

El derecho y su conceptualización desde las teorías críticas, ¿Cómo se articula con el poder?

¿Es posible y/o necesario convenir en una
definición?

Federico Ferreri¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Teorías críticas; III.- Discontinuidad; IV.- Subjetividad; V.- Poder; VI. - Articulación entre derecho y poder; VII.- Conclusión; VIII.- Bibliografía

RESUMEN: Mediante un repaso de índole teórico dogmático de ciertos conceptos desarrollados por las teorías críticas se intentará visibilizar la íntima relación del derecho con el poder y brindar una opinión acerca de la conveniencia o inconveniencia acerca de la conceptualización del derecho.

PALABRAS CLAVE: Derecho - Poder - Teorías críticas

¹ Magíster en derecho penal por la Universidad Austral. Investigador UBA. Me desempeño como abogado en una Defensoría ante el fuero Federal de CABA. Contacto: federicoferreriabogado@gmail.com

I.- Introducción

Los estudiosos de las ciencias jurídicas a menudo se preguntan ¿Qué es el derecho? Este es un interrogante central porque permite definir su objeto de estudio, reconocer sus actores y sus implicancias en la sociedad en que vivimos.

En este trabajo mencionaremos algunas definiciones clásicas pertenecientes al iusnaturalismo y positivismo sin embargo pretendemos exponer cuáles son las articulaciones posibles entre derecho y poder a fin de posibilitar una reflexión que sea útil y comprensiva del fenómeno.

Para lograr ese objetivo utilizaremos algunas categorías importadas de las teorías críticas desarrolladas en el país desde hace algunas décadas por sus principales pensadores quienes fueron los profesores Carlos Cárcova, Remo Entelman, Enrique Marí y la Dra. Alicia Ruiz.

Por último, brindaremos una opinión con relación a la conveniencia o inconveniencia de establecer definiciones concretas del derecho.

II.- Teorías críticas

Al filosofar acerca del derecho podemos considerarlo como un sistema de normas tendientes a regular la vida en sociedad. Por otro lado, es posible definirlo como una ciencia cuya intención es comprender el fenómeno social desde una matriz normativa o como un discurso o práctica social de diversos actores que intervienen en el proceso judicial. Este tipo de definiciones se unen a otras de corte iusnaturalista que contienen una clara incidencia de corte ética-moral: *“el derecho es todo aquello que es correcto”* y/o positivistas: *“conjunto de normas establecidas por los hombres que regulan los deberes, obligaciones y facultades de los individuos en una sociedad determinada”*.

La Dra. Ruiz ha puesto en palabras esta cuestión con sobrada elocuencia:

“El discurso del derecho es ordenado y coherente. Desde ese orden y esa coherencia genera seguridad y confianza en aquellos a quienes su mensaje orienta. Es un discurso peculiar, que aparece como autosuficiente y autorregulado en su producción, y crea la impresión de que su origen y su organización solo requieren de la razón para ser aprehendidos, y que su modo de creación y aplicación depende exclusivamente de su forma”. (Ruiz, 2001)

Esta mirada reductiva, lineal, atemporal, transhistórica sólo ve en el derecho una regla metafísica que marca el deber ser de las cosas o un mero conjunto de normas estructuradas desde la lógica de la razón.

Como vemos, las teorías clásicas a través del monismo han hegemonizado el marco metodológico sacralizando la forma de aprehender conocimiento y el objeto de estudio de la ciencia jurídica. Sin embargo, su campo de visión resulta insuficiente. Estas carencias discursivas han propulsado la ruptura epistemológica a la que se refiere Schuster. (Schuster, 1997)

Aquella ruptura epistemológica del antipositivismo, la relación intrínseca entre derecho y poder -que se verá a continuación- y la intersubjetividad producto de la construcción del mentado discurso científico reconocen en la visión tradicional una insuficiencia total para dar cuenta del fenómeno de derecho.

De lo visto hasta el momento podemos sacar premisas parciales: el derecho es visto de forma relativa como autosuficiente, racional, uniforme, homogéneo, impenetrable; a su vez, determina lo justo de lo injusto y es llamado a intervenir en las relaciones interpersonales, interestatales y en todo orden de la vida de forma continúa asegurando la protección de las personas e instituciones.

Ahora bien, para hacerlo “dinámico” y asequible suele presentar determinadas ficciones² que son funcionales a todo el sistema, como la presunción de que el derecho es conocido por todos o la igualdad ante la ley. Este es el andamiaje técnico-argumental en el cual el derecho se asienta.

