

Colección Equidad de género y democracia

Teoría crítica del Derecho y cuestiones de género

Alicia E. C. Ruiz



6



Colección Equidad de género y democracia



México. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal.

Teoría crítica del Derecho y cuestiones de género / Alicia E. C. Ruiz / Colección Equidad de género y democracia, vol. 6; – México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2013.

40 p.

ISBN de colección: 978-607-7989-15-8

ISBN: XXXXXXXXXX

1. Derecho. 2. Discurso. 3. Mujer. 4. Sujeto.

D.R. © 2013

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Pino Suárez 2, colonia Centro,
delegación Cuauhtémoc, 06065, México, D. F.
www.equidad.scjn.gob.mx

D.R. © 2013

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Carlota Armero 5000, colonia CTM Culhuacán,
delegación Coyoacán, 04480, México, D. F.
www.genero.te.gob.mx

D.R. © 2013

Instituto Electoral del Distrito Federal

Dirección Ejecutiva de Capacitación Electoral y Educación Cívica
Huizaches 25, colonia Rancho Los Colorines,
delegación Tlalpan, 14386, México, D. F.
www.iedf.org.mx

Diseño: Ricardo Vázquez Ortega, analista diseñador

Formación: José Luis Guerrero, analista diseñador

Corrección de estilo: María Teresa Sánchez Hermosillo, analista correctora de estilo

Autora: Alicia E. C. Ruiz

Primera edición, diciembre de 2013

ISBN: 978-607-7989-15-8 (Colección)

ISBN: 978-607-7989-85-1

Impreso y hecho en México

Lo expresado en esta obra es responsabilidad exclusiva de la autora.

Ejemplar de distribución gratuita, prohibida su venta.

ISBN para versión electrónica: 978-607-8396-07-8

Teoría crítica del Derecho y cuestiones de género



Alicia E. C. Ruiz

6

—>>> Índice <<<—

| | |
|---|----|
| Introducción | 7 |
| El Derecho como discurso | 9 |
| La construcción del sentido: discurso jurídico y relato | 16 |
| El papel de quien juzga en un Estado de Derecho | 20 |
| El sujeto: categoría histórica | 24 |
| Bibliografía | 35 |
| La autora | 37 |

—>>> Introducción <<<—

EL PROPÓSITO DE este trabajo es presentar una síntesis de la perspectiva epistemológica y de las categorías y conceptos fundamentales de una teoría crítica del Derecho. Ello basado en enfoques producto de diversas publicaciones y de mi actividad académica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Asimismo, aparecen reflexiones vinculadas con la definición del Derecho como discurso social que crea sentido y cuyo efecto performativo y vinculación con el poder resultan insoslayables. Luego, se introduce un análisis más detallado del papel que cumplen quienes imparten justicia en un Estado de Derecho. Para, finalmente, abordar una serie de consideraciones en torno a la categoría del sujeto de Derecho y al modo en que el discurso jurídico selectivamente construye identidades y formas de subjetividad. Como se verá en el desarrollo del texto, una mirada crítica se opone a toda forma de esencialismo y ubica al Derecho como una producción social, histórica y culturalmente determinada.

—>>> El Derecho como discurso <<<—

LAS TEORÍAS CRÍTICAS giran en torno a los temas omitidos por el pensamiento jurídico que va de Ihering a Kelsen, pasando por Weber. Al hacerlo, producen una ruptura de carácter epistemológico porque abandonan un modelo explicativo y lo sustituyen por un modelo dialéctico-compreensivo.

Ese modelo explicativo subyace tanto al naturalismo como al positivismo en cualquiera de sus variantes.

Los grandes paradigmas jurídicos de la modernidad no sólo tienen una visión matematizante como común fundamento (del modelo hobbesiano de la *demonstratio* al de la axiomática kelseniana), también coinciden en la absolutización de lo jurídico, cuya naturaleza histórica escamotean, con fundamento en Dios, en la naturaleza, en la Razón en el primer caso, o con fundamento en una hipótesis gnoseológico-trascendental, una norma de reconocimiento o una ficción, en el otro (Cárcova: 1998).

Los críticos, en cambio, comparten la idea de que la ciencia del Derecho inter-

viene en la producción de su objeto y lo construye, en tanto lo explica mediante categorías y conceptos. Así, participa en la realización de las funciones sociales que le atribuye y fundamenta las ficciones que lo estructuran. Para dar cuenta del Derecho, dicen, no basta con ceñirse a sus aspectos normativos. Hay una serie de discursos jurídicos típicos, “como la ley”, que preceden a otro conjunto de discursos que versan sobre los primeros, como la ciencia o la doctrina, y que sólo en apariencia se limitan a la descripción de los primeros. Los críticos oponen a un concepto reduccionista del Derecho, que lo presenta como pura norma, la concepción que lo caracteriza como una práctica discursiva que es social (como todo discurso); específica (porque produce sentidos propios y diferentes a los de otros discursos), y expresa los niveles de acuerdo y de conflicto propios de una formación histórico social determinada.

El Derecho es un discurso social, y como tal, dota de sentido a las conductas de las personas y las convierte en sujetos.

Al mismo tiempo, opera como el gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Ese discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o a hacer. Su sentido remite al juego de las relaciones de dominación y a la situación de las fuerzas en pugna, en un cierto momento y lugar. El Derecho legitima al poder en el Estado, en todos los intersticios de la vida social, a través de la consagración explícita de quienes son sus detentadores reconocidos. También lo hace de manera más sutil, cada vez que dice con qué mecanismos es posible producir efectos jurídicos. Sólo algunos y bajo ciertas condiciones podrán contratar, reconocer hijos, contraer matrimonio, acceder al desempeño de ciertos cargos y aún matar y morir legalmente. Cada vez que el Derecho consagra alguna acción u omisión como permitida o como prohibida, está revelando dónde reside el poder y cómo está distribuido en la sociedad.

Se trata de un discurso que, paradójicamente, al tiempo que legitima las relaciones de poder existentes, sirve para su transformación; de un discurso cargado de historicidad y de ideología, pero que no reproduce en forma mecánica la estructura de la sociedad; de un discurso que deposita en el imaginario colectivo las ficciones y los mitos que dan sentido a

los actos reales de las personas. De un discurso que remite para su comprensión al poder y en última instancia, a la violencia. De un discurso que incluye a la ciencia que pretende explicarlo. De un discurso que es en sí mismo dispositivo de poder. Que reserva su saber a unos pocos y hace del secreto y la censura sus mecanismos privilegiados. La estructura del discurso jurídico, que articula diversos niveles, encubre, desplaza y distorsiona el lugar del conflicto social y permite al Derecho instalarse como legitimador del poder, al que disfraza y torna neutral. Como advierte Foucault, “el poder es tolerable sólo con la condición de enmascarar una parte importante de sí mismo. Su éxito está en proporción directa con lo que logra esconder de sus mecanismos... Para el poder el secreto no pertenece al orden del abuso, es indispensable para su funcionamiento” (Foucault: 1977). Los críticos cuestionan a la tradición teórico-jurídica que enfatizó los aspectos formales del Derecho, olvidando sus aspectos finalistas; que desconoció el fenómeno de su historicidad, de su articulación con los niveles de la ideología y del poder, y que negó toda cientificidad a un análisis de la relación entre Derecho y política. Sin embargo, no dejan de advertir que es la propia estructura del discurso jurídico la que enmascara y disimula al poder, y

habilita las interpretaciones que garantizan ese ocultamiento y que contribuye a la preservación de la relación entre Derecho y poder.

El Derecho significa más que las palabras de ley. Organiza un conjunto complejo de mitos, ficciones, rituales y ceremonias, que tienden a fortalecer las creencias que él mismo inculca y fundamenta racionalmente, y que se vuelven condición necesaria de su efectividad. También la teoría deberá hacerse cargo de explicar esta curiosa combinación de la razón y del mito que es propia del Derecho moderno.

