la verdadera ciencia del derecho:

*...le dévoilement de ces obstacles, c'est-à-dire la dénonciation des erreurs qu'ils font peser sur la définition et le développement d'une pensée scientifique, ne revêt pas le caractère gratuit d'une simple "critique" négative: il nous engage positivement à constituer autrement la science du droit<sup>1</sup>*

Esta nueva y verdadera ciencia se fundaría en el marxismo:

*Opposé tout à l'empirisme ... qu'à l'idéalisme ... la théorie marxienne permet d'instituer une véritable science juridique (Ibidem, p. 71)*

La lucha era entonces por fundar la ciencia jurídica, en contra del empirismo ramplón de los juristas tradicionales, positivistas a medias:

*...une investigation du champ juridique à visée scientifique se conduit nécessairement à partir d'hypothèses inspirant les questions à poser à l'objet.<sup>2</sup>*

Es decir, se trataba de una ciencia. Ahora bien, no por ello se reivindicaba ninguna neutralidad, tanto como se confesaba una adhesión al marxismo:

*...On ne peut en tout cas assurer la moindre "objectivité" en pratiquant un empirisme qui ne peut rien apprendre de la nature profonde de la régulation juridique. Ce souci de ne pas se prévaloir d'une pseudo-neutralité sera d'ailleurs aisément admis, puisque nous avouons emprunter principalement nos instruments de compréhension du droit du travail au matérialisme historique (idem).*

Esta concepción de la ciencia jurídica es distinta de la sostenida en este ensayo. La ciencia, como hemos dicho antes, no es más que otro discurso, pero sujeto a ciertas reglas. Como tales reglas han sido establecidas por los científicos, y como ellos controlan los institutos, revistas y editoriales que permiten practicar la ciencia, ésta no es más que otro discurso de poder: científicos son aquéllos que tienen suficiente poder como para ser reconocidos como tales. A su vez, su discurso tiene la eficacia que le acuerdan los medios necesarios para su difusión, que también controlan.

Esto no quiere decir que la ciencia, de cuño positivista, no se asiente en evidentes éxitos: el uso de la ciencia ha podido transformar el mundo. Pero sus éxitos no alcanzan a borrar su esencial carácter político: ser un discurso de poder.

1 Miaille, M. *Introduction, cit.*, p. 68.

2 Collin F. et al., *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble, PUG, 1980, p. 16

El marxismo tiene, entonces, dos caminos: competir con la ciencia en su terreno, y/o producir la crítica de la sociedad capitalista al margen de los espacios científicos. Los dos caminos son posibles, e incluso son compatibles. Cada discurso tiene su público, sus reglas, sus espacios.

Esto es distinto que decir, como lo hace Althusser y quienes le siguen, que el marxismo es la ciencia y lo otro es la no—ciencia o “ideología”. En esto existe una discrepancia entre la crítica francesa en su forma original, y el presente ensayo.

## 1.2. La negación de lo jurídico universal

Creo que es siguiendo a Pashukanis, a quien muchos reputan como el más importante teórico marxista del derecho, que la crítica francesa negó la importancia de responder a la pregunta sobre el derecho en general. Como otros marxistas, destacaba que nada sabemos del derecho si el mismo no es situado históricamente.

*Il est nécessaire de construire un objet d'étude ... Cette construction de l'objet de notre science nous oblige donc désormais à abandonner toute conception universalisante du droit et à n'envisager que des instances juridiques théoriquement spécifiées (le "droit" du mode de production féodal ou le "droit" du mode de production capitaliste) et historiquement déterminées (le système juridique de la France de 1976 ou le système juridique de l'Angleterre du XVI siècle).<sup>3</sup>*

Sin embargo, con poco que se observe el texto, “abandonar una concepción universalizante *del derecho*” es imposible a menos que se cuente con un *concepto de derecho*. De lo contrario ¿cómo se sabría qué es lo que es necesario abandonar? ¿Cómo se sabría que llegó el momento feliz en que se produce el abandono (se supone que para pasar a otra cosa)? La pretensión de prescindir de un concepto de derecho ni siquiera se puede decir: para poder producir el enunciado: “no existe el derecho en general” es necesario construir un concepto de derecho en general para luego negar su existencia. Es como dios: se sabe que no existe, pero los ateos tienen que otorgarle algún significado a la palabra antes de negarle existencia.

Juntamente con la negación del derecho en general, aparece la idea de la inutilidad de formular ese concepto:

3 Miaille, M., *Une introduction...*, cit., p. 118

... nous ne pourrions donner du juridique "en général" qu'une formule vague du type: ensemble de pratiques et d'institutions organisant sous forme normative l'ordre social ... Une telle définition ne peut nous être utile pour connaître tel système de droit.<sup>4</sup>