No obstante, una reformulación en la forma de producir conocimiento apareció como esencial para cubrir las necesidades dogmáticas apetentes de explicar los fenómenos sociales desde este campo. Por ello, mediante un análisis crítico evidenciamos ciertas fracturas que posibilitan elaborar teorías acerca del derecho de forma integrativa con otros datos de la realidad que lo condicionan -y me animo a afirmar que resultan identitarios-, como bien lo trae a la mesa el Dr. Marí. (Marí, 1993).

Las teorías críticas del derecho son un movimiento surgido en la década del 60 en el ámbito jurídico que nace al calor del advenimiento del dualismo metodológico

² La ficción legal, es una técnica jurídica que consiste en atribuir a determinadas personas o cosas una condición que no poseen con el objetivo de otorgar determinado privilegio.

Desde el punto de vista lógico esta cuestión carece de sentido y, simplemente, son técnicas legislativas necesarias para el sostenimiento del orden jurídico o para fines determinados por una sociedad. Por ejemplo, la consideración de que el derecho es conocido por todos se utiliza para que determinadas obligaciones impuestas por la ley sean demandables. Esto le da movimiento intrínseco al sistema posibilitando su funcionamiento.

cuyo marco epistémico se manifiesta a partir de la separación de las ciencias naturales y sociales.

Esa ruptura epistemológica del antipositivismo, fruto de la insuficiencia total para dar cuenta del fenómeno de derecho, tiene vertientes heterogéneas que confluyen en rasgos comunes y expresan la necesidad de repensar el derecho desde un punto de vista más amplio, en otras palabras, generar un discurso enriquecedor. En esta línea, se ofrecen como una posibilidad de razonamiento que permitirá observar entrelíneas que es lo que sucede con los distintos fenómenos sociales cuyo estudio emprendamos desde la ciencia jurídica y son constituidos por múltiples conceptos, ideas, intenciones, etc. A esto mismo se refería Cárcova al enseñar que es cuestión de comprender al derecho y no meramente explicarlo. (Cárcova, 2007)

Por cierto, cabe remarcar que con “discurso” nos referimos a un enunciado o conjunto de enunciados con que expresamos un pensamiento, un razonamiento o una creencia sobre un tema específico -interpretamos la realidad-, de forma oral o escrita. Esta interpretación no es más que asignar sentidos a algo que percibimos del mundo real y esa asignación produce, necesariamente, un conflicto. Entonces, al interpretar un objeto desde el punto de vista ontológico producimos algo nuevo. (Gadamer, 1960). Es decir, subjetivizar.

III.- Discontinuidad

Según Foucault la discontinuidad es la forma de entender la historia desde otro lugar. En contraposición a la historia historicista (visión clásica), se interpreta que no hay una única historia sino momentos heterogéneos carentes de una tesis en particular, las relaciones de poder, en realidad, son las que propician esos momentos. (Foucault, 1992). Sin embargo, nosotros utilizaremos este término para poder explicar la ruptura que se produce entre la visión clásica y crítica respecto a la ciencia jurídica y la imposibilidad de pensar al campo jurídico como un discurso homogéneo.

En esa línea se ubica Marí:

“(...) El discurso jurídico debe comprenderse y evaluarse no solo por lo que descarta de sí sino por lo que atestigua con esa exclusión. Es evidente que esto le acuerda una atmósfera extravagante de clandestinidad. Pero los juristas saben que en el límite esto es así: el discurso jurídico es en gran medida un discurso clandestino”. (Marí, 1993)

La realidad jurídica es más compleja que lo que predicen las teorías tradicionales. Es necesario comprender el fenómeno jurídico en todo su esplendor

para así poder comprender y transformar la realidad. La evidencia de ello es la integración de otros discursos al discurso jurídico lo que denota su caracterización multi discursiva. Para construir la decisión que se plasma en la sentencia, por ejemplo, los jueces utilizan diversos elementos (datos, información) que reciben de otros saberes, es decir que en su producción intervienen muchos discursos, pero son excluidos del resultado final -fallo judicial-. Esto es la no uniformidad semántica, el derecho no es continuo, y esto no es casualidad; por el contrario, es funcional a la praxis social. (Marí, 1993)

Esto trae a la escena la intersubjetividad y el poder, componentes fundamentales también para comprender al derecho.

IV.- Subjetividad

No forma parte de este trabajo brindar una conceptualización extendida sobre la subjetividad, sin embargo, haremos unas breves referencias para comprender el fenómeno y su vinculación con el derecho.

A partir de la filosofía moderna, comprendemos que no hay sujeto previo. (Laiseca, 2022). Por lo tanto, el pensamiento científico se conforma a partir de la consideración de que la intersubjetividad es el último fundamento de todo conocimiento.