El Derecho es un saber social diferenciado que atribuye a los juristas, los abogados, los jueces, los legisladores

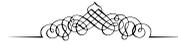
...la tarea de pensar y actuar las formas de administración institucionalizadas, los procedimientos de control y regulación de las conductas. Ellos son los depositarios de un conocimiento técnico que es correlativo al desconocimiento de los legos sobre quienes recaen las consecuencias jurídicas del uso de tales instrumentos. El poder asentado en el conoci-

miento del modo de operar del Derecho se ejerce, parcialmente, a través del desconocimiento generalizado de esos modos de operar y la preservación de ese poder está emparentada con la reproducción del efecto de desconocimiento... la opacidad del Derecho es, pues, una demanda objetiva de la estructura del sistema y tiende a escamotear el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir los mecanismos de la dominación social (Cárcova: 1998).

No hay pureza posible en la teoría acerca de este discurso, que oculta el sentido de las relaciones establecidas entre los hombres, y reproduce los mecanismos de la hegemonía social. En el mismo senti-

do, la pregonada neutralidad del jurista es sólo una fantasía. Desde esta visión del Derecho, los juristas críticos restauran el vínculo entre el Derecho y la política, sin renunciar a producir teóricamente en el campo del conocimiento.

Las circunstancias socio-políticas, las ideologías predominantes y el desarrollo que la ciencia del Derecho había alcanzado



El Derecho legitima al poder en el Estado, en todos los intersticios de la vida social, a través de la consagración explícita de quienes son sus detentadores reconocidos.



a principios del siglo xx, permiten comprender por qué Kelsen defendió tan ardentemente la preservación de esa pureza que ha devenido insostenible. Pero los tiempos ahora son otros y los sistemas de pensamiento con que se contaba ya no sirven para explicarlos. La complejidad creciente, la inestabilidad y la turbulencia de los procesos históricos introducen en el campo de la ciencia las cuestiones del caos, la catástrofe y la imprevisibilidad. Entonces, toda forma de reduccionismo teórico pierde fuerza explicativa.

En el discurso jurídico, el desplazamiento, el silencio, la censura, la exclusión, son figuras que construyen una red “racional” de ficciones, mitos y creencias, a partir de las cuales el “orden” oculta al poder.

Muy regularmente hay en las sociedades una suerte de desnivelación entre los discursos: los discursos que se dicen en el hilo de los días y de los cambios y que se pasan con el acto mismo que los ha pronunciado, y los discursos que están en el origen de cierto número de actos nuevos de palabras que los retoman, los transforman o hablan de ellos, en una palabra, los discursos que indefinidamente, más allá de su formulación son dichos, quedan dichos, y están por decirse. Nosotros los conocemos en nuestro sistema de cultura: son los textos religiosos o jurídicos (Foucault: 1977).

Este discurso peculiar se organiza de modo tal que aparece como “autosuficiente” y “autorregulado” en su producción. Un sistema cuya estructura proviene de, y puede ser entendida desde la razón; cuyos modos de creación, aplicación y funcionamiento dependen exclusivamente de su propia forma. Un discurso que pretende exhibirse íntegramente mediante uno solo de sus aspectos: como una formidable construcción metonímica.

Ocurre que no todas las regiones del discurso son igualmente abiertas y penetrables: algunas están casi prohibidas (diferenciadas y diferenciantes), mientras que otras parecen casi accesibles a todos y puestas, sin restricción previa, a la disposición de cualquier sujeto (Foucault: 1977). En efecto, “existe una opacidad de lo jurídico. El Derecho, que actúa como (...) un libreto, como una partitura, paradójicamente no es conocido o no es comprendido por los actores en escena” (Cárcova: 1985).

La regla básica de formación del discurso del Derecho es aquella que determina quiénes “están autorizados” para imprimir sentido jurídico a sus actos o palabras. Esa “autorización” se plantea en términos de doble ficción: como si la autorización siempre fuera explícita y proviniera del propio discurso, y como si su efecto significativo fuera únicamente producir normas

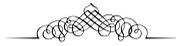
(Vahinger: 1920). Doble ficción que ocupa el lugar de la verdad y genera su desplazamiento. Desaparece, entonces, la relación poder-derecho que explica, a partir del modo en que el primero se encuentra distribuido, las inclusiones y exclusiones en el segundo. Únicamente se reconocen como “Derecho” las prácticas normativas de creación y/o de aplicación de normas. Se borran las marcas de la ideología en la producción del discurso jurídico y con ello termina por desaparecer toda posibilidad de vínculo con la social. Por fin, el jurista puede vérselas tranquilo con su objeto –las normas– y manipular con éste, sin sentirse a su vez, partícipe y determinado por el poder.

Para dar cuenta del discurso jurídico, no basta, como queda claro, ceñirse a sus aspectos normativos, ya que éste comprende más que las leyes, los contratos, las sentencias, las constituciones, los testamentos, ejemplos de autorizaciones explícitas a los productores reconocidos y reconocibles de sentido jurídico.

Habría que incluir, además, a la doctrina: práctica teórica de los juristas, que no precisa de que la “ley” la tenga por fuente del Derecho para integrar su discurso. Esa práctica teórica de los juristas y la práctica profesional de los abogados (también la de todos aquellos que “usan” las normas).

Aquí también hay “inversión” de sentido, para utilizar la terminología de Verón (Verón: 1980). Aquí también hay determinadas autorizaciones –casi siempre implícitas, a diferencia de las operaciones discursivas de efecto normativo– de no poca importancia. Sólo algunos pueden decir lo que “es” el Derecho y “ser creídos”: son los juristas, cuya práctica produce “efecto de cientificidad”, “efecto de conocimiento”, son los que dicen “la verdad”. Es el discurso

típicamente social, en el cual aparecen las marcas de la ideología y el cual se encuentra cruzado por el poder. La relación poder/saber está paradigmáticamente presente en la ciencia del Derecho, en tanto es ese saber el que proporciona una explicación racional. Racional porque tiene



En el discurso jurídico, el desplazamiento, el silencio, la censura, la exclusión, son figuras que construyen una red “racional” de ficciones, mitos y creencias, a partir de las cuales el “orden” oculta al poder.



una función de conocimiento, porque pertenece al discurso del orden y porque genera las condiciones de su propia existencia ocultando permanentemente su carácter legitimador del poder y su historicidad (Mari: 1986).

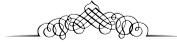
Hasta aquí un “dibujo” de la matriz teórica del discurso jurídico permitiría distinguir entre un nivel en el cual se agruparían todas las operaciones discursivas y/o prácticas que producen normas y, otro nivel de prácticas teóricas y profesionales. Los riesgos de proyectar topologías han mostrado su importancia, así que trataremos de evitarlos, destacando que los niveles son niveles de análisis, no son lugares. Un tercer nivel, es el que aloja aquella porción del discurso jurídico más negada, más oculta y cuya significación se revela en los intercambios, articulaciones e intervenciones de unas operaciones discursivas respecto de otras. Allí descubrimos las creencias, los mitos, las ficciones en acción, allí está el imaginario social, sin el cual el discurso del orden se torna inoperante y las prácticas ritualizadas polisignificantes. La ciencia jurídica ha eludido, con admirable firmeza, el reconocimiento de este tercer nivel.

El Derecho “narra” (dice) lo que se debe y no se debe hacer, decir y pensar. Prescribe y ordena en una secuencia, en un relato. He aquí su intervención visible,

desembozada, “a cara descubierta”. En tanto orden impuesto, habilita en cierta medida, formas de resistencia. Paralelamente, juega sin que se le advierta, casi naturalizando relaciones y vínculos. Así quedan “marcados” los modos en que calificamos nuestras conductas y las conductas de los que nos rodean sin que nos hayamos planteado opciones ni elegido unas “razones” mejores que otras para adoptarlos. Esta es su “cara más temible”, su costado oscuro, porque resulta muy difícil oponerse a una presencia que casi no se percibe. El Derecho instituye sujetos y define identidades. Interviene en nuestras vidas cuando nos promete, cuando nos otorga, cuando nos reconoce, cuando nos niega, cuando nos crea expectativas, cuando nos provoca frustraciones. Y, en todo momento, contribuye a dibujar el horizonte del mundo que habitamos a través de ese relato que “crea” hechos jurídicamente relevantes en la relación con normas ordenadas sistémicamente.