Se trata, a mi juicio, de una exageración: una cosa es que sepamos poco de "tal sistema jurídico" y otra cosa es que no sepamos nada. De la verdad, que nadie niega, de que el derecho de la sociedad capitalista difiere en algo, mucho o poco, respecto del derecho romano, no se sigue que no haya similitudes, por ejemplo en el carácter prescriptivo de ambos discursos. La crítica francesa confundió la forma con el contenido de las normas, como Pashukanis. Una prescripción consiste en la modalización deóntica de (la descripción de) una conducta. Esta es la "forma". El "contenido" consiste en la descripción de la conducta, y ésta puede ser literalmente cualquiera. Algunos marxistas, tras las huellas de Pashukanis, han querido sostener que "derecho" es una categoría exclusiva de la sociedad burguesa porque es el único derecho cuyas normas igualan a los sujetos. Pero el hecho de que las normas capitalistas igualen a los sujetos, si bien es de la mayor importancia, no deja de ser el *contenido* de las normas; lo que los juristas llaman "ámbito personal de validez". En esto, la crítica francesa se aparta completamente de la latinoamericana en tanto ésta última no rechaza, en absoluto, las adquisiciones básicas del positivismo y la corriente analítica contemporánea de pensamiento jurídico.<sup>5</sup>

### 1.3. El derecho, su uso, y la Sociología Jurídica

El discurso del derecho es, sin duda, un instrumento de dominación. Esta dominación se consigue, de entre otras muchas maneras, midiendo las conductas. Este es el *uso* del derecho. Este discurso permite, en primer lugar, una automedición de conductas; es el efecto represivo por

4 Miaille, M., "La spécificité de la forme juridique bourgeoise", en *Procès*, número 9, p. 95

5 "Establecido que la teoría crítica otorga *ab-initio*, títulos suficientes a la práctica científica de los juristas ... intentará a partir de ello construir una epistemología ... A estos efectos, aún asumidas las críticas del materialismo ortodoxo, se aceptarán algunas herramientas teóricas de la teoría jurídica tradicional que, a modo de materia prima teórica, pueden ser útiles, en particular, en relación al análisis del lenguaje jurídico y la cuestión del funcionamiento de las formas lógicas de ese lenguaje, como así también ciertas categorías y conceptos de la teoría general del derecho": Entelman, Ricardo, "Introducción", en Legendre P. et al., *El discurso jurídico*, Buenos Aires, Ed. Hachette 1982, p. 12. Obsérvese que más allá de cierta displicencia con que está dicho, lo que la teoría crítica acepta de la teoría general tiene todo menos de poco e intrascendente.

excelencia. Además, permite a los funcionarios medir la conducta de los ciudadanos, y reprimirlos si les parece que es el caso. De esto no hay duda ninguna. Pero cuando esta verdad se convierte en la afirmación de que en eso consiste el derecho, entonces se produce un desplazamiento del ser de este discurso a su uso, y una confusión entre la ciencia que estudia el discurso y la que estudia sus causas y efectos, que es aquello en que consiste la *Sociología Jurídica*.

En realidad esto no debería asombrar de ninguna manera cuando estamos hablando de una tendencia que, desde sus inicios, se autocalifica de marxista. En efecto, el marxismo sólo tiene algo que ofrecer al estudio del derecho cuando se trata de ciencias sociales como la *Sociología*, la *Antropología*, la *Psicología*. Y es porque nada nuevo tiene que ofrecer en términos de la consideración de su forma lingüística, que la *Teoría Crítica del Derecho* adopta esas adquisiciones de la *Teoría General del Derecho*.

Pero, y en esto sí no hay dudas, también el marxismo es la posición teórica mejor dotada para ofrecer bases al estudio sociológico del derecho. Y en esto estamos de acuerdo absolutamente casi todos aquéllos que participamos en este amplio movimiento denominado, tal vez demasiado genéricamente, *Crítica Jurídica*. Aquí no hay ninguna discrepancia real entre la crítica francesa y la presente investigación, excepto que ésta simplemente no deja de reconocer que la consideración del uso del derecho, el estudio del "cómo" se produce la regulación jurídica de las relaciones sociales, es aquéllo en que consiste la *Sociología del Derecho*.

En realidad la crítica francesa lo reconoció desde el primer momento; lo que resulta extraño es su negativa a diferenciar entre derecho y uso del derecho:

*... très évidemment, passer d'une pure spéculation sur la norma juridique à l'analyse des causes de l'apparition et du fonctionnement de telles normes juridiques dans telle société, c'est bien changer de terrain, c'est bien se situer en un lieu fort différent de celui d'où parlent ordinairement les universitaires.*<sup>6</sup>

6 Miaille, M., *Une introduction ... cit.*, p. 381. Cfr., *idem*, p. 75: "Il ne suffit pas de se contenter de la platitude que le droit est toujours lié à l'existence de la société: une réflexion scientifique doit aller plus loin et nous dire quel type de droit produit tel type de société o pourquoi tel droit correspond à telle société".

