

La sobredeterminación del discurso jurídico en materia de derechos sociales y derechos humanos

POR **FEDERICO SAGGESE** (*)

Sumario: I. Introducción. II. Discurso hegemónico y discurso ausente (o lo que se dice y lo que se calla). III. Razonamiento jurídico ¿pensamiento circular? IV. La sobredeterminación del discurso jurídico en materia de Derechos Sociales y Derechos Humanos. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

Resumen:

En el presente artículo se aborda, resumidamente, la temática de la conformación del discurso jurídico, particularmente en materia de Derechos Sociales (entendidos como parte integrante de los Derechos Humanos), con el objetivo de indagar en las verdaderas fuentes de los conceptos normativos, su legitimidad y su pretendida racionalidad organizadora. Al respecto se plantean cuestionamientos desde un pensamiento crítico y dialéctico, que retomando ideas del realismo jurídico y de las escuelas críticas de derecho, pretenden deconstruir los conceptos más difundidos (y poco discutidos) del modelo discursivo dominante.

Palabras Claves: Discurso jurídico. Derechos Sociales. Derechos Humanos.

The overdetermination of legal speech in matter of social and human rights

Abstract

This article deals briefly the subject that satisfies the legal speech, particularly in social rights (understands as human rights), with the objective of investigate in the sources of rules, their legitimacy and their organized rationalist. In this regard is set out questioning from a dialect and critical, taking up again ideas of legal realism and critics schools of law, pretends construct the concepts more disseminate (and less discuss) of dominant discursive model.

Keywords: Jurist speech. Social rights. Human Rights

“No lográndose que lo que es justo sea fuerte, se ha logrado que lo que es fuerte sea justo.”

Blaise Pascal

I. Introducción

Cuando uno camina por el centro de la ciudad descubre cosas que a menudo pasan desapercibidas. Obviamente, si pretendemos hacerlo concientemente, deberemos abrir nuestra mente y, principalmente, despojarnos de algunos prejuicios, principalmente ideológicos. (Luego retomaremos este aspecto).

Pues bien, ¿qué es lo que observamos al caminar por las calles más pobladas de una ciudad como La Plata o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires?

Dejando de lado, por el momento los arreglos florales y las ocurrentes invenciones publicitarias, estaremos en presencia de un paisaje desolador: niños y ancianos pidiendo limosna en cada esquina, jóvenes ofreciendo forzadamente lavar y cuidar los coches, mujeres pidiendo ayuda para los niños nacidos con HIV, manifestaciones sociales de desocupados solicitando trabajo genuino, trabajadores despedidos movilizados, etcétera.

(*) Docente de la Cátedra I de Derecho Constitucional; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; UNLP.

Sin duda, a la mayoría de nosotros nos conmoverán todas o al menos algunas de estas fotografías urbanas. Y cada uno ensayará su respuesta justificatoria: “pobre gente”, “que desgracia”, “este país no cambia más”, “se nota que somos del tercer mundo” y aún algunos soltarán una clasista “no trabajan porque no quieren”.

Lo que quiero destacar de estas situaciones retratadas tiene que ver entonces con el discurso. No sólo con las frases que recién copiamos, sino con el discurso dominante, particularmente con la sobredeterminación del discurso jurídico.

La pobreza extrema reflejada sin ambages en las instantáneas mencionadas no pareciera tener un sentido jurídico. Claro, me dirán ustedes, es una “realidad social o económica”, no una realidad jurídica.

Yo diría, más bien, es una realidad social y económica, claro está. Pero también es una realidad jurídica, política y hasta filosófica.

Veamos: la situación que graficamos no extrañaría en lo más mínimo en un Estado que no fuera de Derecho, por resumir, una dictadura o un Estado Totalitario, desvinculado totalmente del ejercicio de la soberanía popular.

Sí resulta chocante y aún inexplicable en un Estado Social de Derecho como pretende ser nuestro país.

Y entonces, ¿qué es lo que sucede?

Por lo pronto, digamos que una de las explicaciones viene de la mano, precisamente, de la cuestión discursiva.

El derecho es uno de los discursos con mayor impacto en la realidad social (discurso normativo), luego de la política, claro está (*discurso máximo*). Al menos esto será así para quienes crean que la política y el derecho no son la misma cosa, o al menos, parte de lo mismo. Aclaro que yo, en esta materia, tengo mis dudas.

Yendo ahora al punto de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, se estará de acuerdo con que resulta casi ofensivo para quienes esto leen insistir con que los Derechos a la Salud, a la Educación, a la Vivienda Digna, las libertades políticas, a la Vida y a la igualdad real de oportunidades se encuentran específicamente regulados en nuestras Constituciones Nacional y provinciales, con toda claridad y contundencia.

Entonces ¿Qué es lo que obsta su cumplimiento?

De seguro, esta pregunta ya nos la habremos formulado varias veces, de hecho se ha escrito mucho acerca del tema.

Dejando entonces de lado estas cuestiones, que podrán buscarse en sus respectivas publicaciones (1) en lo que nos centraremos hoy es en el conflicto discursivo que provocan tales normas.

II. Discurso hegemónico y discurso ausente (o lo que se dice y lo que se calla)

Que en el campo cultural, y dentro de él, en el campo jurídico particularmente, las relaciones de poder son funciones omnipresentes, incluso para quienes no quieran saber que lo sufren o, aún, que lo ejercen, es algo de lo que ya hemos sido advertidos (2).

(1) Ver, entre muchos: ABRAMOVICH-COURTIS, 2004; WALDRON, Jeremy, 2000; DWORKIN, Ronald, 1984; SEN, Amartya, 2002; FERRAJOLI, Luigi, 2001; y nosotros mismos en SAGGESE, Federico, 2009.

(2) Con particular dedicación se ha ocupado de esta temática BOURDIEU, si bien es algo que atraviesa toda su obra, puede consultarse al efecto BOURDIEU, Pierre, 1981 y del mismo autor, 2001, cap. II “Sobre el Poder Simbólico”. Desde otra concepción, puede verse, asimismo, FOUCAULT, Michel, 1991.