El Derecho es un discurso social complejo, opaco, paradójico, enunciado por diversos actores sociales, cada uno de los cuales agrega, modifica, elimina sentidos, construye y deconstruye subjetividades. Reflexionar desde la teoría del Derecho implica comprometerse –se quiera o no se quiera– con el diseño de la sociedad en la que vivimos y en la que vivirán las generaciones que nos sucedan.

El mundo que nos circunda no es homogéneo ni admite una única lectura. Surcado por el conflicto, la inestabilidad, las grandes crisis, las innumerables guerras, los desastres ecológicos, nada de lo que en él sucede “nos es ajeno”. Es un mundo multicultural, de migrantes, extranjeros, excluidos, desempleados, refugiados, pobres, abandonados. El desarrollo tecnológico y la circulación de la información, nos asoman sin sosiego, a cuanto ocurre en esta “realidad social multifacética”, tan colorida como injusta. Somos a un tiempo, “unos” y “otros”, buscándonos o esquivándonos en algún sitio real o virtual. Tenemos más formas de comunicarnos pero, cada vez, menos palabras en común. ¿Qué hechos y qué normas compondrán la “intriga jurídica” que hable acerca del choque de culturas? Es prudente recordar que, por ejemplo, tanto una ley como un caso judicial son todo menos una descripción neutral de problemas acaecidos en la realidad. Es siempre una “reconstrucción” de informes, testimonios, confesiones, dictámenes aportados a un proceso, en la que intervienen otros discursos sociales bajo la forma específica que viene dada por “el colador conceptual de la dogmática jurídica” y, sin duda, por la teoría del Derecho desde la que también se piensan y se imaginan soluciones.



Reflexionar desde la teoría del Derecho implica comprometerse –se quiera o no se quiera– con el diseño de la sociedad en la que vivimos y en la que vivirán las generaciones que nos sucedan.



—>>> La construcción del sentido: <<<— discurso jurídico y relato

SE SUELE PENSAR que la reflexión en torno a qué es la realidad y cómo se la conoce es propia de filósofos o científicos. Sin embargo, todos y todas contribuimos a “su conocimiento”.

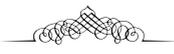
La vida cotidiana –que se presenta como la realidad por excelencia, la que se da por establecida– ya es una realidad interpretada, con significados asignados que la vuelven un mundo coherente, que compartimos con otros y en el cual sabemos cómo pensar y actuar. A partir de esta advertencia respecto de la realidad más próxima, podemos avanzar en el camino hacia un concepto distinto de verdad jurídica. Una verdad que es construida, que no está ahí para ser descubierta, sino que es el producto de un complejo proceso de conocimiento y de decisión.

Es cierto que no hay un único modo de mirar el mundo. Así es que culturas diferentes significan, de modo bien distinto, las relaciones entre los hombres y mujeres o algunos fenómenos de la naturaleza o los acontecimientos que se conmemoran, los ritos que se practican y las ceremonias

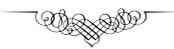
que se consideran sagradas. La realidad para cada una de ellas no es la misma, ni lo son las verdades que se reconocen.

Desde esta perspectiva, ni la realidad está dada, ni la verdad se descubre. Tanto una como la otra son el resultado de complejas operaciones que se materializan en diferentes prácticas de las que el Derecho forma parte, interviniendo junto a otros discursos sociales, en un proceso permanente de asignación de sentido en un mundo que no es homogéneo ni admite una única lectura. El lugar paradigmático donde la verdad jurídica se construye es el expediente judicial. Los hechos que se vuelven significativos y relevantes, esos hechos que los jueces mencionamos en una sentencia, son únicamente los que “existen” en el proceso, son los hechos que han sido probados. Por lo tanto, no es un tema menor el de los procedimientos que definen cómo se estructura el conocimiento de situaciones fácticas concretas que posibiliten la confrontación de fuentes distintas, que autoricen recurrir a unas o a otras, bajo ciertas condiciones. Las ga-

rantías procesales son parte sustancial de los derechos fundamentales porque habilitan la más exhaustiva investigación de los hechos, bajo determinadas condiciones, plazos y modalidades. Los hechos aducidos y probados en los expedientes judiciales no se presentan aislados ni separados unos de otros. Se organizan finalmente en la sentencia, como en un relato. Un relato que es resultado de una interpretación. Y una interpretación acerca de la realidad es siempre un proceso que implica aspectos cognoscitivos pero que está cargado, además, de valoraciones y de ideología. Como se mencionó antes, siempre es posible comparar y distinguir unas concepciones del mundo de otras y siempre se puede optar por alguna. Pero lo determinante es que el juez, como cualquier otro mortal, está siempre –sea consciente de esta circunstancia o no– incluido en un cierto modo de mirar el mundo y desde allí conoce hechos y normas, asigna sentidos, comprende y juzga: construye una realidad y una verdad. Así, para la construcción de la verdad y para la construcción de un pasado que al menos nos prometa un futuro mejor que lo que hemos vivido, es fundamental definir cuáles serán las reglas mediante las cuales se indague la verdad jurídica, y quiénes tendrán encomendada la tarea de hacer esta indagación. Sabemos que no hay garantías jurídicas definitivas



La construcción
de la verdad
y la construcción social
de la realidad desde
discursos como
el político o el jurídico
en una democracia
nunca es totalmente
neutral ni se alcanza
a partir de una
mera deducción.



ni infalibles, como no las hay en un sistema democrático en el cual lo más interesante y al mismo tiempo lo que es más atemorizador, es su fragilidad: lo que caracteriza a la democracia es que carece de fundamentos últimos. La peculiaridad de la democracia consiste en que siempre está abierta a la revisión y al cuestionamiento.

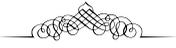
La construcción de la verdad y la construcción social de la realidad desde discursos como el político o el jurídico en una democracia nunca es totalmente neutral

ni se alcanza a partir de una mera deducción. De ahí la importancia del modo en que organicemos esos relatos, esto es, de los criterios de interpretación que elijamos para conocer la realidad, los hechos acontecidos. Porque lo que sucede en un expediente judicial se asemeja a la labor de un historiador. Se trata de indagar acerca de lo que ya ocurrió, de lo que ya pasó y hay que hacerlo mediante el descubrimiento de ciertas huellas. Y claro que uno elige las huellas que le parecen relevantes, y claro que, según la perspectiva en la que se ubique, encontrará algunas huellas y de ninguna manera, advertirá otras.

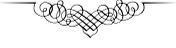
El Derecho presenta los acontecimientos como relatos, pero el Derecho no es solo ese relato. El otro elemento complicante que aparece es que junto a los hechos están las normas y a ellas también es posible asignarles sentidos diversos. Además, las normas se presentan estructuradas como un sistema y, así como los hechos no están aislados, tampoco las normas se encuentran desperdigadas. En esta articulación entre hechos y normas, que no es única,

que puede darse de muy diversas maneras, en ese cruce, está la verdad que el Derecho produce. Una verdad con efectos simbólicos y dramáticamente reales. Cuando se afirma en una decisión judicial que alguien ha cometido un acto ilícito, que alguien ha matado a otro esto implica una condena y, por ejemplo, la privación de

la libertad para la persona acusada, esto siempre y cuando se mire el caso judicial como un hecho individual y aislado. Sin embargo, hay más: sucede que el poder simbólico del discurso jurídico va más allá de las personas que son afectadas o beneficiadas directamente por la decisión de un juez. Los derechos humanos son, paradigmáticamente, un campo en el que es visible este poder del discurso jurídico



**El poder simbólico del
discurso jurídico va
más allá de las personas
que son afectadas
o beneficiadas
directamente por la
decisión de un juez.**



(Von Roermud: 1997).