De esta manera, podemos comprender que los sujetos se forman en sociedad y la conforman, ésta los constituye y los conforma; a su vez, estos la enriquecen y modifican con sus propias personalidades y razonamientos. El sujeto es una construcción humana instrumentalizada mediante la sociedad.

El proceso de socialización, entonces, actúa mediante el lenguaje y se cristaliza en la cultura. Por su parte, ésta queda plasmada en las prácticas sociales y la escala axiomática como construcción de cada sociedad.

Sea cual fuere la conceptualización que le demos al discurso jurídico se conviene que éste forme parte de la sociedad que es el ámbito de su saber y de funcionamiento.

V.- Poder

Antes de comenzar con este apartado realizaremos una aclaración metodológica. En este trabajo se seguirá la idea que Michel Foucault tiene respecto del poder la cual ha esbozado a lo largo de su producción doctrinaria. Por lo cual,

recomendamos la lectura de las siguientes obras: Foucault M., I Conferencia: “La verdad y las formas jurídicas”, Barcelona, Ed. Gedisa, 1995; Foucault M., Microfísica del poder, Madrid, Ed. La Piqueta, 1992; Foucault M., Clase 14 de enero de 1976, Buenos Aires, College de France, 1975-1976 y Foucault M., Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2008.

El prestigioso autor nos enseña que el poder no es algo que se pueda tener o detentar; se trata de un juego de fuerzas, de batalla. Son relaciones de fuerza en constante circulación y dicha relación presupone dos fuerzas antagónicas como condición de existencia. (Foucault, 1995)

De la apreciación de aquel juego de fuerzas que se relacionan se desprende la idea percibida de los datos de la realidad de la presencia de dos agentes: un dominador y un dominado, en realidad es un juego de posiciones donde se discute poder, perspectivas. (Foucault, 1992)

La comprensión de ese fenómeno es de vital importancia porque toda verdad es determinada por el dominador en esa relación. Entonces, en todas las sociedades el poder establece la verdad, mediante un régimen determinado.

Este régimen permite ver qué es lo considerado verdadero, y qué es lo falso, y sobre todo constituye cuáles son los procedimientos, las reglas y la autoridad para determinarlo.

Lo importante, creo, es que la verdad no está fuera del poder ni carece de poder (no es, a pesar de ser un mito, del que sería preciso reconstruir la historia y las funciones, la recompensa de los espíritus libres, el hijo de largas soledades, el privilegio de aquellos que han sabido emanciparse). La verdad es de este mundo; está producida aquí gracias a múltiples imposiciones. Tiene aquí efectos reglamentados de poder. Cada sociedad tiene su régimen de la verdad, su “política general de la verdad”: es decir, los tipos de discurso que ella acoge y hace funcionar como verdaderos; los mecanismos y las instancias que permiten distinguir los enunciados verdaderos o falsos, la manera de sancionar unos y otros; las técnicas y los procedimientos que son valorizados para la obtención de la verdad; el estatuto de aquellos encargados de decir qué es lo que funciona como verdadero. (Foucault, 1992)

A ese pensamiento se suman las palabras del Dr. Marí quien considera que las posiciones o perspectivas que asumen este carácter determinante hacen circular la verdad en la sociedad, la praxis o imaginario sociales reproduce el poder-verdad, y

lo hace permeable a los conflictos y acuerdos que en su seno se producen. (Marí, 1993). Por lo que Foucault habla de la microfísica del poder, esas relaciones de fuerza se las halla en todos lados y son parte de la vida humana.

Ya nos encontramos en condiciones de formular una nueva premisa parcial: el poder no es poder estatal, sino que estas relaciones de fuerza, que están en juego en todos los rincones de la sociedad, crean al sujeto (intersubjetividad) y determinan los discursos hegemónicos; entre ellos el jurídico. (Ruiz, 2001).

VI.- Articulación entre derecho y poder

La articulación existente y potente entre derecho y poder ha sido trabajada en su “Clase del 14 de enero de 1976” por el maestro Foucault quien distinguió dos dimensiones de trabajo, una metodológica y otra histórica analítica.

En primer lugar, reconoció que la teoría jurídica a partir de los inicios de la modernidad (siglo XVI), se organizó en torno al problema de la soberanía. No obstante, en la actualidad resulta necesario abandonar este concepto para pensar al poder íntegramente. El derecho vehiculiza relaciones de soberanía y de poder. (Deleuze, 2008).