Por lo tanto, que el *derecho es un discurso* (3) –y como tal, parte del juego del poder– es algo que no debiéramos desconocer, aunque sea notable que no se lo enseña desde este ángulo en las Facultades de Derecho, lo cual es cierto. Y esto tiene su propia explicación, muy vinculada –por cierto– al mantenimiento de las “reglas de juego”.

En efecto: el derecho no es, como sabemos, sólo norma, conjunto de reglas. Esto es únicamente una parte del discurso (v.g.: los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, las constituciones, las leyes). De hecho, podríamos asegurar que la mayor parte del discurso jurídico yace fuera de los enunciados normativos, está vivo y fluctuante en su interpretación, en su aplicación y en su enseñanza en los distintos ámbitos.

La teoría y el análisis de los discursos han tenido grandes maestros, que han dedicado gran parte de su obra al tema (4). Tomaremos por ello, algunos de los conceptos que consideramos centrales de aquellos grandes pensadores, para proveernos de un marco teórico compatible con el análisis crítico que proponemos en estas líneas.

Creemos que el *discurso jurídico formalista* que considera al Derecho como un mero sistema de normas autónomas –con mayor o menor sistematicidad– y sin lagunas, del cual siempre es posible deducir cuál es la ley aplicable al caso concreto, ha sido superado hace muchos años, con la entrada en escena de la doctrina del realismo jurídico de Jerome Frank, Benjamín Cardozo, etcétera (Cueto Rúa, 1997). No nos detendremos en su examen, puesto que lo consideramos innecesario.

A partir de allí, resulta claro que tanto la tarea de los jueces como la de los profesores de derecho (y del intérprete del Derecho en general) no es mecánica, neutral ni objetiva (5). El discurso jurídico se ve por primera vez como “retórica jurídica” (Aristóteles, I y II) (6), carente de validez en el plano de la fundamentación.

Ahora bien, si parecía estar surgiendo un nuevo paradigma científico en materia de teoría jurídica y razonamiento práctico, ¿qué pasó luego?

Pasó lo que era previsible, el discurso liberal de los derechos, ante la sentida ofensiva de un “contra-discurso”, en sus distintas vertientes, inició un proceso de “reconstrucción” teórica, agregando fundamentos filosóficos, morales y aún políticos a la ya desacreditada “racionalidad jurídica”. Quizás sean en este punto John Rawls y Ronald Dworkin los más significativos –y auténticos– de los autores.

Para entender cómo opera en concreto este discursar, podemos distinguir con Bourdieu, al menos dos fuerzas de interpretación de la ley (o de manipulación significativa), que se reparten el trabajo en la lucha por la “dominación simbólica”. Por un lado la ejercida desde el ámbito académico (“juristas” o profesores de derecho) y, por el otro, el de los magistrados (7). Los combates por la hegemonía de la

(3) Son varias y variadas las conceptualizaciones que se han esbozado del término “discurso” y sus implicancias. Bástenos aquí aclarar que utilizamos un concepto amplio, que incluye no sólo el lenguaje sino también, estructuras culturales, ideologías, hechos y prácticas sociales. Véase, por ejemplo, FOUCAULT, Michel (1996, 7), donde el autor expresa: “El discurso es ese conjunto regular de hechos lingüísticos en determinado nivel, y polémicos y estratégicos en otro”.

(4) Por sólo nombrar algunos de los fundamentales, citaremos a FOUCAULT, Michel; BOURDIEU, Pierre; HABERMAS, Jürgen; CHOMSKY, Noam; BARTHES, Roland; ALTHUSSER, Louis; POPPER, KARL.

(5) Resulta interesante en este punto, lo dicho por COHEN respecto del razonamiento circular que implica generalmente el razonamiento jurídico, demostrado en el siguiente ejemplo: “La proposición de que una ley es inconstitucional porque priva a las personas de la propiedad sin debido proceso legal sería científicamente útil si ‘propiedad’ y ‘debido proceso’ fuesen definidos en términos no jurídicos; de otro modo tal enunciado obstruye simplemente el estudio de los hechos relevantes” (COHEN, 1962, 46/47).

(6) Entendida, desde antiguo, como la facultad de considerar para cada caso lo que puede ser convincente (ARISTOTELES, capítulos 1 y 2).

(7) BOURDIEU, 2001, cap. V.

significación real del derecho, entonces, pueden producirse entre un grupo y otro, o dentro de distintas facciones que trascienden al grupo.

Nosotros agregaríamos, sin ánimo de desarrollar aquí el punto, el ejercicio discursivo que se efectúa directamente en el campo político, a través de funcionarios públicos, periodistas, legisladores y arco opositor, quienes desde un lenguaje desprendido de ciertas asepsias del vocabulario técnico, suelen influir (o al menos pretenden hacerlo) en la asimilación simbólica de los significados jurídicos en la población. Circunstancia que se verifica principalmente a partir de la intervención de sus agentes en programas televisivos y periódicos, cuando no través del peso editorial de distintos medios (y multimédios) de comunicación masiva (8).

Este último fenómeno posee, en principio, aspectos positivos y negativos. En el primer caso, está claro que verifica en los hechos una suerte de democratización del debate, en cuanto amplía el número de personas que intervienen en la discusión (más allá de los jueces y los “juristas”). Pero también esta misma razón es la que nos distrae del discurso subyacente, puesto que –en definitiva– las voces que se escuchan o se hacen escuchar continúan siendo objeto de una selección excluyente, que quita de escena al discurso ausente.

Perfilándose entonces la cuestión como una temática compleja, y por tanto, no pasible de estudio bajo las exclusivas premisas de las formulaciones jurídicas, es que utilizamos aquí el concepto de “sobredeterminación”, que ha sido incorporado fundamentalmente por Althusser, en un sentido que refleja la existencia de una determinación múltiple de las prácticas sociales, o una “autonomía relativa” (Althusser, 1993, 93) de la realidad social. En tal sentido, extrapolando este concepto propio de las ciencias sociales al campo jurídico, tenemos una herramienta nueva para pensar al Derecho, como una deriva de mutuas determinaciones y representaciones entre lo económico, lo político y lo ideológico.

En dicho contexto, estas mismas palabras constituyen una referencia del discurso ausente.