He centrado mi análisis en el nivel del juez y no en el del legislador, para enfatizar la vinculación entre la construcción de la verdad y la construcción de la realidad. Pero también podría extender algunas de estas consideraciones a la aprobación de unas normas generales en lugar de otras.

Sin embargo, quiero subrayar que las decisiones judiciales que involucran derechos fundamentales tienen implicaciones que trascienden a los directamente involucrados, porque a través de esa decisión judicial se está construyendo una cierta visión del pasado y con ella se abren algunas posibilidades para el futuro y se excluyen otras.

Como el futuro es contingente y azaroso y no tenemos ninguna certeza de lo que nos esperará, estoy convencida de que al menos, lo que podemos plantearnos como un problema del presente, que nos compromete a todos, es cuál es la manera en la que elegimos participar en esta forma de construir la verdad. Insisto, para empre-

der este camino hay que renunciar a la convicción de que existen verdades absolutas y desde luego, renunciar a toda forma de dogmatismo y tener siempre presente el carácter performativo del discurso jurídico. Por nosotros y por los que nos sucedan, me parece que la apuesta debería ser esa: ser capaces de renunciar a toda forma de dogmatismo. Esa renuncia nos es exigible muy especialmente a los operadores jurídicos que tenemos una fuertísima tendencia a dogmatizar los conocimientos que poseemos (sin duda por esto de manejarnos siempre con normas) lo que nos lleva a pensar que hay criterios precisos, indudables, para definir lo que debe ser y lo que no debe ser, lo permitido y lo prohibido.

—>>> El papel de quien juzga <<<— en un Estado de Derecho

CONSTRUIR UNA JUSTICIA diferente implica poner en marcha un largo y difícil proceso, en el cual habrá que comprometer a muchas personas haciéndolas partícipes en la transformación que se intenta, que es tanto como decir, “hacerlos otros” y develar, al mismo tiempo, esa historia atravesada de complicidades, de sombras y de miserias.

Hay que poner en crisis, pacientemente, la imagen idealizada del juez que decide “por encima de”, “más allá de” intereses en pugna, contradicciones o valores opuestos. Deconstruir el estereotipo del “juez neutro”. Y dotar de nuevos significados a expresiones como la “independencia judicial”, la “supremacía de la ley” y el “Estado de Derecho”. Se trata, en fin, de remover los obstáculos epistemológicos e ideológicos que desdibujan la politicidad del Derecho y de la justicia. En el prólogo a *Ideología y Derecho*, Carlos Cossio señaló con agudeza, cómo lo que hacen los jueces afecta a todos y cuánto de lo que hacen permanece oculto, tanto para ellos como para los demás mortales “sujetados” por sus decisiones.

Siempre todos estamos implicados en lo que hacen los buenos y los malos jueces

... no tan sólo por lo que pudiera percibirse a primera vista, sino mucho más porque todos ellos, día a día y hora tras hora, hacen algo por las derechas o las izquierdas, y también por la democracia o el totalitarismo, al gravitar sobre la vida social en forma específica, como agentes del Derecho (Cossio: 1963). Ese aporte lo realizan también con una eficacia no menor, los jueces... que ignoran el alcance de sus tareas, porque el referido aporte siendo una cosa más vivida que pensada, está en función de la situación que defienden esos agentes del Derecho, situación forzosamente referida a las principales estructuras sociales... Todo el mundo comprende, claro está, que los jueces de nuestro mundo nos conciernen directamente, al menos por la posibilidad de que cualquiera de nosotros necesite recurrir a su amparo alguna vez y es obvio que para esta reflexión, aún siendo mínima, no es indiferente que los jueces sean buenos jueces o malos jueces, cabales o torpes (Cossio: ob. cit.).

Pero para el hombre de la calle, ya no es tan obvio que sus jueces les “conciernen”, aunque jamás sean actores, demandados, acusados o acusadores. Tampoco los jueces –insisto– son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social. Ni por formación, ni por el modo en que cumplen su tarea, les es fácil advertir que la justicia no es un valor inmutable, que la elección de una solución para una situación concreta es la manifestación, más o menos clara, de una cierta concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas o transformarlas. Cada vez que un juez dice “fallo”, su discurso “constituye” cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella. En definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos Derecho, que conlleva la carga legitimante del poder que le es propia.

La institución judicial, de modo altamente eficaz, elude en el discurso sobre sí misma que transmite y enseña a sus integrantes, el carácter social y político de la magistratura. De ahí que muchos jueces sirvan a fines e intereses que desconocen. Esta distancia entre lo que “creen que hacen” y lo que “hacen en realidad” tiene efectos terriblemente perversos en el afianzamiento de modelos democráticos

de organización social y política. Y como es el producto de muchas décadas de prácticas autoritarias al interior del poder judicial, reemplazarlas exige no pocos esfuerzos.

En las democracias modernas la actividad creadora de los jueces, que se desarrolla a partir de la interpretación, es una actividad controlada por los principios positivos de naturaleza garantista que se encuentran consagrados constitucionalmente. Hay un tránsito del Estado de Derecho al Estado constitucional, en el que las leyes se subordinan a los principios constitucionales y los jueces también.

La sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera sea su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino a una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de su significado con la constitución, coherencia más o menos opinable (Ferrajoli: 1995)

El juez está obligado a aplicar la ley, pero –está claro ahora– que esta obligación sólo se satisface cuando para decidir la aplicación de cualquier norma del ordenamiento, ese juez ha meditado previa-



**El juez no podría
(mejor sería decir no debería)
considerar la ley en forma
acrítica e incondicionada
sino someterla a la
jerarquía constitucional,
garantizando así
los derechos
en ella consagrados.**



mente acerca de la adecuación de esa norma a la constitución. No se trata entonces de una "aplicación mecánica", sino del resultado de una lectura marcada por el conjunto de los principios constitucionales. El juez no podría (mejor sería decir no debería) considerar la ley en forma acrítica e incondicionada sino someterla a la jerarquía constitucional, garantizando así los derechos en ella consagrados. Allí radica, sustancialmente, el fundamento de legitimidad de la jurisdicción. Una legitimación no equiparable a la que proviene de la representación política, derivada de la voluntad mayoritaria, sino que concierne a la tutela de la intangibilidad de derechos fundamentales consagrados sobre los

que se asienta la democracia sustancial. Precisamente –afirma Ferrajoli– por estar garantizados a todos y cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, a partir de la función atribuida a los jueces, es que éstos ostentan su propia participación democrática.

Los principios constitucionales, tal como se los entiende en este contexto, son construcciones históricas incorporadas al Estado de Derecho y al funcionamiento de una sociedad democrática. Ninguna decisión, por mayoritaria que fuere, podría abrogarlos, salvo a través de los generalmente complejos procedimientos de reforma constitucional, que suponen amplia discusión y participación calificada de la ciudadanía (Cárcova: 1996).

De aquí que el poder judicial sea un factor esencial de la viabilidad y supervivencia del pacto de sociabilidad que la constitución expresa.