Así es en efecto: la crítica francesa fue siempre *Sociología Jurídica*, es decir el estudio de las causas y los efectos —“funcionamiento”— del derecho.<sup>7</sup> Al punto que actualmente la crítica francesa puede ser vista como una particular tendencia en el interior de esta disciplina, ocupada en la investigación de

... las formas de actuar de este discurso ... la forma con que el derecho funciona efectivamente en la formación social considerada ... comprender cómo los mecanismos y las representaciones jurídicas organizan y regulan las relaciones empíricas de los individuos, grupos específicos y clases dentro de sociedades históricas ...<sup>8</sup> llevar a cabo una paciente reflexión, alimentada sin restricciones con trabajos empíricos sobre una gran variedad de objetos, a veces muy técnicos, con el fin de esclarecer más toda la complejidad de esta forma realmente singular de mediación de las relaciones sociales ... se centran en la tecnología y la práctica de la regulación jurídica a partir de temas cuya exploración parece permitirnos progresar en el conocimiento de sus modos de acción ... no se trata ya de construir o reconstruir una verdadera teoría general ... incluso se ha sugerido la constitución de una antropología jurídica ... (*idem*, p. 95) tomar los distintos aspectos técnicos de la regulación jurídica como objetos concretos de reflexiones que permitan a la vez ir más allá de aseveraciones aún demasiado generales, cuyos escollos y peligros hemos ya señalado ... me refiero aquí a las investigaciones relativas a las modalidades de la producción social de las normas jurídicas ... así como a las prácticas observables en estos lugares, especialmente aquéllas en las que hay una gran variación de aplicaciones o de invocación de las reglas o derechos subjetivos. Se trata, en cierta forma, de hacer que el planteamiento crítico pase por el estudio cuidadoso de la tecnología y de la práctica del sistema de derecho (*idem*, p. 96).

Es poco lo que se puede agregar en el sentido de que la crítica francesa es actualmente una de las líneas más interesante de la *Sociología Jurídica* de ese país.

7 “Cet ouvrage n’est pas un manuel supplémentaire de droit du travail ... Son ambition est ... intervention dans le débat sur les raisons d’être du droit en général, et d’un ‘droit du travail’ en particulier dans une société dominée par le mode de production capitaliste”, Collin F. et all, *Le droit capitaliste du travail*, cit. p. 7. ¿Qué otra cosa que el estudio de las causas —es decir, *Sociología Jurídica*— de esta rama del derecho es comprender “las razones de ser del mismo en el capitalismo”?

8 Jeammaud, Antoine, “La crítica del derecho en Francia: de la búsqueda de una teoría materialista del derecho al estudio crítico de la regulación jurídica”, en *Crítica Jurídica*, número 4, p. 91.

#### 1.4. El derecho como discurso

La crítica francesa nunca ignoró el hecho de que el derecho es un discurso. Aún más, a pesar de su negativa a considerar lo jurídico universal, de todos modos utilizó el verbo "ser" en algunas oportunidades, para decir lo que el derecho "es". Por ejemplo:

*...je définirai l'instance juridique —plus précisément la région juridique de l'instance politico-juridique— comme le système de communication formulé en termes de normes pour permettre la réalisation d'un système déterminé de production d'échanges économiques et sociaux.*<sup>9</sup>

Un sistema de comunicación no puede sino estar constituido de discursos, al menos conforme con el concepto aceptado en esta investigación desde el principio. Pero puede verse, en la obra citada, que de esta concepción del derecho como sistema de comunicación no se extraen todas las consecuencias posibles ni se intenta profundizar acerca del uso del término "comunicación". Posiblemente esto se debe a que el intento era específicamente sociológico o tal vez a que el reconocimiento de esta característica universal del derecho es de alguna manera una inconsistencia: si el derecho "es" un sistema de comunicación, ¿por qué sólo tiene importancia el derecho situado históricamente con prescindencia de las consecuencias universales de que sea universalmente un discurso?

Por su parte, la comprensión de que el derecho proviene directamente de discursos y no de relaciones sociales, está claramente expresada en la otra obra que hemos tomado como representativa de la crítica francesa:

*les normes et institutions positives procèdent d'une certaine image du corps social qu'elles entendent organiser et des "valeurs" qu'elles prétendent servir.*<sup>10</sup>

Desde luego, una "imagen" es un discurso, o, si se quiere, no puede existir sino en un discurso, conforme con el concepto aceptado aquí. Por otra parte, entre los efectos del discurso del derecho, está la producción de nuevos discursos o ideologías formalizadas como hemos convenido:

*ces normes et institutions produisent elles-mêmes une certaine représentation du social ordonné para leurs soins (une société composée de personnes libres et égales, et*

<sup>9</sup> Miaille, M., *Une introduction...*, cit., p. 109. Cfr. p. 117: "... une autre manière de retrouver ici la tendance hégémonique du droit comme système de communication dans le mode de production capitaliste".

<sup>10</sup> Collin F., et al., *Le droit capitalista du travail, ... cit.*, p. 8. Cfr. pp. 153 y 167

*organisée par un Etat serviteur du seul intérêt général et dispensateur de justice); enfin, elles donnent lieu à discours sur leurs fonctions et leur finalité ... (idem).*

Sin embargo la crítica francesa no profundizó en esta veta de trabajo antes de disolverse como *Critique du droit*, aun cuando ciertas preocupaciones sobre la *representación* hubieran hecho esperar una más clara inclinación por las ciencias llamadas "del lenguaje", la *Semiótica* entre ellas.<sup>11</sup>

Por el contrario, la presente investigación está orientada específicamente a presentar fundamentos teóricos, inspirados en Marx, para el análisis del discurso del derecho y no para el estudio del uso o efectos del mismo. Esta es una diferencia, pero no constituye una incompatibilidad. El presente ensayo insiste en la crítica jurídica como análisis del discurso en razón de que creo que los esfuerzos iniciales requerían de estos fundamentos.