Enfoquemos entonces nuestra atención, primeramente, en algunas cuestiones vinculadas con las características generales del discurso jurídico, para pasar luego a un resumido análisis de su particularidad en el plano de los derechos sociales.

III. Razonamiento jurídico ¿pensamiento circular?

Como descubrió Marx, las ideas de las clases dominantes tienden a ser las ideas dominantes en cualquier sociedad (circunstancia que se evidencia, entre otras cosas, en la composición del lenguaje y su funcionalidad) (9). Cuando dominan el campo de batalla los gerentes de empresa (cualquiera sea el rubro), fácil es imaginarse hacia dónde se dirigen los discursos que invaden cada porción de la realidad y, claramente, de la ciencia.

Ahora bien, esta relación principal de poder –con su inmanente carácter dinámico-atomizante– precisa de ciertas estructuras intelectuales y discursivas que permitan que determinadas ideas (y prácticas) se presenten como legítimas.

De allí que el dogma básico del liberalismo siempre haya sido la creencia en el poder de la razón individual y en la racionalidad del hombre. La discusión y la argumentación racional, el intercambio de opiniones individuales, ha sido visto históricamente por esta posición como el *medio seguro* de hallar la respuesta a cualquier problema; y, dado que los hombres son seres racionales, las dificultades se podían resolver mediante la discusión, no con luchas (CARR, 1983, 19). El hombre colectivo actual,

(8) Ello ha podido verse últimamente en los resonantes casos de la “ley de medios audiovisuales”; la “disminución de la edad para la imputabilidad penal de los menores”; los conflictos jurídicos derivados de los “cortes de ruta”, la tenencia de estupefacientes para consumo personal y, al día de la fecha, en el proyecto de “reforma de los partidos políticos” de actual trámite parlamentario. Acerca de la estrategia agonal de este tipo de mecanismos discursivos por sobre el discurso jurídico formal, puede verse HOLMES, Stephen, en ELSTER, Jon/SLAGSTAD, Rune, 1999.

(9) Ver particularmente, entre toda su obra, La cuestión judía.

no comparte ninguna de esas creencias. Los problemas de las sociedades modernas, tan complejas y tan organizadas, parecieran ya no ser susceptibles de solucionarse por medio de la discusión y argumentación de individuos racionales: entonces, su gestión se confía a expertos en el tema concreto que se está discutiendo.

Tampoco parece que los conflictos políticos importantes puedan resolverse habitualmente por medio de discusiones: en la resolución de esos conflictos, con frecuencia la fuerza juega un papel tan importante como la razón, y aún más. Desde aquí que presenciemos luchas por el poder en todos los ámbitos en los cuales se toman decisiones. En la mayoría de ellos, por ende, de poco servirá contar con la *razón* (10).

Como sabemos, el discurso y la práctica del derecho no son ajenos a este tipo de enfrentamientos. Y, mal que nos pese, debemos saber que ningún posicionamiento técnico es inocente, ni banal. No es éste el lugar para acometer a un detenido examen del punto, simplemente digamos aquí que no todos coincidimos con el apotegma neokantiano de la *razón universal*, o de la fuerza de la razón en un sentido iluminista, que de manera innata predisponga a los seres humanos a buscar un consenso, y menos aún, a obtenerlo. En todo caso, será la concepción política la que determine las condiciones y contornos de la “naturaleza humana” de la cual hacen derivar, en definitiva, los *iusnaturalistas* (en todas sus variedades) el sustrato de los derechos humanos.

Por lo tanto, en nuestro modesto entender, los derechos tienen más que ver con “intereses” reales que con verdades universales de la razón.

De allí que no existan “teorías puras”, ni “datos técnicos”. Nada de esto parece cierto, tampoco real.

Con su agudez habitual, Duncan Kennedy nos ha ilustrado en esta cuestión: “A veces el juez favorece más o menos arbitrariamente a una parte sobre la otra; a veces tira la toalla y balancea. La lección práctica para quien duda es que el tema en cuestión no puede ser resuelto sin recurrir a argumentos de política pública, lo que a la vez hace que la solución esté abierta a influencias ideológicas” (Kennedy, 2006, 66).

Los derechos subjetivos se asemejan más bien a un *discurso organizador* del Estado moderno. Observemos para ello que cualquier reivindicación social, para ser incuestionable ante el poder, debe ser “legal” (no necesariamente “legítima”). Se trata de una técnica muy peculiar, por medio de la cual, el control queda en manos del controlado (Kelsen, 1982, 148).

El que mejor argumenta o el que mejores razones esgrima, lamentablemente, no es quien se lleva el rédito en un conflicto de intereses. Esto lo sabemos, y si no, deberíamos empezar a notarlo ya mismo, sucede a nuestro alrededor cotidianamente. Si esto no fuera así, teniendo razón o siendo justa nuestra causa, mediante el uso de una argumentación correcta, estaría garantizado nuestro triunfo en cualquier ágora.

Como lo han expresado varios de los autores aquí citados, en la mayoría de los casos, pareciera ser el discurso el que determina la subjetividad, y no a la inversa.

La labor de racionalización del derecho –que lleva siglos de desarrollo, valga decirlo– le confiere una suerte de “eficacia simbólica” a toda acción jurídica (discurso, acto o norma), en tanto y en cuanto es desconocida (o negada) su arbitrariedad y, en consecuencia, es presentada como legítima (Bourdieu, 2001, 185).

En esta empresa, posee especial relevancia el recurso discursivo que reposa en la “jurisprudencia” o la “autoridad del precedente”. Si bien como es sabido, en nuestro sistema la fuerza vinculante del

(10) El debate sobre qué entendemos por “razón” en general, y en el ámbito jurídico en particular, es un tema apasionante, denso y largo. Por lo que dejaremos su análisis para otra oportunidad. Algunos autores, se refieren a ella como “pretensión de verdad” (HABERMAS, 1992) otros la consideran como “verdad”, por definición, de carácter unilateral (ZIZEK, 2004). Finalmente, un tratamiento global de la cuestión, y de los siete sentidos interpretativos que pueden encontrarse en tal concepto, puede verse en CORREAS, 2003.

precedente no es tan rígido como en el *stare decisis*, del sistema anglosajón, lo cierto es que no por ello deja de ser uno de los principales fundamentos racionales de que consta el discurso jurídico, particularmente el que tiene lugar a través de las sentencias judiciales.

