

DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y TOLERANCIA

Roberto J. Vernengo

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Las denominadas, en sentido muy lato, teorías críticas del derecho han comenzado últimamente a ser objeto de las actitudes que ellas mismas preconizan. Tenemos ahora una interesante literatura muy crítica de las llamadas «teorías críticas del derecho»¹. Por cierto que bajo el rótulo de «teorías críticas» se encubren las más diversas especulaciones: poco hay de común entre la heterogénea literatura francesa producida por juristas que, salvo algunas consignas supuestamente marxistas, sólo comparten una tirria acentuada contra civilistas o laboristas también galos, con la exacerbada retórica, dirigida contra ciertas tendencias políticas de la jurisprudencia norteamericana, que esgrimen los adherentes al *critical legal studies movement*. Poco hay en común, desde un punto de vista teórico, entre los ya desaparecidos defensores de un derecho alternativo en la Italia de hace un cuarto de siglo, con los temas de la literatura española donde convive el entusiasmo por un estado democrático por fin alcanzado con las premisas de un iusnaturalismo confesional, inculcadas durante décadas y décadas en los juristas españoles. Sea ello como fuere, creo que puede destacarse en estas diversas tendencias autodenominadas «críticas», quizás como factor común, una actitud generalizada de rechazo frente a las disciplinas jurídicas (para no llamarlas ciencias) transmitidas por los sistemas tradicionales de formación profesional. Este rechazo, que llega un tanto inconsistentemente hasta el repudio total de un posible conocimiento científico del derecho, sin embargo, carece de fundamentos compartidos: algunos lo hacen por circunstanciales razones políticas -como sucedió en Italia-; otros, por crisis internas en la estructura universitaria y académica -como sucedió en Francia-; y, otros, como pareciera ser el caso en los Estados Unidos, por múltiples razones que se caracterizan por no tener peso alguno en la realidad política del país.

¹ Cf. por ejemplo, M. Atienza y J. Ruiz Manero, «Marxismo y ciencia del derecho», en *Sistema* 64, 1985; A. Calsamiglia, «La retórica de Critical Legal Studies», en *Doxa* 11, 1992.

Los movimientos críticos son, en todo caso, fundamentalmente movimientos académicos. Y digo que carecen de fundamentos compartidos puesto que, desde los variados escenarios en que prosperan y atento a los antecedentes históricos de cada país en el campo de la teoría jurídica, no cuentan con una teoría del derecho suficientemente aceptada como punto de partida; así, en los movimientos críticos derivados de orientaciones marxistas que carecen, como es notorio, de teorías generales mínimamente suficientes. De ahí quizás la fascinación insólita que la teoría kelseniana (en alguna de sus versiones y en alguna de sus múltiples interpretaciones) suscite en autores característicamente críticos: en Mialle y Unger, por ejemplo, quienes llegan a afirmar que la teoría del derecho básica continúa siendo la desarrollada en la *Reine Rechtslehre*. Otros consideran al propio Kelsen como una suerte de un jurista crítico, como lo afirma, por ejemplo, I. Stewart². Entre nosotros, alguna recopilación de trabajos de autores afiliados a las líneas críticas, sorprende por la casi obsesión con los temas kelsenianos³.

En estas páginas, se trata de elucidar y analizar algunos (no todos, por cierto) presupuestos ontológicos que, expresa o implícitamente, suponen tesis centrales del pensamiento crítico. Las teorías críticas, en buena medida, polemizan con las disciplinas jurídicas tradicionales por considerar que se sustentan en ontologías insuficientes, sea por no atender a ciertos rasgos esenciales de los datos jurídicos, sea por consistir en puras propuestas ideológicas. Es claro que buena parte de la teoría jurídica -para denominar así a la elaboración doctrinaria que tradicionalmente se efectúa de los derechos positivos nacionales e internacional- adopta presupuestos ontológicos ingenuos, seguramente inconsistentes. Pero, en determinados momentos, generalmente suscitados por situaciones polémicas, las teorías jurídicas echan mano de tesis filosóficas para buscar fundamentos ontológicos menos frágiles. Suele entonces hacerse expresa alguna concepción del tipo de entidad que el derecho sea: ciertos conjuntos de normas, ciertos tipos de discursos, ciertas realidades sociales, ciertas actitudes políticas consideradas expresión de lo justo o de otros valores, o bien ciertas creencias religiosas que ven en el derecho una manifestación de alguna actividad divina, para aludir a tesis ontológicas frecuentadas por los juristas. Ahora bien, junto a estas tesis ontológicas expresas, que muchas veces no representan los presupuestos ontológicos efectivamente sustentados (es frecuente encontrar autores de orientación iusnaturalista religiosa que, de hecho, se mantienen dentro de un iuspositivismo estricto, así como autores de orientación iuspositivista que, en última instancia, abrigan creencias tradicionales del iusnaturalismo

² Cf. I. Stewart, «The critical legal science of Hans Kelsen», *Journal of Law and Society*, vol. 17/3, 1990.