Los jueces tenemos, pues, sobre nuestras espaldas la carga de sostener la vigencia irrestricta de los derechos fundamentales, pues no son otra cosa que los principios constitucionales a los que estamos aludiendo. Y debemos cumplir con este deber, cada día, en cada acto concreto que realizamos, porque tales derechos no son valores inmutables ni transhistóricos. Son el resultado de largas luchas

sociales, concreción del sueño de miles de hombres y mujeres de carne y hueso, que no merecen ser traicionados y, esperanza –aunque incompleta– para las generaciones por venir. Productos humanos como la democracia y la constitución necesitan del esfuerzo, el compromiso y la atención constantes. No pueden ser descuidados ni postergados. Sabemos que no basta declararlos y que tornarlos efectivos no es tarea sencilla. Pero si la magistratura asume la parte que le corresponde en esta empresa, estaremos más cerca de lograrlo. Los jueces deberemos comprender que seremos más independientes cuanto más directa y manifiestamente nos involucremos en hacer de la

constitución una parte sustancial de nuestra "cultura", cuando asumamos por fin, que "decir el Derecho" y "resolver las causas" es tanto como aplicar, día tras día, las cláusulas constitucionales. Cuando aprendamos que el orden jurídico se lee desde la "constitución", que cada ley, cada decreto, cada resolución sólo podrán utilizarse como marco para la decisión concreta, luego de haberlas sometido al test de constitucionalidad.

La supremacía de la constitución no es el resultado de ninguna operación lógica al interior de un sistema de normas, sino de su afirmación incansable como criterio último de interpretación y como principio legitimador de prácticas sociales.



Productos humanos como la democracia y la constitución necesitan del esfuerzo, el compromiso y la atención constantes.
No pueden ser descuidados ni postergados.



—>>> El sujeto: <<<— categoría histórica

PARA COMPRENDER LA complejidad de las operaciones discursivas es necesario volver al sujeto de Derecho. Ese sujeto libre y autónomo que el Derecho afirma es, en sí mismo, una categoría histórica y también lo son las cualidades que se le atribuyen. Corresponde a una determinada organización social y política donde símbolos e imaginario social se corresponden con ese sujeto para actuar y decidir con voluntad. Se trata de desmontar la ficción de la libertad y la autonomía, como cualidades que hacen a la esencia de lo humano, para proponer, en cambio, que no hay sujeto libre y autónomo, que no hay sujeto como unidad indivisible, completa y subsistente fuera de las formas sociales que lo constituyen y de las ilusiones que lo sostienen. “La humanidad”, la “vida humana”, lo “humano”, el “hombre” no son realidades dadas de una vez para siempre que se traducen en conceptos generales y abstractos. Tampoco lo es “la criminalidad”, el “delincuente”, el “marginado”. Sin embargo, los individuos concretos se miran y se reconocen entre sí a partir de un modelo

internalizado, como universal y ahistórico, que es el que justamente estamos cuestionando. Ese modelo se le aparece como su propia imagen frente al espejo: cada uno es el “hombre”, la persona que el Derecho dice que es. Sin identificación no hay identidad.

Por otra parte, lo ilícito, la libertad, la responsabilidad, la imputabilidad, la culpabilidad, el papel reconocido a la violencia en el marco de lo jurídico, los mecanismos para obtener el consenso, la direccionalidad de la represión no son sólo expresiones normativas. Son instrumentos del poder para consagrar a quienes existen como sujetos de Derecho. Podría pensarse a las categorías jurídicas como “estrategias del discurso” que permiten articular pasajes abruptos entre lo real, lo imaginario y lo simbólico tal como Kristeva propone considerar las categorías lingüísticas (Kristeva: 1976).

Es desde la institución jurídica que las personas toman conciencia de sí, se ven siendo como dicen que son las palabras que las aluden. Uno aprende que la ley

existe al mismo tiempo que queda definitivamente marcado por su ingreso al mundo de lo jurídico y, a su vez, las personas no inventan el Derecho después de estar constituidos como sujetos, como no hacen historia sin ser parte de esa historia. Los individuos no son “sujetos de Derecho” sino que son “sujetos barrados” en el sentido lacaniano. El Derecho los interpela y los constituye. Interpelación y constitución remiten a la dimensión ideológica del discurso jurídico. La interpelación no es única, el Derecho interpela de modos diversos y múltiples, no hay todo; el juego interpelatorio es heterogéneo.

Lo propio de las interpelaciones de los discursos sociales concretos es que ellas son también concretas. Cada interpelación está dirigida a ciertos individuos que supuestamente ya están constituidos como sujetos de Derecho. Aquí aparece la estructura ficcional que mantiene la integridad del discurso. Es como si hubiese en el origen algún sujeto de Derecho al cual dirigirse, al cual calificar, permitir o prohibir y porque él está primero es que, en un segundo momento, “la ley” lo alude, le habla, lo autoriza, lo interdicta, le establece algún lugar en el campo de la legitimidad o lo excluye de él, le otorga la palabra o lo priva de ella. Esta sucesión de interpelaciones particulares oculta efi-

cazmente el carácter constituyente que cada una conlleva. No hay momento de la constitución del sujeto, y después, una serie de incontables apelaciones a ese sujeto.

La serie de interpelaciones constituyentes no ocurre sólo desde el nivel normativo del discurso. En el campo del imaginario social su importancia es aún mayor. En todo ese espacio en el que el discurso jurídico produce significaciones es donde la ficción del sujeto de Derecho cumple más adecuadamente su papel. Las personas que viven y sufren día a día, muchas veces sin conciencia, las marcas que el Derecho les imprime se miran, se reconocen, se atribuyen conductas, se sienten ubicadas o creen que otras personas están puestas en los espacios que “la ley” determina. Es la ilusión de autonomía, la ilusión de una subjetividad no condicionada por las relaciones sociales y de poder, que ocultan el orden de lo simbólico que preexiste al sujeto. Es ese orden de lo simbólico el que le fija posiciones, deseos, proyectos que él cree obra y producto de sí mismo, o que lo hace sentirse privado de todo, silenciado, obligado a callar o simplemente no escuchado. Así, el discurso jurídico elabora formas de marginalidad, las dota de sentido, racionaliza los criterios mediante los cuales se marcan sus límites, así legítima



El discurso jurídico,
con otros discursos
sociales, construye
una red de
significaciones
en la que todos
quedan atrapados.



los tipos de exclusiones y de censura, así condena a la pérdida de la identidad o a la aceptación irremediable de una identidad condenada, reprobada. De este modo, el discurso jurídico, con otros discursos sociales, construye una red de significaciones en la que todos quedan atrapados.

La “identidad” es la gran cuestión en un mundo multicultural y fragmentado, donde abundan las diferencias y las desigualdades, y donde, cada día, emergen nuevas reivindicaciones de minorías étnicas, nacionales, sociales, de género, individuales y colectivas, cargadas de conflictividad. Y son muchas las veces en que el reclamo, la propuesta, la exigencia se expresan jurídicamente. La “identidad” no es un coto privado de antropólogos o

psicoanalistas. La “identidad” preocupa a los cientistas sociales todos. Y también a los filósofos del Derecho.

La interculturalidad, la segregación, la asimilación son respuestas normativas situadas en un plano normativo. Ese plano no es el de los hechos, sino el de los ideales, valores, principios (De Lucas: 1996). El discurso del Derecho interviene en el conflicto tanto como el de la política, y más que cualquier otro discurso social. Quiero decir con esto que no hay forma, desde el campo iusfilosófico, de escapar al fenómeno de la multiculturalidad, en las formas altamente conflictivas que lo caracterizan y a cuya configuración, el Derecho contribuye de manera notoria.

Las políticas sociales, las de inmigración, de ciudadanía, el aumento o la disminución de los niveles de protección en el trabajo, en la salud, en la educación, en las prácticas religiosas o en las políticas de género que afectan el grado de integración o de discriminación entre grupos o individuos, se concretan y se aplican mediante instrumentos jurídicos e implican la primacía de unos valores sobre otros, de algunos modelos de organización y de relaciones sociales, pero no de cualquiera.

Hablar de ciudadanía, de conflicto cultural, de crisis de las identidades son ma-

neras de entrar al debate acerca de la igualdad y la diferencia, o tal vez es mejor decir, de las igualdades y las diferencias. Abandonar la “singularidad” no es un simple juego de palabras. Es hacerse cargo de que la emancipación significaba en el proyecto de la modernidad la eliminación de las diferencias, la concreción de una sociedad reconciliada a través de la realización de una pura esencia humana, mientras que hoy “...consiste, por el contrario, en la afirmación del carácter constitutivo e inerradicable de la diferencia” (Laclau:1995).