La “*jurisprudencia*” es presentada por los autores, en general, como una verdadera *fuentes* del Derecho, en cuanto especie de regla que obliga –con mayor o menor atingencia– a atenerse a las decisiones judiciales anteriores, para decidir *jurídicamente* cada nuevo caso.

¿Puede pensarse un recurso más claro para reafirmar la autonomía y la especificidad del razonamiento y enjuiciamiento jurídico?

La técnica estratégica de recurrir entonces a la jurisprudencia como fundamento, sin dudas tiene la ventaja de construir algún tipo de previsibilidad (dentro de un límite, claro está), característica inmanente del pretendido *Derecho racional*, tan deseada en general por los abogados. A tal punto que el famoso juez Holmes se animó a proferir: “yo entiendo por ‘Derecho’ las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos” (Holmes, 1975, 21). Como asimismo, a contribuir con los esquemas de la acción racional fundamental generalmente aceptados a partir de las categorías desarrolladas por Max Weber.

Sin embargo, no a fuerza de previsibilidad se deja de caer en la arbitrariedad. Es decir, si alguien persiste cotidianamente en cometer la misma falta, claramente se volverá un sujeto previsible –aunque cambien los contextos de comisión–, pero no por ello dejará de tener un accionar equivocado.

Por ello, este recurso tiene un problema grande. Recurre a argumentos jurídicos cuyo único sustento es haber sido pronunciados por un tribunal con anterioridad. Es así que, introduce como razón-fuerza un fundamento que tiene origen en sí mismo.

Por lo demás, todos los que hayamos pasado por los tribunales alguna vez, sabemos que un mismo precedente puede ser utilizado para decir cosas diametralmente opuestas. Aclaremos sin embargo, que esto no afecta en mayor medida la previsibilidad de los fallos, puesto que existe, como venimos diciendo un camino común por el cual circulan los decisorios: el sendero del discurso jurídico hegemónico. He ahí la principal garantía de “previsibilidad” del sistema.

▷ Deberíamos volver entonces al eje principal del discurso, esto es, la razón jurídica.

Dentro del discurso jurídico, suele estar ausente –más por argucias y estrategias que por inocencia o ignorancia– el develamiento del sustrato político que poseen las posiciones que se defienden desde uno y otro sector. Se trate del tema del que se trate.

Y esto constituye en nuestro entender, una de los principales motivos por los cuales el derecho se ve desplazado –en los hechos– por la política. Si el derecho niega su naturaleza política, se autoproclama, en un punto, “leve”, “liviano” o carente del suficiente peso como para dirimir una cuestión.

Pocos dudarán –probablemente– de que los debates atinentes al momento en que se inicia la vida (“desde la concepción” o desde el embarazo avanzado), a la extensión del derecho a la privacidad (v.g.: tenencia de estupefacientes para consumo personal), al carácter operativo o programático de ciertos derechos (puntualmente la mayoría de los derechos prestacionales), implican, en rigor, una toma de posición respecto a superación de antagonismos dialécticos, que sólo pueden ser sintetizados a partir de una “decisión política” (Saggese, 2004).

Pues bien, en nuestra consideración, la evasión del contenido político intrínseco a estos debates, implica que desde el inicio, la discusión esté “sucias”, sea tramposa y esconda a la mayoría de los intervinientes la verdadera sustancia de lo que se discute detrás de los términos pomposamente “jurídicos”.

Así, cuando vayamos ante un juez a exigir la protección de nuestros derechos humanos más básicos, por poner un caso, nuestro derecho a alimentar a nuestros hijos si no tenemos trabajo, veremos cómo comienza a funcionar todo el andamiaje de la racionalidad jurídica que da sustento al sistema.

Probablemente el magistrado aborde la solución como una simple operación lógica: dado una circunstancia (A) corresponde la aplicación de una norma (B) que, por caso, puede implicar una obligación para el Estado (O).

Si sucede A entonces B, ergo O.

Hasta aquí no veremos –en principio– ninguna problemática, puesto que la lógica es una importante herramienta tanto del discurso jurídico como de las sentencias judiciales, no hay nada de malo en ello.

Pero la cuestión comienza a ser discutible cuando el juez debe *describir* el hecho para ponerlo en circunstancia (A) para considerar la aplicación de la norma (B). En este caso, veremos que el juez recurre inevitablemente a un discurso para efectuar su descripción (11), es necesario un previo *acto de habla* para calificar lo sucedido con la figura descriptiva (A) (12). A partir de allí, la “subsunción” de A en B, y la eventual aplicación de O dependerá (también) de la argumentación utilizada por el magistrado para encuadrar la cuestión.

Vemos así, como en definitiva, “los hechos jurídicos son el producto de la construcción jurídica” (BOURDIEU, 2001, 191) -y no a la inversa-.

El defecto fundamental de esta suerte de silogismo (o pseudosilogismo) es, como expresa CORREAS, que tal argumentación no tiene nada de racional, sino que por el contrario, resultará siempre arbitraria (13).

La arbitrariedad del razonamiento jurídico permanece, sin embargo, oculta. No es difícil imaginarse porqué. Primero, por cuanto no constituye precisamente un “logro científico” del campo académico ni del campo cultural, sino más bien, su contrario. Y luego, y quizás sea éste el aspecto fundamental, porque la *eficacia simbólica* del discurso jurídico radica justamente en su reconocimiento por los mismos juristas –en primer término–, y –luego– por el común de los ciudadanos (Bourdieu, 2001, 210) (14). Es decir, que el hecho de que permanezca desconocida una porción más o menos amplia de tal arbitrariedad se constituye en una verdadera condición de legitimidad del discurso.

Aquí podríamos volver a citar a Holmes, para quien la noción de que la única fuerza operante *en el Derecho es la lógica, es una falacia*. Puesto que no existen medios aptos para realizar determinaciones con pretensión de validez universal. Lo cual lo lleva a afirmar: “es indignante que no pueda fundarse una regla de derecho en nada mejor que en el hecho de haber sido así establecida en tiempos de Enrique IV” (HOLMES, 1975, 28, 31 y 35).