³ Cf. «Materiales para una teoría crítica del derecho», Buenos Aires, 1991.

religioso), cabe explorar cuáles sean los presupuestos ontológicos que las tesis teóricas sustentadas implican. Me atengo para ello a la tradicional propuesta de Quine: ¿cuál es la extensión de las variables ligadas que aparecen en los enunciados verdaderos de la teoría? O, para decirlo llanamente: ¿qué hechos y objetos es necesario suponer dados para que las tesis de la teoría puedan ser verificadas o falsificadas?⁴.

Partamos de esta definición del derecho: «una práctica social específica que expresa los niveles de acuerdo y de conflicto de los grupos sociales que operan al interior de una formación económico-social determinada», definición que es glosada agregando que la práctica social en cuestión es «de naturaleza discursiva; discurso ideológico y discurso del poder»⁵.

El derecho es, pues, una práctica social en que se configura un discurso ideológico que expresa el nivel de consenso o disenso de grupos sociales. El derecho, más específicamente, es un discurso: el discurso del poder. Parejas afirmaciones suenan familiares: enlazar al derecho con el poder es un lugar común del lenguaje político y filosófico, por lo menos desde la época de los sofistas. Sería insólito el pensador sobre el derecho que renegara de las relaciones esenciales que éste mantendría con el poder y con su forma más tangible: la fuerza y la violencia. Que el poder se despliegue además como un discurso con ciertas particularidades es tesis que ya tiene sus bemoles, pero cabe advertir en su respecto que, en nuestro siglo, la relación entre el derecho y algún sistema de signos o lenguaje en que se articulan discursos es también tesis algo remanida. Quienes piensan, al estilo de la dogmática tradicional, que el derecho es un conjunto de normas piensan al derecho, cabe por así decir, como un discurso imperativo, como una expresión verbal de algún poder, de alguna relación asimétrica en la distribución de los recursos de control social.

Pero la tesis mencionada se ofrece literalmente como una definición: como los criterios demarcatorios del fenómeno mismo, el derecho. La técnica definitoria de la que se echa mano parece sumamente tradicional, ateniéndose a la convención de la definición por género próximo y diferencia específica: el derecho está incluido en el género de las prácticas sociales que operan dentro de una formación económico-social, y su especificación reside en tratarse de una práctica discursiva. Vale decir, la definición supone que todo discurso es una práctica económico-social y, por tanto, que estamos en el dominio de los hechos empíricos sociales, donde los hombres llevan a cabo prácticas semejantes. Los discursos, en cambio, como conjuntos

⁴ Cf. W. V. O. Quine, «From a logical point of view», Cambridge, 1955, I: «On what there is».

⁵ C. Cárcova, «Teorías jurídicas alternativas: escritos sobre derecho y política», Buenos Aires, 1993, p. 60.

de entidades ideales -proposiciones, significados, ideas- no integrarían el conjunto específico al que pertenece el derecho, que es un fenómeno social real. El derecho no sería un objeto ideal, sino un dato de la realidad social dinámica.

Pero la primera impresión que recibimos de la definición ofrecida se hace inmediatamente ontológicamente confusa, pues resulta que las prácticas sociales en que el derecho consiste tiene un cariz expresivo, como tradicionalmente lo tienen las entidades ideales del tipo de las proposiciones, los significados, los sentidos, etc. En efecto, se nos dice que el derecho es una práctica social que expresa algo, al modo como lo hace un discurso que no es un mero conjunto de significaciones sino también una práctica social. La tesis puede ser vista simplemente como la afirmación, seguramente inspirada en Hart o en Dworkin, de que, desde un punto de vista interno, el derecho aparece en tanto y en cuanto los integrantes de un grupo social otorgan sentido, en su hacer y en su lenguaje, a las acciones que llevan a cabo. Pero esta interpretación no se compadece con la afirmación enfática de que la práctica discursiva en que el derecho aparece es de naturaleza ideológica. Tendríamos no sólo un relativismo externo expreso, sino un escepticismo interno autodestructivo: los miembros de un grupo social dan sentido discursivamente a sus acciones, pero tal sentido no puede adquirir valor objetivo por tratarse esencialmente de un discurso ideológico. Por consiguiente, nunca podría constituirse un objeto jurídico para sujeto alguno: para los sujetos ajenos al grupo social o a la formación económica-social en juego, el derecho no se constituye, pues ellos no participan en la práctica discursiva en que el derecho aparece. Para los miembros del grupo, resulta que tampoco el derecho puede aparecer objetivamente, pues siempre el discurso práctico que formulan tiene carácter ideológico, esto es, constituye una «representación imaginaria» que oculta el objeto a que apunta⁶. O sea, nos encontraríamos no sólo con un escepticismo externo absoluto -los sujetos ajenos al grupo que no practican el discurso interpretativo interno- sino con un escepticismo interno preocupante: los sujetos del discurso interno sólo pueden expresar una versión ideológica de un objeto al que no tienen acceso posible, pues su propio discurso lo oculta, paradoja a la que ha apuntado Dworkin al discutir las tesis relativas a la conocida dicotomía de Hart sobre conocimiento externo e interno de derecho⁷.