La lucha por la extensión de las garantías y por los “derechos humanos” como derechos de todos y todas coincide con este reconocimiento del “carácter constitutivo e inerradicable de la diferencia”. En tanto que garantías y derechos humanos se asocian a una concepción universalista, la postulación de las diferencias remite, al menos en un principio, a formas propias del particularismo. ¿Es posible abordar ambas cuestiones en un mismo discurso jurídico?

En la modernidad, Europa universalizó su propio particularismo y “la expansión europea tuvo que ser presentada en términos de una función universal civilizatoria... en consecuencia las resistencias de otras culturas fueron presentadas, no como lucha de identidades y culturas par-

ticulares, sino como parte de una lucha omniabarcante y epocal entre universalidad y particularismos, la noción de pueblos sin historia expresa precisamente la incapacidad de estos para representar lo universal” (Laclau: ob. cit.). Puede parecer que no hay forma de salvar el abismo entre lo universal y lo particular, “lo que equivale a decir que lo universal no es más que un particular que en algún momento ha pasado a ser dominante, y que no hay manera de alcanzar una sociedad reconciliada” (Laclau: ob. cit.). La apelación al puro particularismo, especialmente en sociedades complejas, no es una solución, porque ningún particularismo “puede afirmarse independientemente de cualquier contenido y de la apelación a una universalidad que lo trascienda” (Laclau: ob. cit.). Si lo único válido es la afirmación de un particularismo determinado (las mujeres, los negros, los homosexuales) y no pretendo sostener simultáneamente la idea de una armonía preestablecida, debo asumir que existirán choques con otros grupos también particulares (los racistas, los sexistas, los homofóbicos). Y el problema es complejo. Primero, porque no hay modo de enfrentar tales conflictos sin la suposición previa de que ellos se desenvuelven en un espacio más grande que el del grupo, sector o comunidad que lucha por su reconocimiento. Segundo, porque

ni la manera en que la situación puede desarrollarse, ni la posibilidad de su superación están garantizadas, y menos aún lo está la definición final. Es decir que así como no hay armonía preestablecida, tampoco hay premisas políticamente neutras que permitan el consenso, el establecimiento de reglas y la primacía de los principios que compartimos. Hay que estar dispuestos a aceptar que muchas veces los mecanismos a través de los cuales se regulará el conflicto están muy lejos de corresponderse con modelos progresistas o “políticamente correctos”.

Los valores democráticos y liberales definen un juego, sólo uno posible entre muchos otros, y no el único. Las democracias liberales occidentales no son la solución universal a la coexistencia humana ni la forma de convivencia racional entre los hombres. No se trata de buscar los argumentos necesarios desde una teoría moral universalista y racional para legitimar las instituciones democráticas, sino más bien de advertir que la construcción de prácticas democráticas supone creencias y discursos compartidos. Si hablamos de prácticas, nos acercamos a los aspectos más problemáticos del funcionamiento de un orden democrático.

El pluralismo supone conflictos de valores que pueden ser irresolubles cuando se trata de valores fundamentales ¿Cómo

se construye y/o se preserva el “orden democrático” en el marco de tales situaciones? En primer lugar, se trata de asumir el conflicto y no negarlo o apostar a que es factible su superación definitiva. En tanto la novedad de la democracia reside en su falta de fundamento último, en su constante posibilidad de volver incansablemente sobre sí misma para cuestionarse, la pluralidad de concepciones del bien no es algo negativo, por el contrario es necesaria para que el sistema se preserve como democrático. En segundo lugar, hay que aceptar que en la democracia el disenso es tanto o más importante que el consenso. Claro que un cierto consenso es imprescindible, porque sin él las instituciones propias de la democracia no serían concebibles, pero es en la afirmación de la figura del disidente (el extranjero, el migrante, el “otro”) como referente necesario donde comienza el difícil proceso de construcción de prácticas democráticas.

En realidad, no se puede tomar seriamente la existencia de una pluralidad de valores legítimos sin reconocer que van a entrar en conflicto. Y este conflicto no puede visualizarse simplemente en términos de intereses en competencia que pueden ser resueltos y acomodados sin ninguna violencia. Muchos conflictos son antagónicos, porque tienen lugar entre interpretaciones enfrentadas de los valores ético-políticos

comprendidos en las instituciones democrático-liberales... la política, en especial la política democrática, no puede nunca superar el conflicto y la división. Su objetivo es establecer la unidad en un contexto de conflicto y diversidad; está ocupada en la formación de un nosotros en oposición a un ello. Lo específico de la democracia política no es la superación de la oposición ellos/nosotros sino la manera diferente en que es manejada (Mouffe: 1998).

El Derecho forma parte de la búsqueda inacabable de una manera de superar el conflicto, búsqueda sin fin mientras estamos en democracia, búsqueda imposible de satisfacer que, sin embargo, no puede abandonarse sin riesgo. Se trata de una situación paradójica: el Derecho entra en la escena como un discurso destinado a resolver lo que no tiene solución si al mismo tiempo queremos preservar la democracia. Siempre estaremos “unos” y “otros”, y siempre existirá antagonismo en las relaciones sociales, porque no hay manera de ser “uno” sin reconocer a un “otro”. No habrá diferencia si la negamos, la eliminamos o la borramos. Si acabamos con el extranjero, el migrante, el excluido, ya no seremos lo que somos. No aseguramos nuestra propia identidad sino a través de la convivencia con otras identidades. Convivencia traumática, difícil,



**El Derecho forma parte de
la búsqueda inacabable
de una manera de superar
el conflicto, búsqueda
sin fin mientras
estemos en democracia.**



en cuyo devenir unos y otros mutan y se transforman.

El discurso del Derecho nos sitúa, nos hace ser “personas” ante “otras personas”, fija la oposición nosotros/ellos de la que habla Chantal Mouffe. En una democracia, tal vez el intento pase por dar vuelta a la noción de igualdad para caracterizar un tipo peculiar de oposición. No queremos que se nos interpele y se nos constituya como iguales a costa de nuestra desgracia, de nuestro sometimiento, de nuestro silencio y de nuestra resignación a ser como y a estar donde otros ordenen, sino de asegurar la igualdad de los diferentes y siempre que tengamos la oportunidad de participar en las decisión de “cuáles diferencias” son las relevantes.

¿Cómo explicar la configuración de la mujer como “sujeto de Derecho”? Cómo

hablar acerca del impacto del discurso jurídico en la definición de la identidad femenina, evitando una recaída esencialista, y sin perder la mirada crítica, esto es, procurando ir más allá de las normas (lo que no significa desconocer su importancia) para revelar cuánto de lo que el Derecho impone (y cuanto de lo que es posible transformar) está ligado a la producción, circulación y consumo de sentidos establecidos por las tradiciones judiciales, las postulaciones de la dogmática y el imaginario social. Y hay más, se trata de sostener que la negación de cualquier forma esencial de lo femenino no conlleva la imposibilidad de actuar para cambiar lo dado.

La observación de Chantal Mouffe se orienta en la misma dirección, cuando dice que

... la ausencia de una identidad esencial femenina y de una unidad previa... no impide la construcción de múltiples formas de unidad y de acción común. Como resultado de la creación de puntos nodales, pueden tener lugar fijaciones parciales y pueden establecerse formas precarias de identificación alrededor de la categoría 'mujeres', que provean la base para una identidad feminista y una lucha feminista (Mouffe.: 1998).

Ernesto Laclau (1987, 1990, 1996, 1997) y Chantal Mouffe proponen un sugerente

análisis de la identidad. Laclau se pregunta por el lugar del sujeto, del lenguaje y de la ideología en la producción del orden social. Experimenta con los conceptos, indaga acerca de cómo se constituye un orden social, siempre contingente e incompleto, y presenta una teoría de la subjetividad en relación con una teoría del orden político (Schuster, F.L.: 1997).