En un estado de cosas como el descripto, la situación –si bien desesperante– no culmina en un punto ciego.

(11) En el caso del ejemplo anotado aquí, será el juez el que defina primero si el solicitante tiene o no una “necesidad”, luego, si tiene recursos para alimentarse a él o su familia, o bien si ha sido negligente en procurárselos, o bien, como ha acontecido en el conocido caso “Ramos” (Fallos: 325:396) de nuestra Corte Federal, si no existe una obligación civil de corte familiar que deba cubrir la situación de necesidad; o por qué no, hasta considerar que lo que en realidad sucede es que el personaje de nuestro ejemplo simplemente “no quiere trabajar”. Claro que aún podrá, en la etapa final del análisis, decir también que el Estado no está obligado a conceder ninguna prestación social.

(12) El sentido de las consideraciones lógicas utilizadas coincide con el utilizado por el Dr. OSCAR CORREAS, en su conferencia sobre “Razón, Retórica y Derecho. La relegitimación del Estado contemporáneo”, dada el 10 de noviembre de 2008, en el Colegio de Abogados de La Plata.

(13) No por ello –valga la aclaración– necesariamente injusta. El sentido utilizado aquí, propone la noción de “arbitrario” como “no racional”.

(14) El otro elemento fundamental de esta “eficacia simbólica” es, sin dudas, el ya referido “sello de universalidad” del razonamiento jurídico.

Si bien desde un costado rigurosamente crítico y filosóficamente adecuado, la CLS ha catalogado al Derecho y a la Educación Legal como instituciones que legitiman las injusticias sociales, denunciando que el razonamiento jurídico presenta a las normas del sistema como naturales, necesarias y justas, cuando frecuentemente no lo son (15). Podemos ir incluso más allá. Es decir, ser concientes de este primer aspecto, pero intentar enfrentar qué hacer con ello. Sin duda, ello constituye un tema espinoso y nada fácil de abordar.

En este punto las corrientes críticas se bifurcan. La mayoría de ellas no constituyen, sin embargo, una teoría, sino más bien una “denuncia”, basada en la experiencia de que la “retórica de los Derechos” no ha sido capaz de justificar objetivamente sus posiciones ni, por lo tanto, de proporcionar un criterio racional para decidir entre reclamos valorativos en conflicto (MILJIKER, 2006, 92).

Existen pues corrientes ideológicas que proponen una “deconstrucción” (16) del discurso jurídico, sin proponer una “reconstrucción” del mismo, bajo otras premisas.

Si entendemos, como venimos discuriendo, que también el “formalismo resurgente” del discurso jurídico constituye centralmente una *retórica, que consta de dos elementos (juicios de valor -subjetivos- y juicios fácticos -pretendidamente objetivos-)*, sabremos rápidamente que las cuestiones puramente valorativas no pueden ser resueltas de modo racional, ya que constituyen elecciones *arbitrarias* entre distintas “preferencias” (Kennedy, 2006).

Se me dirá seguramente, “pero cómo, ¿no existe acaso una moral universal, una razón universal, un derecho universal?”. Bueno, ahí está el problema precisamente. Bastantes y buenos autores, se han ocupado del tema, con mejores condiciones que las mías (17). Y al menos a mí me han convenido de que no existe tal cosa.

¿Y qué pasa entonces con los juicios fácticos?

La “*factoidicidad*” de los derechos ha sido advertida tempranamente por Kennedy, expresando que a partir de dicha característica, los derechos no serían enunciaciones tan vagas o discutibles como las puramente valorativas, por lo tanto -al remitir a una aparente mera “descripción” de los hechos en un contexto normativo- tendrían un nivel objetivo de concretización. Circunstancia ésta, a partir de la cual podría tenerse algún grado de “razón” respecto de los juicios de valor, en vez de tener simplemente “preferencias”, tales como “prefiero el chocolate al helado de crema”.

Está claro de todas formas, que como dijimos, ése acto de habla que constituye la descripción de los hechos, lejos está de ser una cuestión objetiva. Con lo cual todo el razonamiento posterior resultará afectado

Si bien algo ya hemos dicho, no necesitamos aquí explicitar que la proximidad de los intereses, la lógica inmanente de los textos jurídicos y la pertenencia a un mismo “sistema de disposiciones inconcientes producido por la interiorización de estructuras objetivas” (*habitus*) de los operadores del discurso jurídico favorecen la similitud de las visiones del mundo y, con ello, la repercusión concreta en las elecciones categoremáticas que se realizan en cada ámbito de aplicación del discurso dominante (18).

(15) Ver, entre otros estudios, Notas sobre la Historia de los Critical Legal Studies en los Estados Unidos, 25 *Themis* 103, Lima, 1993 (formato digital en <http://duncankennedy.net/topics/cls.html>). Asimismo, *Doxa*, 11 (1993), pp. 283 y ss.

(16) Más allá de la polisemia de este concepto, según los diversos autores que lo utilizan, aquí preferimos simplificar su sentido para referirnos al acto de hacer caer el mito de la racionalidad de los argumentos basados en derechos.

(17) Claramente este es el punto neurálgico de la cuestión. Ver al respecto, entre muchos: KENNEDY, 2006; HOLMES, 1975; HABERMAS, 1998. Asimismo, en el plano del Derecho Administrativo, véase, GORDILLO, 2009, I).

(18) Sin perjuicio de volver más adelante sobre esta cuestión, remitimos al respecto al análisis efectuado por BOURDIEU, 2001, V.

IV. La sobredeterminación del discurso jurídico en materia de Derechos Sociales y Derechos Humanos

Los razonamientos por los que hemos transitado hasta aquí tienen, lógicamente, contornos específicos en la temática en cuestión.

Si bien existe una comunidad de aspectos en el discurso jurídico en general, cada rama del derecho –a modo de disciplina específica, con métodos, reglas, principios y construcciones propias– tendrá seguramente sus particulares elementos estructurantes.