También merece reparo el observar que se parte de una definición del derecho, pasando por alto lo que los juristas puedan asumir cuando teorizan sobre el derecho. En lugar de partir, como sin duda ha sido corriente en lo que va del siglo, del discurso (pretendidamente) teórico de los juristas, pa-

⁶ *Ibidem*, p. 84.

⁷ Cf. R. Dworkin, «Law's Empire», Londres, 1986, p. 79 ss. y *passim*.

ra esclarecer lo que ontológica y gnoseológicamente presuponen para que sus teorías sean aceptables, partir de una definición que impone «los criterios demarcatorios del fenómeno mismo», parece o bien una recaída en una actitud ingenua o bien una imposición que recuerda las bien autoritarias tesis de Jaspers sobre la verdad teórica.

Ahora bien, si el derecho es una práctica social discursiva, tendríamos que aceptar que él mismo satisfaga las condiciones de un discurso que, según nuestro autor, debe ser entendido «en el sentido en que los lingüistas definen el concepto de discurso»⁸, a saber: una práctica social «que es más que palabras, es también comportamiento»; se trata de la «producción social de sentidos» y, por ende, de una práctica que «transforma la realidad»⁹.

Es cierto que algunas ramas de la lingüística ven el discurso como una actividad, como una secuencia de actos de habla y que algunos de tales actos pueden modificar la realidad extralingüística (como los famosos performativos de Austin). Pero también es cierto que los lingüistas ven el discurso como un dato puramente verbal, como lenguaje. Y las características del discurso como conjunto de signos verbales no corresponde a la del discurso como conjunto de actos verbales¹⁰. Dado que el derecho, en la definición mencionada, tiene función expresiva, cabe pensar que, aunque sea un conjunto de actos sociales, también es una secuencia de signos verbales. Y no hay razón para confundir ambas cosas sin incurrir en la falacia del producto y el producir. Si lo que se quiere afirmar es que, dentro de ciertos grupos sociales, algunos sujetos efectúan actos verbales mediante los cuales atribuyen sentido a las acciones internas del grupo, es claro que tales conjuntos de actos no son isomórficos con el discurso verbal en que esos sentidos se expresan¹¹. En efecto, los actos verbales, como prácticas sociales, no están necesariamente ordenados linealmente, cosa que, en cambio, es esencial para un lenguaje verbal.

Pero resulta que los actos verbales ideológicos que algunos sujetos practican en realidad no configuran actos significativos para los propios sujetos, sino que «expresa los niveles de acuerdo y de conflicto» de los subgrupos del grupo socioeconómico que sea. Por lo tanto, esa práctica discursiva no otorga sentido a las acciones intragrupalas de manera que las mismas tengan sentido para los miembros del grupo, sino que sólo expresan niveles de consenso o disenso para el observador externo, el cual, por definición, no puede participar en tales juegos discursivos. Tenemos, pues, que al definir

⁸ Op. cit., p. 83.

⁹ Ibid.

¹⁰ Cf. J. R. Searle & D. Vanderveken, «Foundations of illocutionary logic», Cambridge, 1985.

¹¹ A. R. Raggio, «Sobre la inflación panlingüística», en Manuscrito X, 2, 1987.

los sentidos como expresión de niveles de consenso/disenso, suponemos a priori que el discurso jurídico significativo se constituye no para los miembros del grupo, sumergidos en un discurso ideológico, sino para sujetos ajenos al grupo, en cuyo respecto, sin embargo, la constitución de tales sentidos no puede darse.

Tenemos, pues, que los presupuestos ontológicos de la definición analizada llevan a situaciones paradójicas: el derecho es un discurso que expresa los niveles de consenso internos de un grupo socioeconómico. Dichos referentes se constituyen por las actividades de los miembros del grupo que son también discursivas, pero ideológicas. Por tanto, para los miembros del grupo el derecho no expresa un nivel de consenso. Tal cosa sólo puede tener sentido para un observador externo capaz de una visión no ideológica. Pero el discurso de ese observador externo no constituye ni expresa sentido alguno de un dominio en el que no interviene. Tenemos, pues, que no hay modelo alguno de sujeto que pueda satisfacer la definición del derecho como un discurso productor de sentidos que exprese el consenso o disenso que los titulares del poder impongan o toleren dentro de un grupo. Los sujetos internos están ideológicamente incapacitados; los observadores externos, por definición, no tienen poder interno para constituir sentidos.

Entiendo que estamos frente a una definición del derecho en que afloran viejos temas metafísicos del lenguaje como creación ontológica de sentidos (objetos) que se remontan, por lo menos, a la especulación platónica. Y se aceptan, sin una crítica analítica suficiente, ciertas construcciones teóricas que conducen a un radical escepticismo.