Un primer dato es el carácter histórico y social de las identidades. Al construir una identidad, se actualizan algunas de las posibilidades estructurales de la sociedad y se dejan de lado las restantes, a través de estrategias de afirmación y de reconocimiento. Laclau subraya que "... no hay ningún cambio histórico importante, en el que la identidad de todas las fuerzas intervinientes no sea transformada..." (Laclau, E.:1996).

La constitución de una identidad supone un juego con otras identidades. En ese juego todas ellas se resignifican. Ninguna está garantizada en lo que "es", no es permanente ni invariable. Si aparecen nuevas identidades, las que ya están dadas se transforman, aún cuando resistan para preservarse "sin mácula". Si algunas desaparecen o son destruidas, la supervivencia de las demás se ve, cuanto menos, amenazada.

Ahora bien, en ese proceso, algo se deja fuera, algo no se incorpora, algo se excluye,

de donde la afirmación de una diferencia es condición de existencia de toda identidad. Lo excluido, el “exterior constitutivo” de cualquier identidad individual o colectiva, son los otros, ya se trate de grupos, comunidades, actores sociales, clases. Es fundamental, en este análisis, advertir que no hay identidades auto-poéticas; que el otro, algún otro u otros (reales o imaginarios) están siempre presentes, como antagonistas, y que lo están en su exclusión. En el mismo sentido, Derrida apunta que, construir una identidad implica la exclusión de algo y el establecimiento de una cierta jerarquía entre los polos resultantes.

En otros términos, en el proceso de construcción de una identidad, siempre algo se deja fuera, algo no se incorpora, con lo que lo excluido pasa a ser el exterior de aquella. La presencia de este exterior hace que Laclau sostenga que la identidad está siempre dislocada. A partir de esta conceptualización resulta más clara la primacía de lo político en la forma según la cual las identidades se organizan.

Esta noción –que alimenta una pluralidad de movimientos estratégicos que, como la concibe Derrida, son posibles gracias a indecibles tales como “suplemento”, “trazo”, “diferencia”, etc.– indica que toda identidad se construye a través de parejas de diferencias jerarquizadas:

por ejemplo entre forma y materia, entre esencia y accidente, entre negro y blanco, entre hombre y mujer. La idea de “exterior constitutivo” ocupa un lugar decisivo en mi argumento, pues, al indicar que la condición de existencia de toda identidad es la afirmación de una diferencia, la determinación de un “otro” que le servirá de “exterior”, permite comprender la permanencia del antagonismo y sus condiciones de emergencia. En efecto, en el dominio de las identificaciones colectivas –en que se trata de la constitución de un “nosotros” por la delimitación de un “ellos”– siempre existe la posibilidad de que esta relación nosotros/ellos se transforme en una relación amigo/enemigo, es decir que se convierta en sede de un antagonismo. Esto se produce cuando se comienza a percibir al otro, al que aquí se consideraba según el simple modo de la diferencia, como negación de nuestra identidad. A partir de ese momento, sean cuales fueren las relaciones nosotros/ellos, ya se trate del orden religioso, étnico, económico o de cualquier otro (esas relaciones), se convierten en políticas, en el sentido schmittiano del término (Mouffe: 1998).

También el poder, entonces, está presente en la constitución de toda identidad, la cual es, en sí misma, un acto de poder, de modo que sin poder no habría identidad (ni identidades). La afirmación parcial de

cada identidad depende de su capacidad de reprimir aquello que la amenaza (poder contra poder). El poder no es, entonces, externo a dos identidades constituidas, sino que las integra y las define. Por tanto, la desaparición radical del poder equivaldría a la disolución del tejido social, ya que en toda sociedad, aún en las que se proclaman más libres, el poder es condición de identidad.

No hay identidad social o individual, pues, que se sitúe más allá del cruce de la política con el poder. O, dicho de otro modo, no hay identidad social o individual que no esté apresada por la contingencia.

¿Y el Derecho? La teoría crítica (o algunas de las múltiples versiones que se autodenominan críticas) insiste en que el discurso jurídico se sitúa como legitimador del poder, como instituyente de unas relaciones sociales en desmedro de otras, como orden constitutivo de la subjetividad, a través de múltiples interpelaciones que se articulan con relativa –sólo relativa– estabilidad. Estas tesis se acercan al enfoque que sostienen Ernesto Laclau y Chantal Mouffe y,

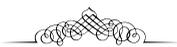
considerarlos conjuntamente, abre un interesante campo de reflexión para los juristas dispuestos a mirar "más allá" de la pura normatividad.

Debemos volver una y otra vez a destacar que el Derecho no es, únicamente, un conjunto de normas, ya que no estamos

dispuestos a abandonar una postura antiesencialista y crítica. En la constitución del sujeto de Derecho, así como en el reconocimiento de identidades individuales o colectivas, están presentes todos los niveles del discurso jurídico. Un discurso social que interactúa, además, con otros discursos sociales, como el de la política o el de la moral.

Así, sucede que las cualidades que definen a la "mujer honesta" no están, en realidad, escritas en la ley, pero es la "honestidad

jurídicamente valorada" la que determinará que una mujer de carne y hueso sea o no alcanzada por la condena o la protección del Código Civil o del Código Penal. El concepto de honestidad que el Derecho hace suyo se integra con prescripciones normativas, creencias depositadas en el



La desaparición radical del poder equivaldría a la disolución del tejido social, ya que en toda sociedad, aún en las que se proclaman más libres, el poder es condición de identidad.



imaginario social, teorías sustentadas por los juristas, interpretaciones enunciadas por los jueces, concepciones ideológicas, conocimientos científicos propios de una época y de una sociedad. La instalación de la mujer como sujeto de Derecho supone este proceso complejo de asignación de sentidos a la “ley”. Las mujeres son interpeladas por el discurso jurídico, adquieren (una) identidad y son sujetos según cómo y con los alcances que resulten de las múltiples formas en que el Derecho se dirige a ellas. Se trata de una cuestión decisiva, porque del orden en que se articulen las diversas interpelaciones dependerá, en buena medida, lo que “la mujer sea” para sí misma y para los demás. La importancia del concepto de “articulación” en el discurso del Derecho es similar a la que le otorga Chantal Mouffe al reflexionar en torno al discurso político.

Negar la existencia de un vínculo a priori, necesario, entre las posiciones de sujeto, no quiere decir que no haya constantes esfuerzos para establecer entre ellas vínculos históricos, contingentes y variables. Este tipo de vínculo que establece una relación contingente, no predeterminada, entre varias posiciones es lo que designamos como ‘articulación’. Aunque no existe un vínculo necesario entre diferentes posiciones de sujeto, en el campo de la política, siempre hay

discursos que tratan de proveer una articulación entre ellas desde diferentes puntos de partida. Por eso, cada posición de sujeto se constituye dentro de una estructura discursiva esencialmente inestable, puesto que se somete a una variedad de prácticas articuladoras que constantemente la subvierten y transforman. Por eso, no hay ninguna posición de sujeto cuyos vínculos con otras estén asegurados de manera definitiva y, por tanto, no hay identidad social que pueda ser completa y permanentemente adquirida. Esto no significa, sin embargo, que no podamos retener nociones como ‘clase trabajadora’, ‘varones’, ‘mujeres’, ‘negros’ u otros significantes que se refieren a sujetos colectivos. No obstante, una vez que se ha descartado la existencia de una esencia común, su estatus debe ser concebido en términos de lo que Wittgenstein designa como ‘ semejanza de familia’, y su unidad debe considerarse el resultado de una fijación parcial de identidades mediante la creación de puntos nodales (Mouffe, Ch.: 1998).