Es así que la propia evolución del Derecho Social, desde su marginación histórica hasta su constitucionalización relativamente reciente (a partir de las por todos conocidas Constituciones de Querétaro de 1917 y Weimar en 1919) nos muestra, antes que nada, un discurso que aparece en una escena que ya era ocupada por otros discursos, típicamente el discurso jurídico liberal burgués arrastrado desde la Revolución Francesa.

A partir de este momento, entonces, sucede que el discurso jurídico se ha modificado sustancialmente en dos rumbos bien distintos.

El primero es la oposición clara entre *dogmas*, que podríamos llamar –resumiendo groseramente– *conservadurismo* y *progresismo*, en la cual podemos observar una bifurcación discursiva que a veces suele ser bastante clara a los ojos de un lector atento. Las teorías utilizadas y las decisiones jurisdiccionales aplicadas desde cada sector, si bien desiguales en volumen y peso social, se entrecruzan más o menos abiertamente en lo que constituye el “campo jurídico”.

Esta oposición de modelos de discurso se ha internacionalizado a partir del dictado de los denominados “pactos gemelos” de 1966 (19) y ha alimentado la dificultad de soluciones interpretativas para casos de colisión de derechos en nuestro sistema constitucional a partir de su inclusión entre los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994.

Desde otro lado, y precisamente como una consecuencia de esta última incorporación del discurso jurídico, advertimos –y con particular notoriedad en nuestro país en estos últimos años– la aparición en escena de un nuevo tipo de discurso en materia de derechos humanos en general. Tal el que se ha apropiado desde las propias posiciones de poder, de reivindicaciones sociales históricas, demandas de cambio que desde hace décadas son exigencia de los sectores sociales más postergados, los “condenados de la tierra” como los llamó Franz Fanon (1972), o bien los “grupos desaventajados” como gusta llamarlos y RAWLS y entre nosotros, Gargarella. Ellos son los trabajadores, los desocupados, los enfermos, los pobres estructurales, los pueblos originarios, las minorías “discretas e insulares”.

Y no sólo se lo ha apropiado, que no sería ninguna desventaja en cuanto fuera una apropiación legítima, por el contrario, sería lo “políticamente correcto”: que el Estado plasme en sus instrumentos normativos e instituciones sociales las demandas igualitarias en miras de una sociedad más justa. ¿quién podría discutir esto razonablemente?

Bueno, aquí está precisamente el problema, según lo vemos. Si compartimos la observación precedente, sabremos que la cuestión central consiste en para qué el sistema se lo ha apropiado:

Si bien el fenómeno es complejo, puesto que en la conformación de tal discurso intervienen numerosos agentes y mecanismos sobredeterminados, no todos con la misma finalidad, intuimos que el sentido que viene dado, al menos desde el poder político institucionalizado apunta a vaciarlo de contenido y volverlo fútil. O, al menos, demorar su ascenso hasta tanto opere una redistribución de competencias e influencias en el campo político-económico.

(19) Nos referimos claramente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Desgraciadamente el tiempo con el que contamos nos impide detenernos más en este aspecto, por lo que lo dejamos planteado para desarrollarlo en otra oportunidad.

Continuaremos entonces con esta breve caracterización del discurso jurídico en los derechos sociales.

En los caminos de la crítica del discurso (en general), se han denunciado varios “errores” o “manipulaciones” del campo científico –nosotros, claro está, sólo nos referiremos, y parcialmente, al jurídico, y dentro de él, específicamente a nuestro tema de hoy– por parte de los agentes dominantes en el terreno académico y judicial (20).

Uno de los ejemplos claros de “manejo” o “selectividad” del discurso técnico (o académico) se observa en las “definiciones operativas”, que son aquellas conceptualizaciones que, acotadas unilateralmente desde el inicio del abordaje, destruyen casi completamente (parcializando conciente o inconcientemente) el objeto mismo que intentan aprehender.

Conceptos tales como el de “obligación”, “contrato”, “derecho”, “prestación”, “recursos disponibles”, “responsabilidad internacional”, “autonomía personal” y tantos otros, pasan así a consistir en “recortes sobre el papel de lo que no está recortado en la realidad” (Bourdieu, 2001, 69), conformando uno de los mayores errores teóricos y empíricos de los que se tenga noticia dentro del campo intelectual.

Lo mismo sucede con las instituciones jurídicas que se refieren sólo a la protección de determinados bienes jurídicos. Tal es el “recorte” que se produce v.g. en el plano procedimental ¿Cuáles son los procesos judiciales en los que se dirimen los derechos sociales? Todos estamos al tanto de la inexistencia de normas procesales e instrumentos operativos adecuados para la defensa de este tipo de derechos, incluso por fuera de la vía judicial (21).

Otro condicionante de la legitimidad de los discursos jurídicos (que ya vimos en su aspecto general) está dado por la permanente recurrencia a posturas filosóficas que conciben el mundo social como un simple agregado de acciones realizadas por sujetos “de derecho”, racionales, iguales, libres, concientes de sus intereses y, por supuesto, capaces de arribar a consensos en prácticamente todas las situaciones de la vida. Esta es la conocida “*teoría de la acción racional*” derivada del pensamiento *kantiano* y *weberiano* y recogida entre otros por Rawls y Habermas, y a partir de allí –directa o indirectamente–, recogida por la mayoría de los autores y magistrados de nuestro ámbito.

Creemos que esto constituye sin embargo, quizás la manipulación más grave del discurso jurídico. Circunstancia que ha sido puesta en evidencia con lo que en el campo de la sociología se ha denominado “*habitus*” y que consiste, sintéticamente, en el sistema de disposiciones inconcientes –adquiridas por medio del aprendizaje implícito o explícito– producido por la interiorización de estructuras objetivas (Bourdieu, 2002, 118) (22). Resulta entonces muy importante tener en consideración este punto, puesto que constituye un aspecto central en materia de discurso jurídico, sin el cual no puede analizarse de modo legítimo ningún mecanismo de poder.

(20) Según BOURDIEU, esto constituye el “campo intelectual”: “... a la manera de un campo magnético, constituye un sistema de líneas de fuerza: los agentes o sistemas de agentes que forman parte de él pueden describirse como fuerzas que, al surgir, se oponen y agregan, confiriéndole su estructura específica en un momento dado del tiempo” (BOURDIEU, 2002, 10).