No se trata de analizar el poder a través de un prisma netamente jurídico, porque el mismo desborda al derecho. Sin embargo, éste es un medio natural para el poder y sus tácticas o dispositivos. Incluso esta cuestión se verifica al considerar las diversas leyes, sentencias o actos administrativos los cuales son resultado de diversas pujas de poder conformantes de un discurso hegemónico y receptivos de diversos intereses; son instrumentos fruto de las estrategias llevadas a cabo en las relaciones de poder.

La dominación no es un bloque macizo, el poder no es esencia. Es algo que circula por la sociedad, que denota un choque de fuerzas, batallas. Es heterogéneo. Por ello, la idea de soberano resulta accesoria; lo importante es entender que el sujeto se determina por la posición que este ocupa en la estructura³. Foucault, en cambio, entiende que el sujeto se constituye por la relación Saber-Poder.

³ En este momento de la producción literaria y filosófica, el autor toma como herramienta de trabajo para analizar la realidad la *genealogía*. Método de análisis creado por Nietzsche -ver (Friedrich, 2006)

Siguiendo con los conceptos trabajados por el filósofo, la normalización es una técnica que permite distribuir el poder desde lo micro hasta lo macro en una sociedad. Por eso, las relaciones de poder y la toma de posiciones son tan fuertes en el marco social y político. Es la Disciplina.

Entonces, para pensar en el poder es necesario pensar en el saber. Por eso es necesario analizar el régimen de la verdad de cada sociedad, sólo así es posible conocerla. El saber hace asequible al poder y tienen una relación de feedback.

En segundo lugar, cabe destacar que durante el siglo XVI y XVII impera el modelo de estado soberano. Aquí, el poder se presenta como represivo, coactivo y este se expresa en el discurso jurídico; a través de códigos o cánones que regulan las relaciones entre el soberano con los súbditos.

Luego, aparece el modelo disciplinario⁴ -siglo XII hasta el XVIII⁵-.

Durante este período de tiempo el poder no es represivo, sino por el contrario es productivo⁶. No se ejerce mediante obligaciones sino por corrección y vigilancia continua del cuerpo. Se disciplina para normalizar, esta doctrina procura cuerpos dóciles para utilizar y es una herramienta del poder. Un dispositivo diría Marí.

Es dable aclarar que un modelo no excluye al otro. Son simplemente formas de ver la realidad y tratar de comprenderla, por lo que se afirma que coexisten. *“El poder en la sociedad moderna se ejerce en la heterogeneidad del soberano y de la disciplina”*. (Foucault, 1975-1976)

Tal es así que el modelo de poder soberano organizó todo el proceso codificadorio del siglo XIX, pero el modelo de poder disciplinario invadió el discurso

⁴ La disciplina es una técnica del poder que sirve para corregir al que se aparta de lo que se considera normal según el discurso hegemónico, para que sea efectiva son necesarios distintos elementos: Una disposición espacial particular, por ejemplo, el panóptico, tiempo o ciclos determinados, serialización y sinergia de la fuerza. De esta manera, la individualización de cada individuo produce una maquinaria –plenamente utilizable-, un mecanismo normalizado.

Un claro ejemplo aplicado de esta teoría se observa con el fenómeno industrial-capitalista el “Fordismo”.

⁵ Años más tarde, Foucault hablará del “BioPoder” pero este concepto no será trabajado en este artículo. Véase en Foucault M., *La historia de la sexualidad I. La voluntad del saber*, Ed. Siglo XXI, edición 2005, Buenos Aires, 1976.

⁶ Aquí se nota la influencia utilitarista. Ver Bentham J. en *“Introducción a los principios de moral y legislación”* (1789), Foucault lo cita en su libro *“Vigilar y castigar”* (Foucault M., 1975).

jurídico y lo terminó colonizando. Sobre este punto, Marí ejemplifica esta cuestión con la cita del fenómeno de la medicalización⁷ con la psiquiatría. (Marí, 1993)

VII.- Conclusión

Al comienzo de estas notas hemos advertido que ciertas definiciones para del término derecho surgen rápidamente por encontrarse inmersas en el imaginario social (Marí, 1993).

Las primeras, de corte iusnaturalista, evocaban cuestiones morales y éticas propias de otra época, aunque con resabios en nuestra jurisprudencia⁸ y otras propias de un contexto positivista. Sin embargo, a partir de la década de 1960 con la irrupción de las teorías críticas del derecho su objeto de estudio comenzó a ampliarse de manera abrupta y notamos la necesidad de pensar al derecho desde otro lugar, que dé cuenta de la realidad y de desarrollar otros presupuestos epistemológicos⁹ que sirvieran como marco para el estudio científico del mismo.