De ahí que valga la pena enfatizar que la cuestión del sujeto, de la ciudadanía y de la identidad son claves para apuntar a una sociedad radicalmente democrática y plural.

En la línea de Butler, los sujetos son producidos mediante prácticas excluyentes y legitimadoras que se invisibilizan como

tales, entre las cuales las jurídicas son altamente eficaces en el proceso de naturalización de algunos individuos, de algunos cuerpos, de algunas identidades.

“Asumir” un sexo en el marco de los medios discursivos que corresponden al imperativo heterosexual permite ciertas identificaciones sexuales e impide otras.

Esta matriz excluyente mediante la cual se forman sujetos requiere pues la producción simultánea de una esfera de seres abyectos, de aquellos que no son ‘sujetos’ pero que forman el exterior constitutivo del campo de los sujetos. Lo abyecto designa aquí precisamente aquellas zonas ‘invisibles’ o ‘inhabitables’ de la vida social, que sin embargo, está densamente poblada por quienes no gozan de la categoría de sujetos, pero cuya condición de vivir bajo el signo de lo invisible es necesaria para circunscribir la esfera de los sujetos. Esta zona de inhabitabilidad constituirá el límite que defina el terreno del sujeto; constituirá ese sitio de las identificaciones temidas contra las cuales –y en virtud de las cuales– el terreno del sujeto circunscribirá su propia pretensión a la autonomía y a la vida. En este sentido, el sujeto se constituye a través de la fuerza de la exclusión y la abyección, una fuerza que produce un exterior constitutivo

del sujeto, un exterior abyecto que después de todo es interior al sujeto como su propio repudio fundamental (Butler: 1993).

Ninguna vida, ningún cuerpo, nada de lo que selectivamente es denominado humano recibe esa calificación porque pertenece a un orden natural o universal, orden que está discursivamente construido y atravesado por el poder.

La “condición humana” de la que solo algunos disfrutan está sostenida en las múltiples exclusiones que constituyen el lado oscuro de la categoría de “humanidad”. Comparto la tesis de Ernesto Laclau de que nuestra humanidad es, como el sujeto, una entidad a construir desde una perspectiva que renuncie a fundamentos ontológicos (Laclau: 1993). Es pues un desafío al que los operadores jurídicos, y en particular los jueces, no podemos dejar de lado. Y para satisfacerlo no basta la buena voluntad. Estamos exigidos a apropiarnos de nuevas miradas teóricas y a transformar la forma en que ejercemos el poder del que disponemos. Sólo así tiene sentido hablar de la vulnerabilidad de tantos y tantos habitantes de este planeta y de pregonar el valor de hacer de la justicia un lugar al que todos puedan llegar. Nadie debería morir “ante las puertas de la ley”... ni de los tribunales.

—>>> Bibliografía <<<—

- BUTLER, J., *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del 'sexo'*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1993.
- CÁRCOVA, C. M., "Sobre la comprensión del Derecho", ponencia presentada en el seminario del grupo "Derecho y sociedad" del CLACSO, Buenos Aires, 1985.
- , *Derecho, política y magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996.
- , *La opacidad del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1998.
- , *Las teorías jurídicas postpositivistas*, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2007
- COSSIO, C., *Ideología y Derecho*, Inédito, 1963.
- DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras*, Madrid, Temas de hoy, 1994.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 1995.
- FOUCAULT, M., *La historia de la sexualidad*, tomo I, México, Siglo XXI, 1977.
- KRISTEVA, J., "Sujeto en el lenguaje y en la práctica política", en *Locura y sociedad segregativa*, Barcelona, Anagrama, 1976.
- LACLAU, E., "Poder y representación", *Revista Internacional de Filosofía Política*, número 5, Madrid, 1995.
- , *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1990.
- , "Poder y representación", *Sociedad*, número 4, Buenos Aires, 1994.
- , "Sujeto de la política y política del sujeto", en *Emancipación y diferencia*, Buenos Aires, Ariel, 1996.
- , "Deconstrucción, pragmatismo y hegemonía", *Ágora*, número 6, Buenos Aires, 1997.
- LACLAU, E. y MOUFFE, Ch., *Hegemonía y estrategia socialista*, Madrid, Siglo XXI, 1987.
- MARÍ, E., "El discurso en el plano del discurso teórico", en *El discurso jurídico*, Buenos Aires, Hachette, 1982.
- MOUFFE, Ch., "Deconstrucción, pragmatismo y la política de la democracia", en *Deconstrucción y pragmatismo*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1998.
- , "Feminismo, ciudadanía y política democrática radical", en *El retorno de lo político*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1998.
- RORTY, R., "Notas sobre deconstrucción y pragmatismo", en *Deconstrucción y pragmatismo*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1998.
- RUIZ, A. E. C., "Aspectos ideológicos del discurso jurídico", en *Materiales para una teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991.
- , "Derecho, democracia y teorías críticas de fin de siglo", en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- , "Del imposible acto de juzgar", en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del De-*

- recho, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- , “La criminalidad como forma de exclusión y censura”, en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- , “Derecho y derechos: una sociedad multicultural” en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- , “La constitución y los jueces” en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- , “De las mujeres y el Derecho” en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- , “¿Quiénes son sujetos de Derecho? ¿Quién dice qué es el bien común?”, en *Políticas de Reconocimiento*, tomo II, Buenos Aires, Ediciones Ají de pollo, 2009.
- , “Democracia y orden constitucional: el lugar de los jueces”, ponencia presentada en la conferencia inaugural del I Congreso de Graduados en Derecho y VII Congreso de Estudiantes de Derecho “Nuevas tendencias jurisprudenciales en el Derecho público y privado”, organizado por el cuerpo de graduados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, que se llevó a cabo en la ciudad de Santa Fe, los días 27 y 28 de septiembre de 2012.
- , “Jueces y Memoria”, ponencia presentada en la VI Jornada Brasileña de Filosofía del Derecho y IV Jornada Argentino-Brasileña de Filosofía del Derecho, celebradas los días 16 y 18 de agosto de 2012 en la Facultad Mineira de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Minas en la ciudad de Belo Horizonte, Brasil.
- SCHUSTER, F. L., “Ernesto Laclau, teórico de la contingencia y la política”, *El ojo mocho*, número 9/10, Buenos Aires, 1997.
- VALHINGER, H., *Ficción en el sentido de la “Filosofía del como si” (Die Philosophie des “Als Ob.”)*, Leipzig, 1920.
- VERÓN, E., “La semiosis social”, en *El discurso político*, México, Nueva Imagen, 1980.
- VON ROERMUND, B., *Derecho, relato y realidad*, Madrid, Tecnos, 1997.

—>>> La autora <<<—

Alicia Enriqueta Carmen Ruiz

Jueza del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde 1998.

Coordinadora de la oficina de género del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Profesora titular de Teoría General y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Directora de la carrera de especialización en Magistratura de la Escuela de Servicio de Justicia de la Universidad Nacional de La Matanza, creada por resolución conjunta del Ministerio Público Fiscal de la Nación y el Ministerio Público de la Defensa de la Nación en julio de 2013.

Realiza en forma permanente actividad docente y de investigación en distintas universidades e instituciones del país y del extranjero.

Ha publicado libros y numerosos artículos y ensayos en revistas en Argentina y en el exterior.

Teoría crítica del Derecho y cuestiones de género se terminó de imprimir en Talleres Gráficos de México, Av. Canal del Norte 80, colonia Felipe Pescador, 06280, México, D. F., en el mes de diciembre de 2013. El cuidado de la edición estuvo a cargo de María Teresa Sánchez Hermosillo, analista correctora de estilo. El tiraje fue de 10 000 ejemplares impresos en papel bond de 75 gramos y forros en cartulina cuché mate de 210 gramos. Se utilizaron las fuentes tipográficas Goudy y Candara.

Esta obra se difunde en formato pdf en la Biblioteca Electrónica del Instituto Electoral del Distrito Federal desde el 23 de junio de 2014.