(21) Es claro que la referencia a un recurso legal implica, en muchos casos, el reconocimiento de una definición de las formas de reivindicación de intereses marginados que privilegia las luchas individuales en perjuicio de otras formas de lucha por los derechos. Por razones de tiempo y para evitar reiteraciones, remitimos al estudio de la cuestión que hicieramos en el ya citado, SAGGESE, 2009, secciones 3ra. y 4ta.

(22) El autor allí postula el “*habitus*” como principio unificador y generador de todas las prácticas sociales –incluidas, claro está, las académicas–. Expresa que “... como lugar geométrico de los determinismos objetivos y de las esperanzas subjetivas, el *habitus* tiende a producir prácticas (y en consecuencia carreras) objetivamente adherentes a las estructuras objetivas”.

De lo contrario, lo que sucede en la práctica es la continua reproducción sistémica de determinados enfoques intelectuales que, a manera de pensamiento hegemónico (y estratégico), absorben la mayoría –cuando no todos– los ámbitos propicios para el debate, anulando la posibilidad de toda crítica.

En tal sentido, algunos autores han advertido sobre la necesidad de detenerse a examinar el contenido de todos los discursos, incluso de aquellos que parecieran encaminarse a la protección ecuménica de los desprotegidos. Conforme a ello, es posible que con el “pretexto de la defensa de los derechos humanos”, lo que verdaderamente se esté haciendo es la apología de la sociedad que mantiene a la mitad de la población en situación de miseria absoluta, mientras algunos pocos gozan de los beneficios de una sociedad que reparte desigual y unilateralmente las riquezas sociales (Correas, 1993; Zizek, 2005).

Nadie podría desconfiar de un discurso que se presenta como abiertamente clasista y represivo. En el campo del discurso jurídico ello se muestra a las claras con las reformas penales y procedimentales que hacen hincapié v.g.: en el aumento de las penas o el avance de la imputabilidad respecto de los menores; persecución judicial de quienes recurren a la protesta social como último mecanismo para hacerse oír.

Este discurso puede ser arbitrario, injusto y aún (para algunos de nosotros al menos) incorrecto. Pero tiene –quizás como único aspecto positivo– la claridad del interlocutor detrás del discurso. Es casi evidente *quién* nos habla, y *desde dónde* nos habla.

No sucede lo mismo, en otros campos de la operación jurídica, donde la sobredeterminación del discurso hace más complejo el análisis. Y aún, impide obtener respuestas ciertas acerca de la verdadera orientación de las normas y el sentido interpretativo que debe darles cada “aplicador” del derecho.

¿Qué sucede entonces con el nuevo discurso que promueve la protección efectiva de los derechos sociales, en tanto derechos humanos?

Los “derechos humanos” (y dentro de ellos entendemos comprendidos a los DESC) pueden ser tanto lo que el Estado –y las facciones dominantes que marcan su agenda política– quieren que sean, o bien, lo contrario. Esto dependerá de distintos procesos, políticos, jurídicos, confrontativos y superadores, pero en lo que aquí nos interesa, fundamentalmente, de la posibilidad de que los “condenados del mundo” (o del país, en este caso) puedan efectivamente participar, en forma abierta y robusta, en el debate democrático, del cual el discurso jurídico es un importante capítulo (23).

Más allá de ello, y como una mera aproximación al tema, digamos que los derechos (y el discurso de los derechos) pueden ser utilizados, sin embargo, como un camino válido a transitar para el logro de reivindicaciones sociales y políticas de los grupos oprimidos. En este caso, según Correas (1993), podemos hablar de “derechos humanos subversivos”, subversivos del orden instituido, del carácter conservador y discriminatorio del régimen: derechos que *ahora sí* se constituyen en reclamo de las necesidades insatisfechas de una parte mayoritaria de la población.

Seguramente, aquí se cuestionará que estaremos, en todo caso, haciendo y fomentando nuevamente una “retórica” de los derechos, e incluso contribuyendo a determinar (o sobredeterminar) la adaptación del derecho y del propio discurso jurídico al nuevo estado de las relaciones sociales, permitiendo así una nueva legitimación de la forma establecida de esas relaciones. El propio Kennedy ya citado, o bien Bourdieu lo harían sin duda, al menos dentro de sus esquemas conceptuales.

(23) Resulta claro que el debate jurídico profundizado ha sido casi siempre reservado a una pretendida élite intelectual, de “juristas”, operadores jurídicos del campo intelectual y cultural, que –en términos de BOURDIEU– son verdaderos instrumentos de la reproducción social del sistema. Esta circunstancia, ciertamente impide escuchar todas las voces y confrontar todos los intereses.

Sin embargo, la cuestión no es tan simple, ni tan clara como para introducirla siquiera en este corto espacio. Bástenos por el momento, con intuir que aún tratándose de “otra retórica de los derechos”, tendremos al menos dos consuelos:

- la *crítica* de las categorías del discurso jurídico son en sí mismas un valor liberador, y libertario; en cuanto nos ayudan a “desnaturalizar” ciertas prácticas y construcciones discursivas que solemos ver como “inmanentes”, cuando sólo son históricas y contingentes;

- en todo caso, precisamente por tratarse de un “discurso ausente”, estaremos hablando de una retórica *más justa, reivindicativa, y sin lugar a dudas, más democrática y amplia que la hegemonía actualmente existente.*

V. Conclusión

De todo lo dicho, y para cerrar estas líneas, surge en primer lugar, que el discurso jurídico (en tanto factor estructurante de subjetividades) determina prácticas sociales y jurídicas puntuales en el contexto de un orden social dado.

Ése mismo discurso, en su propia conformación, se halla sobredeterminado por distintos factores (aparatos ideológicos del estado, capital intelectual, capital cultural, condiciones socioeconómicas de producción, etcétera) que lo llevan a constituirse en un *epifenómeno*.

En razón de ello, también analizamos que existen mecanismos claros de control y condicionamiento del discurso jurídico. Ellos son los que (conciente o inconcientemente) “sobredeterminan” el contenido de “lo que se dice” y el “cómo se lo dice”.