## 2. La Teoría Crítica del Derecho

En franca coexistencia con la *Teoría General del Derecho* de filiación analítica, coexistencia no todo lo pacífica que harían creer los escritos sobre la democracia de los juristas analíticos, se ha desarrollado en Buenos Aires la *Teoría Crítica del Derecho*, que debe ser considerada otra manifestación de la confrontación con la apología del derecho. Por el ambiente sin duda, por el espacio académico ocupado, que es el de las cátedras de *Filosofía del Derecho*, aunque frecuentemente en sus niveles inferiores dado que los superiores son férrea e injustamente controlados por los "relativistas" del *análisis filosófico*, se trata de una auténtica *Teoría del Derecho* y no una teorización del derecho moderno como resulta la que se inspira en el marxismo de Pashukanis. La *Teoría Crítica del Derecho* no pone en tela de juicio los resultados críticos de la *Teoría General del Derecho* de inspiración positivista, sino que avanza sobre preguntas no contestadas por ésta, y que, por lo demás, parece no querer contestar. Sobre el fondo común de la epistemología moderna, con la clara aceptación de la crítica marxiana a la sociedad capitalista, y con el bagaje propio de las modernas ciencias del lenguaje, la *Teoría*

11 *Procès*, números 11—12, da cuenta de un esfuerzo en este sentido.

*Crítica del Derecho* hace pie en el psicoanálisis para responder a lo que la teoría dominante no se atreve ni siquiera a preguntar, seguramente porque no hay elementos "empíricos" que avalen tales preguntas, ya no digamos las respuestas. En el fondo, la cuestión es que la *Teoría Crítica del Derecho* sí escarba allí adonde el poder no tiene interés en que se escarbe. Si se solicitara un resumen de lo que busca esta tendencia, habría que decir que está interesada por la respuesta a la pregunta: ¿cómo es que el derecho consigue la obediencia del dominado? Que es una pregunta que va más allá de la respuesta que la *Teoría General del Derecho* de obediencia analítica, cuando es crítica, ha alcanzado: el derecho es una técnica de control social. Digamos que esta *Teoría General del Derecho* de la que hablamos ha estudiado, sin concesiones, la estructura lingüística de esa técnica. Pero se niega a preguntarse cómo esa técnica actúa en la conciencia del dominado.

La diferencia entre el objetivo de la *Teoría Crítica del Derecho* y el intento de la presente investigación, consiste en que ésta pretende ofrecer los elementos teóricos para el análisis y la crítica de textos jurídicos positivos, es decir, de los textos jurídicos propios de sociedades como la argentina, la mexicana o la francesa, mientras que la primera ofrece elementos teóricos para el estudio del derecho en general. Esta investigación pretende que no discrepa con la *Teoría Crítica del Derecho* a la cual acepta totalmente. Podría, de todos modos, precisarse lo siguiente.

Por lo demás, ningún simpatizante de esta teoría desconoce, por supuesto, la diferencia entre un discurso y un fenómeno. Sin embargo los trabajos epistemológicos principales intentan dar cuenta del derecho como una *práctica social que incluye discursos y fenómenos. No es que no los diferencie, sino que precisamente quiere estudiarlos conjuntamente.*

El derecho es concebido en la teoría crítica como una práctica social específica, en la que están expresados históricamente los conflictos, los acuerdos, y las tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación social determinada. Esta tensión se manifiesta en los modos de producción, circulación y consumo del discurso jurídico, y será localizada tanto a nivel de la producción jurídica llevada a cabo por los distintos tipos y niveles de órganos designados en la institución social, como también en el nivel de la producción teórica ...de este modo se estructura en las formaciones sociales una instancia jurídica integrada tanto por la producción del derecho, como por la de conocimientos acerca de éste ...<sup>12</sup>

12 Entelman, Ricardo, "Introducción", *cit.* p. 12

Puede apreciarse que la *práctica jurídica* consiste en la "producción, circulación y consumo" de un discurso. Esto me parece una diferencia importante con la crítica francesa, no porque ésta, como vimos, lo ignorara, sino porque no hizo de ello la *definición* del objeto llamado "derecho".

Este discurso es producido por: a) funcionarios ("órganos designados en la institución social"); b) juristas ("en el nivel de la producción teórica"). Otro autor agrega, porque también creo que falta, c) el discurso de los usuarios o súbditos:

...el tercer nivel es donde se juega el imaginario de una formación social. Es el discurso que producen los usuarios, los súbditos, los destinatarios del derecho, ...<sup>13</sup>

Es decir, como en la presente investigación, hay aquí el discurso del derecho —el de los funcionarios—, y el discurso jurídico, el de los juristas y el de los ciudadanos. Pero aquí hemos procurado diferenciar entre el discurso "vinculante", que es el producido por los funcionarios en uso de sus atribuciones, de cualesquiera otros discursos, cualesquiera sean sus productores. La *Teoría Crítica del Derecho*, en cambio, no establece esa diferencia, creo que sólo porque hasta ahora no la ha necesitado. Por el contrario, el uso de la palabra althusseriana, "práctica", indica que se ha interesado por los efectos ideológicos de todos esos discursos *en conjunto*.