El derecho como práctica multi discursiva, discontinua e intersubjetiva nos propuso bucear en los fenómenos que suceden a lo largo y ancho de nuestra sociedad. De esta forma, evidenciamos como los juegos llevados a cabo por cada una de las fuerzas existentes de la sociedad configuran un discurso hegemónico que constituye -proceso de socialización- a cada individuo integrante de una comunidad. A su vez, las asimetrías existentes sostenidas por un orden determinado utilizan diversos dispositivos -normalización- para procurar su dominación y la imposición de un régimen de la verdad que reproduce esta práctica y forma de ver al mundo.

Esta articulación entre derecho y poder es una relación actual de fuerzas antagónicas y heterogéneas y constituye el orden jurídico cuya función es eminentemente social de control y preservación de privilegios.

Las teorías críticas han logrado brindar un concepto de derecho al cual lo ven como una *“práctica social específica de naturaleza discursiva que expresa niveles de acuerdo y conflicto en una formación socio histórica determinada”*.

⁷ Es un fenómeno por el cual el discurso médico cobra autoridad para intervenir en el jurídico. En la actualidad, ningún juez resolvería sobreseer o absolver a un imputado en un proceso penal en los términos del artículo 34 del Código Penal de la Nación sin, previamente, contar con la opinión del perito en psiquiatría.

⁸ CSJN: Fallos, 302:1284.

⁹ Dualismo metodológico.

Ahora bien, a pesar de contar con esta definición su objetivo de utilidad y permitir la comprensión de los fenómenos que ocurren en el mundo real en nuestra sociedad no parece satisfecho. Muy por el contrario, consideramos que una definición cerrada y estanca del concepto quedaría en desuetudo rápidamente y es necesario repensar la ciencia jurídica desde una óptica integral, global y en movimiento.

Por ello, pensamos en otras interrogantes posibles que coadyuven a continuar investigando el tema. ¿Existen otros elementos que deban ser tomados en cuenta para definir de manera íntegra al derecho y pensar el fenómeno jurídico?, ¿Es viable establecer una única definición y que esta sea inmutable en el tiempo?, ¿Qué otras relaciones han surgido en la sociedad actual y deben ser indagadas en los términos anteriores bajo el prisma de la ciencia jurídica?

VIII.- Bibliografía

- Albano S., Michel Foucault. Glosario de aplicaciones, Ed. Quadratta, Buenos Aires, 2005.
- Cárcova C, Notas acerca de la teoría crítica del derecho, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
- Cárcova. C., La opacidad del derecho. Ed. Trotta, Madrid, 1998.
- Deleuze G., "Un Nuevo Cartógrafo" en Foucault, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2008.
- Entelman R., [Discurso normativo y organización de poder: La distribución del poder a través de la distribución de la palabra](#), 1985.
- Foucault M., Microfísica del poder, Ed. La Piqueta, Madrid, 1992.
- Foucault. M., I conferencia: "La verdad y las formas jurídicas", Ed. Gedisa, Barcelona, 1995.
- Foucault, M., Clase 14 de enero de 1976. Buenos Aires: College de France, 1975-1976.
- Foucault M., La historia de la sexualidad I. La voluntad del saber, Ed. Siglo XXI, edición 2005, Buenos Aires, 1976.
- Foucault M., Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2008
- Friedrich, N., La genealogía de la moral, Ed. Alianza, Madrid, 2006.
- Gadamer H., [Verdad y método](#). Ed. Sígueme, Salamanca, 1999.
- Judith, R., [Diccionario Foucault](#), Ed. Nueva Visión, Buenos Aires, 2009.
- Laiseca L., [La crítica al sujeto de la filosofía moderna en Nietzsche. El Selbst o la razón del cuerpo](#), Repositorio Institucional Digital del Departamento de Humanidades de la Universidad Nacional del Sur, 2022.

- Marí E., Papeles de Filosofía, Ed. Biblos, Buenos Aires, 1993.
- Marí E., Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden. En Papeles de filosofía, Ed. Biblos, Buenos Aires, 1993.
- Parmeggiani M., [Sujeto, pensamiento y lenguaje en Nietzsche](#), Contrastes: Revista internacional de filosofía, Málaga, 2000.
- Ruiz A., Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho, "La construcción social y jurídica de la verdad", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- Ruiz A., Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2001.
- Saussure F., [Curso de lingüística general](#), Ed. Losada, edición 1945, Buenos Aires, 1916.
- Schuster F., [Exposición](#), en Schuster F., Giarracal N., Aparicio S., Chiaramonte J. y Sarlo B., Exposición en "El oficio del investigador", Ed. Homo Sapiens. Instituto de investigaciones en Ciencias de la Educación. Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997. En el hipervínculo generado se recupera un archivo digitalizado donde puede consultarse la exposición desde un portal web.