Uno de tales mecanismos es, sin duda, la pretendida racionalidad del discurso, que apunta a autolegitimarse, principalmente desde las tribunas académicas, pero también, desde los tribunales, desde los despachos de la administración pública, desde los propios hacedores de la ley y aún desde la selectividad comunicativa de masas.

Esta práctica, como vimos, se realiza principalmente a través del ejercicio de la *violencia simbólica* (imposición del discurso dominante como legítimo), la cual reposa –entonces y fundamentalmente– en dos elementos: la razón formal (con el consiguiente ocultamiento de la arbitrariedad) y la pretensión de universalización del discurso jurídico.

Pero no podríamos dar cuenta plenamente de la eficacia de este sistema, si no tenemos presente que en todos los ámbitos nombrados se recurre una verdadera “negociación de las significaciones” (Habermas, 1992), que esconden en realidad luchas de poder, a partir de lo cual el statu quo consigue el monopolio del saber institucionalizado, la hegemonía del discurso jurídico y, en definitiva, la reproducción de determinadas prácticas sociales y sistemas formales que anulan los procedimientos (pero también los contenidos) democráticos y deliberativos.

Concretamente, en el campo de los derechos sociales (o Derechos Económicos, Sociales y Culturales) estas generales características hegemónicas y direccionadas del discurso, adquieren un cariz especulativo y particularizado, en tanto los requerimientos sociales comienzan a empujar el continente de las pretensiones jurídicas hacia ámbitos de mayor inclusión.

Ante tales presiones, los operadores jurídicos reaccionan de diversas maneras. Ya sea respondiendo en términos del discurso clásico (conservador); modificando las premisas de aquél conforme nuevos balances y aportando nuevos “argumentos” para dispersar la fuerza de la ofensiva; o bien lisa y llanamente apropiándose del nuevo discurso reivindicativo para controlar su paso.

En tanto el problema de fondo no radica, según lo vemos, en qué juez o qué legislador es el que actúa, por cuanto –como intentamos explicar– el verdadero *aplicador* del derecho no es tal o cual magistrado, ni el *creador* de la ley es tal o cual legislador, sino un conjunto de agentes determinados por intereses sectoriales y sujeciones estructurales, hemos preferido hablar de “*sobredeterminación*”

del discurso jurídico”, como un segundo enfoque desde el cual lograr una aproximación al entendimiento de la postergación concreta de la vigencia de los derechos sociales en nuestro país.

Seamos concientes, entonces, de la sobredeterminación de los discursos. Tengamos en claro, quién es quién en este juego, qué intereses se esconden detrás de las palabras.

El nuevo discurso de los derechos, sólo será eficaz y autónomo, en tanto responda auténticamente a su propia conformación y desarrollo, y no cuando sea el producto de negociaciones forzosas de sus significaciones.

VI. Bibliografía

ABRAMOVICH-COURTIS. Los derechos sociales como derechos exigibles. 2a ed. Trotta, Madrid, 2004.

ALTHUSSER, Louis, “Contradicción y sobredeterminación”. En: La revolución teórica de Marx. 20a ed. Siglo XXI, México, 1983; p. 93.

ARISTOTELES. Retórica. Libro I, cap. 1 y 2.

BOURDIEU, Pierre. La reproducción. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza. Laia, Barcelona, 1981.

BOURDIEU, Pierre. Campo de Poder, Campo Intelectual. Montessor, Buenos Aires, 2002.

BOURDIEU, Pierre. “Sobre el Poder Simbólico” En: Poder, Derecho y Clases Sociales. Desclée de Brower, Bilbao, 2001, cap. 2.

BOURDIEU, Pierre. “La fuerza del Derecho”. En: Poder, Derecho y Clases Sociales. Desclée de Brower, Bilbao, 2001, cap. 5.

CARR, Edward Hallett. De Napoleón a Stalin. Crítica, Barcelona, 1983.

COHEN, Félix. El método funcional en el Derecho. Traducción de Genaro Carrió. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962; p. 46-47.

CORREAS, Oscar. “Los Derechos Humanos Subversivos”. Revista de Directo Alternativo. Académica, Sao Pablo, 1993 -2-.

CORREAS, Oscar. “Por los caminos de la razón”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2003 -6- 47-59.

CUETO RUA, Julio César. El Common Law. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Ariel, Barcelona, 1984.

FANON, Franz. Los condenados de la tierra. FCE, México, 1972.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías, la ley del más débil. Trotta, Madrid, 2001.

FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Gedisa, Barcelona, 1996.

FOUCAULT, Michel. Microfísica del poder. 3a ed. La Piqueta, España, 1991.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 10a ed. FDA, Buenos Aires, 2009; t. 1, cap.1

HABERMAS, Jürgen. Teoría de la Acción Comunicativa. Taurus, Madrid, 1992.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Trotta, Madrid, 1998.

HOLMES, Stephen. “Las reglas mordaza o las políticas de omisión”. En: ELSTER, Jon, SLAGSTAD, Rune (comps.). Constitucionalismo y Democracia. FCE, Buenos Aires, 1999.

HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. UNAM, México, 1982; p. 148.

KENNEDY, Duncan. "La Crítica de los Derechos en los Critical legal studies". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. 2006 7-1- 66.

MARX, Karl. *La cuestión judía*. Prometeo, Buenos Aires, 2004.

MILJIKER, María Eva. "Duncan Kennedy y la Crítica a los Derechos". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. 2006 -47- 92.

SAGGESE, Federico. "Técnica Jurídica y Poder Político". *Revista RAP Provincia de Buenos Aires*. noviembre 2004 2 -20.

SAGGESE, Federico. *El derecho a un nivel de vida adecuado*. Platense, La Plata, 2009.

SEN, Amartya. *El derecho a no tener hambre*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

WALDRON, Jeremy. "El rol de los derechos en el razonamiento práctico: 'Derechos' contra 'Necesidades'". *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 2000 2 -1.

ZIZEK, Slavoj. *A propósito de Lenin*. Atuel, Buenos Aires, 2004.

ZIZEK, Slavoj. "Contra los derechos humanos". *New Left Review*. 2005 -34-: 85-100. ♦