Por otra parte, esta teoría crítica, también sin reconocerlo, funda un tipo particular de *Sociología Jurídica* en la medida en que concibe a esta "práctica social" como expresión de los conflictos sociales; es decir, desde su inicio incluye en la definición, que ya no es del "derecho" sino de "práctica social específica", el origen o "causa" de los discursos que integran esa práctica. Pero además de esta notable y justificada inclinación a considerar las causas del derecho, esta teoría se interesa, creo que principalísima, y también justificadamente, en los *efectos* "ideológicos" (en realidad no podría haber otros) de estos discursos. Y es aquí que aparecen los temas ausentes en la teoría tradicional, como por ejemplo: los efectos del

13 Cárcova, Carlos, "Teorías jurídicas alternativas", en Correas, Óscar, (ed), *Sociología Jurídica y Política en América Latina*, Oñati, Instituto Internacional de Sociología Jurídica, 1991.

derecho son la producción de ideología, en ese punto que es llamado "articulación del discurso jurídico con ficciones y mitos";<sup>14</sup> el juego que produce este discurso a través del par *ideología-represión* de forma que la segunda llega a convertirse en la ocultación de la producción de la primera;<sup>15</sup> la producción de la ilusión y el mito;<sup>16</sup> etcétera.

Pero la *Teoría Crítica del Derecho* se muestra como fundamento de una *Sociología Jurídica* principalmente cuando dice que la ideología tiene "expresiones materiales" que exceden lo imaginario, cuando las prácticas jurídicas adquieren "existencia material" y para mostrarlo señala a las costumbres, los hábitos y las regularidades de comportamiento como siendo esa existencia material.<sup>17</sup> En este momento, la *Teoría Crítica del Derecho* hace ingresar los hechos, las conductas, al concepto de "práctica jurídica" que constituye su definición del objeto de estudio. En ese momento, esa teoría lo es de una *Sociología Jurídica*, a la que también este ensayo intenta aportar elementos metodológicos. Es por eso que, a mi juicio, el presente trabajo, si bien no es tributario de la *Teoría Crítica del Derecho*, no sólo no es incompatible con ella, sino que, por el contrario, es coincidente. Con la importante excepción de que aquí hemos tratado muy especialmente de diferenciar discursos de hechos, discurso del derecho de discurso jurídico y sentido deóntico de sentido ideológico, pero por los intereses particulares de esta investigación y no porque existan incompatibilidades irreparables.

### 3. La crítica del derecho como análisis del discurso

En lo que sigue procuraremos establecer la concepción y el objeto de la *Crítica Jurídica* a la cual el presente ensayo pretende contribuir, definiendo en primer lugar el sentido en que hablamos de "crítica".

14 Cfr. Cárcova, Carlos, "Teorías Jurídicas alternativas", *cit.*

15 Cfr. Entelman, Ricardo, "Introducción", *cit.*, y "Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico" en *El discurso jurídico*, *cit.* p. 105

16 Cfr. Ruiz, Alicia E., "La ilusión de lo jurídico" en *Crítica Jurídica* número 4, pp. 161 y ss.

17 Cfr. Entelman, Ricardo, "Introducción", *cit.* p. 14

La *Crítica Jurídica* debe definirse tanto por su calidad de "crítica" como por su relación respecto de aquéllo de lo cual es "crítica".

### 3.1. "Crítica"

La palabra "crítica" es utilizada aquí con la significación que le da Marx y no con la que le da Kant. Pertenece por tanto al discurso político, no al discurso epistemológico. No se trata, con la crítica del derecho, de someter a éste a un desmenuzamiento para estudiarlo cuidadosamente. Eso es necesario y previo. Pero la crítica pretende otra cosa. En primer lugar, la *crítica*, en su acepción marxiana, es un acto de rechazo, desde el punto de vista ético, de la organización social que utiliza éste y no cualquier otro derecho. Además supone que se comprende perfectamente la función de la ideología jurídica como técnica de dominación: se critica *este* derecho porque *este* derecho constituye una técnica utilizada por *este* poder.

Parece oportuno explorar los posibles significados de esta palabra. Pongamos estos ejemplos de su uso:

- a) La *Crítica de la Razón Pura* de Kant
- b) La "crítica de la crítica crítica" de Marx y Engels
- c) *El capital o la crítica de la economía política* de Marx
- d) La crítica ha sido favorable para la obra x
- e) La sentencia N del Juez Y ha sido duramente criticada por no estar arreglada a derecho
- f) La ley N ha sido duramente criticada por injusta

En el ejemplo a) la palabra "crítica" parece significar lo mismo que "análisis" en tanto que Kant procede a realizar un desmenuzamiento de lo que cree que es la manera en que procede la razón (toda razón). Podría decirse que el análisis del derecho, de su funcionamiento, realizado por Kelsen resulta "crítico". Pero no sólo por el hecho de ser un análisis, sino porque sus resultados nos muestran al derecho como producto de la voluntad de poder, como técnica de control y dominio sobre los hombres, y como un discurso que oculta tanto como muestra. Pero en el uso kantiano del vocablo no se suma, al análisis, este sentido de inconformidad que aparece en la crítica de Kelsen.

En el ejemplo b) se hace referencia al subtítulo, burlón, que Marx y Engels agregaron a su conocida obra *La sagrada familia*. Los personajes

criticados por estos autores, Bauer y compañía, habían exagerado con la utilización de la tradición alemana respecto precisamente de la crítica, y hablaban ahora de la "crítica crítica", suerte de sobreideologización que a Marx y Engels les parecía aborrecible. De allí que el libro estuviera dedicado a criticar esta crítica crítica. Fuese lo que fuese esta actividad teórica marx-engelsiana, parece que debe diferenciarse de lo que finalmente sería en Marx la crítica de la economía política, es decir, la crítica, desde el punto de vista que Marx entendía era el de la clase obrera, de la ciencia denominada entonces *Economía Política*.

En el ejemplo c), en el caso del *El Capital*, "crítica" significa el análisis de los resultados de esa ciencia, a la que Marx no le escatima el nombre de ciencia, pero que es "burguesa". Y esto último significaba que, a pesar de los descubrimientos de Smith y Ricardo, esa ciencia estaba aún "envuelta en su piel burguesa", pues continuaba escondiendo fenómenos que no se atrevía a penetrar, porque si lo hacía, pondría al descubierto la explotación en la que se basa el capitalismo. La diferencia entre la crítica de la economía política y la crítica de la crítica crítica consiste en que la primera implica el reconocimiento del carácter científico de lo criticado, mientras que en el segundo caso se trata del rechazo total de lo criticado. Parece que el significado marxiano del término "crítica" es el que se aproxima a la utilización de la palabra por los críticos del derecho. En ambos sentidos: tanto cuando se trata de criticar las que ciertos juristas llaman "teorías", como cuando se trata de criticar la ciencia del derecho y los resultados de esa ciencia.

En el ejemplo d), se muestra que la palabra "crítica" no es siempre utilizada como actividad ideológica que combate a otra expresión ideológica. La "crítica" puede ser "positiva"; es decir, el crítico puede estar de acuerdo, ver como bueno, bello o verdadero, aquello que critica. Parece que la crítica jurídica no está obligada a rechazar todo lo que cae bajo su atención. No parece imposible que un crítico del derecho pueda referirse a una sentencia pero no para atacar sino para elogiar, por ejemplo, el valor que un juez pone de manifiesto en la defensa de los derechos humanos. En este caso, como en los ejemplos que siguen, la crítica tiene como fundamento, o bien normas jurídicas e) o bien valores f).

La expresión "crítica jurídica" es usada en esta investigación en la acepción marxiana, es decir como crítica de la que pasa por ciencia jurídica. Pero el significado de la palabra "crítica" en el uso de los juristas que militan en estos movimientos llamados de crítica del derecho admite también la polisemia y no se agota en una reflexión sobre la ideología.

Podemos hablar entonces de otras varias formas de *Crítica Jurídica*. Podemos hablar de crítica del discurso jurídico o del discurso del derecho, como de crítica del discurso de la ciencia del derecho o de lo que pasa por ser esa ciencia; podemos, por ejemplo, también hablar de la crítica del derecho desde el punto de vista interno y desde el punto de vista externo. Es oportuna una reflexión sobre las relaciones entre estas dos últimas posibilidades

### 3.2. La crítica del derecho desde el punto de vista interno

Atendiendo a la sugerencia de Hart, puede distinguirse la crítica que realiza un jurista que se instala en el interior de un sistema jurídico, de algún otro tipo de crítica que se instalara en un espacio teórico exterior a ese sistema.

Casi toda la actividad realizada en pro de la defensa de los derechos humanos, por ejemplo, es crítica del derecho desde el punto de vista interno. Es también el caso de lo que se ha llamado "uso alternativo del derecho", que es una actividad política reivindicada por los juristas críticos como ajustada a sus convicciones éticas. Esta crítica desde el punto de vista interno, debe encuadrarse en lo que Kelsen llamaba *Política del Derecho* que debe ser cuidadosamente diferenciada de la *Ciencia del Derecho*. La primera es la actividad política tendente a lograr la producción, aplicación o derogación de normas.

Ahora bien, que cierta actividad política sea calificada como "crítica del derecho" puede resultar, a primera vista, un tanto desconcertante si se opina que la crítica es una actividad intelectual, mientras que la *Política Jurídica* es una práctica, y ésta a su vez es vista como un conjunto de conductas fácticamente determinables. En realidad no hay tal incompatibilidad entre "crítica jurídica", en tanto tarea intelectual, y *Política del Derecho* en tanto práctica política. La diferencia es inexistente por cuanto la *Política del Derecho*, por más que sea del orden de las "prácticas" no deja de instalarse en el plano del lenguaje y por lo tanto no deja de ser un discurso. La lucha por la alteración del sistema jurídico no puede ser otra cosa que un discurso acerca de otro discurso. No usaríamos esa expresión —*Política del Derecho*— para referirnos a hechos del tipo de arrojar piedras contra los edificios de la cámara de diputados en una acción tendiente a lograr la aprobación de una ley, por ejemplo. De tal manera que no puede alegarse que la *Crítica del Derecho* no puede coincidir con la *Política del Derecho* porque ésta sea una "práctica" mientras que la crítica jurídica es

una actividad intelectual. De allí que el llamado uso alternativo del derecho pueda ser visto como crítica jurídica desde el punto de vista interno en tanto que este uso alternativo es siempre una actividad tendiente a conseguir la aplicación de normas o la interpretación de ellas de cierta manera y no de otra.

Ahora bien, no toda acción de *Política Jurídica* podría ser sensatamente calificada de "crítica" ¿Qué es lo que haría de una *Política Jurídica* una parte de la *Crítica del Derecho*? O, dicho de otra manera ¿qué es lo que convertiría en "crítica" una *Política Jurídica*? La respuesta no puede basarse en la idea de que la crítica jurídica tenga por objeto la transformación social, porque toda *Política Jurídica* tiene por objetivo alterar el sistema jurídico, supuesto que éste sea el conjunto de normas válidas: con la producción de cada sentencia o resolución administrativa se "altera" el sistema. Pero nadie se atrevería a llamar *Política del Derecho* de sentido crítico, a una actividad tendiente, por ejemplo, a aumentar las penas previstas en el código penal. (A menos, tal vez, de que se tratara de penar las actividades de los militares golpistas y torturadores).

Lo que haría de una cierta, no de cualquiera, *Política del Derecho*, una actividad perteneciente a la crítica jurídica, no consiste en ningún ingrediente científico. Es un elemento enteramente ético: se trata del rechazo del actual sistema social. Pero como esto no puede sino consistir en el intento de transformar nuestras sociedades de alguna manera que implique la redistribución de la riqueza, la *Crítica Jurídica* está irremisiblemente ligada con el pensamiento socialista. Los matices de lo que pueda llamarse "socialismo" son muchos. Pero de todos modos, no podría haber algo con nombre tal, que no implique alguna forma de redistribución de la riqueza, lo cual a su vez es un objetivo ineludible de cualquier actividad de crítica del derecho. En este punto, la *Crítica del Derecho* se separa del pensamiento liberal, de gran auge en estos años, que postula la democracia, pero no el socialismo, como objetivo de la *Política del Derecho*. Ello no quita que el liberalismo pueda aportar lo mejor de su pensamiento teórico respecto del derecho —me refiero principalmente a la filosofía analítica y específicamente, por lo que hace a América, a la llamada Escuela de Buenos Aires— y que éste, en los escritos de sus pensadores más sensibles, sea auténticamente crítico de las formas jurídicas antidemocráticas. Pero si bien algunos liberales participan de un pensamiento crítico, de una *Teoría General del Derecho* de contenido crítico, esto es, que denuncia el estado como dominación del hombre por el hombre, eso no implica necesariamente la militancia en una *Política del Derecho* como aquella a la que aspiran los

juristas que se reclaman de la corriente crítica del derecho. Y a veces sucede más bien lo contrario: tratándose de marxismo, o simplemente de socialismo, los juristas analíticos suelen perder su ecuanimidad de manera verdaderamente inesperada tratándose, como se trata, de intelectuales de gran prestigio. Es en este punto de la redistribución de la riqueza que me parece ver la línea —no necesariamente ni recta ni muy bien resaltada (no faltan tampoco los liberales con pasado socialista)— de separación entre cualquier otra *Política del Derecho* y una de corte crítico, con la significación que la palabra “crítica” es usada por quienes se identifican con la llamada *Crítica Jurídica*. Esto no parece necesariamente válido respecto del movimiento crítico en los países del primer mundo. Supongo que un jurista europeo y tal vez mucho más un norteamericano, pueden ver como compatibles la crítica jurídica y el pensamiento liberal tradicional. Esto no me parece posible en América Latina.

### 3.3. La crítica del derecho y de los discursos jurídicos desde un punto de vista externo

Sin embargo, la tarea más importante de la *Crítica Jurídica* es la que se realiza desde un punto de vista externo, si bien esto debe ser matizado con la aclaración de que si esta tarea tiene un fundamento ético, la externidad es relativa. Esta crítica será a su vez un discurso que, teniendo a otro como objeto, será un *metadiscurso*. La crítica que este trabajo pretende fundamentar tiene como objeto tanto el sentido ideológico del discurso del derecho como los discursos jurídicos, es decir, tiene como objeto la ideología del derecho y la ideología jurídica. El objetivo de esta crítica es la crítica de la específica manera de ejercer el poder a través de esos discursos, de la técnica que permite constituir al hombre contemporáneo en objeto del poder de quienes son los beneficiarios de la organización social contemporánea, es decir, de la específica manera de repartir la riqueza en esta sociedad.

### 3.4. La crítica científica de los discursos no científicos

Nada obsta para que esta crítica sea científica en la medida en que se proponga la aceptación y respeto de ciertas reglas propias de los discursos científicos. En realidad lo que constituye a la crítica de la ideología jurídica en científica, es precisamente la pretensión de cientificidad de lo que hacen los juristas. Son precisamente ellos los que, haciendo

política con disfraz científico, constituyen su actividad en objeto de crítica científica pero, al mismo tiempo, política, puesto que el discurso que desnuda científicamente la naturaleza política de su objeto es también un acto político.

#### 4. El problema del fundamento del discurso crítico de otro discurso

El problema de la justificación teórica de la crítica, en este caso, se plantea aparentemente por el hecho de que se trata de un discurso que se reconoce como una ideología, sobre otro discurso también definido como ideología. Hemos aceptado que todos los discursos manifiestan o formalizan una ideología. Incluso hemos definido a la ciencia como una ideología formalizada de acuerdo con ciertas reglas. Con ello hemos aceptado una filosofía, en la cual no existe *el centro*. Esto es, el punto de partida unívoco, verdadero, bueno, seguro. Por lo tanto, se trata de un punto de partida que reconoce en la ética su fundamento, al mismo tiempo que reconoce la relatividad de los valores. Desde este punto de partida ¿cuál es el fundamento de una crítica del discurso del derecho? Porque la crítica de un discurso que describe un fenómeno observable, parece, a primera vista, algo sencillo: todo depende de que lo afirmado pueda o no comprobarse con un experimento. Si se comprueba que el discurso criticado no se confirma con el experimento que el propio discurso preveía como la experiencia que debía confirmarlo, entonces el discurso es falso. Y es verdadero en caso contrario. Pero aquí la cuestión consiste en que la crítica versa sobre discursos que tienen un doble sentido: el deóntico y el ideológico, y sobre discursos que a su vez hablan de éstos. Respecto del sentido deóntico del derecho, como las normas no son ni verdaderas ni falsas, la crítica sólo podría tener como objeto declarar la justicia o la injusticia de la modalización de esas conductas. De eso no trata aquí. Se trata de la crítica del sentido *ideológico* del derecho y de la ideología jurídica. Lo que será objeto de crítica es que estas ideologías pretenden *describir* —no prescribir—, y no condesadamente, fenómenos sociales tal como éstos aparecen y no tal como son.

Ahora bien, decir que el derecho —su sentido ideológico—, describe sólo la apariencia de los fenómenos, debe tener un fundamento. Como se

verá en un capítulo posterior, esto conduce a aceptar una teoría sociológica general que otorgue fundamento a los enunciados con los cuales se critica a las descripciones del derecho. Este problema debe ser resuelto con la adopción de una *Teoría Sociológica del Derecho*, según la propuesta de este ensayo.

### 5. La cientificidad de la Crítica Jurídica

Ahora bien; el derecho presenta un problema adicional que es el de su referente. Porque la crítica jurídica no versa sobre discursos que confiesan describir hechos. Los discursos que describen hechos son criticados desde otros discursos que desmienten las comprobaciones empíricas de los primeros. Como veremos en el capítulo siguiente, una comprobación "empírica" en realidad no es un acceso al fenómeno sino la comparación de un enunciado —la hipótesis, por caso— y una experiencia o *sensación*, que es siempre interior al sujeto y que sólo puede "objetivarse" en un discurso. De tal modo que la "comprobación" o "falsación" de un enunciado consiste, finalmente, en su comparación con otro enunciado que "enuncia" el experimento de que se trata.

Pero ¿cómo falsear el enunciado de un código que dice, supongamos, que los contratos son acuerdos de voluntad? ¿Cómo se critica el sentido ideológico de un código, que no pretende —o pretende hacer creer que no pretende—, describir nada?

Si se tratara, en cambio, de un discurso que versa sobre el sentido *deóntico* del derecho, es decir de un discurso que *describe* una norma válida, entonces su falsación sucedería en la confrontación del discurso con la norma válida. (En realidad sucedería en la confrontación con otro enunciado que repite la norma de la que se predicará validez). Aun cuando no es nada sencillo dar cuenta de semejante comprobación de la "verdad" del enunciado que describe una norma, de todos modos parece distinto que pensar en la comprobación de un enunciado que pretende decir que no es cierto que, por ejemplo, los contratos son actos de voluntad. Porque ¿cuál sería el referente respecto del cual sería o no verdadero el enunciado crítico que dice que es falso que el contrato es un acuerdo de voluntad que obliga a las partes? Se supone que el enunciado que describe una norma es verdadero o falso respecto del referente que es la norma. Pero ¿cuál es el

referente del enunciado, que está en un código, y que dice que el salario es la contraprestación del trabajo entregado por el obrero o del que dice que el contrato es un acuerdo de voluntades? Para poder decir que tales enunciados son falsos, la *Crítica Jurídica* debe ocuparse del referente del derecho, como se verá en el capítulo siguiente.

Desde luego que la ciencia apologética del derecho no encuentra dificultades para hallar en la ley ese referente que la *Crítica Jurídica* busca en otro lado. Para la ciencia tradicional, si el código dice que el contrato es un acuerdo de voluntad, entonces el enunciado que lo repite es verdadero. Para esta ciencia jurídica, para esta "Metodología Jurídica", entre los juristas y los loros no hay diferencia significativa...

El próximo capítulo está destinado a explorar el problema que el referente le pone a la *Crítica del Derecho*. Sólo después será posible atender al problema de la causalidad (capítulos 9 y 10) entre las relaciones sociales y el derecho (capítulo 11), para arribar finalmente a las propuestas científicas de este ensayo respecto de la *Crítica Jurídica*.