

LA ILUSION DE LO JURIDICO
**Una aproximación al tema del derecho como un lugar
del mito en las sociedades modernas**

Alicia E. C. Ruiz*

Introducción

1.1. Después de muchos años de participar en el esfuerzo teórico de elaborar una definición del derecho que superara la insatisfacción que las tradicionales concepciones en esta materia producen, quienes sentimos que carece de relevancia toda explicación acerca del fenómeno jurídico que no de cuenta, a un mismo tiempo, de su naturaleza social; de su sentido prescriptivo; de su carga ideológica y de su carácter legitimante en relación con el modo en que el poder se distribuye en una formación social determinada, parece que hubiéramos alcanzado algunos acuerdos y algunas aproximaciones básicas. Ellas no pueden, aún, ser exhibidas como un catálogo de definiciones que se suceden y se enlazan las unas con las otras a través de rigurosos procesos de deducción lógica, lo que tampoco implica renunciar a la coherencia ni a la rigurosidad del pensamiento expuesto.

Trátase, sin embargo, de poder contar estas ideas, de escoger un método de exposición que se corresponda con el modo en que ellas han venido siendo elaboradas, y que informe de las dificultades iniciales y del camino elegido para la superación parcial de algunas, cuando menos.

Trátase además, y de una buena vez, de explicitar que hemos trabajado a partir y en contra del modelo kelseniano del derecho.

Y esto no por casualidad sino, muy por el contrario, por el reconocimiento explícito de que allí estaba el modelo que debía ser contrastado, el más rico y sugerente, aquél que en su máxima rigidez y coherencia extrema contiene, pese a sí mismo, las problemáticas esenciales, claro que a través de sus silenciamientos y elusión.

* Universidad Nacional de Buenos Aires.

En toda esta búsqueda no ha sido desde los juristas o desde los filósofos del derecho que hemos recibido los aportes significativos sino de la mano de hombres dedicados a otras disciplinas que, curiosamente, están hoy, como nosotros, interesados en dar cuenta de este fenómeno multifacético del derecho.

De ahí que, más que respuestas tranquilizadoras sólo estamos en condiciones de formularnos preguntas angustiosas.

1.2. No es casual que el interés por estos abordajes no tradicionales del derecho, aparezcan en el plano de la teoría en momentos en que el debate grande de las ciencias sociales se centra en torno al tema del poder y de las formas de su ejercicio, que consagren una real participación de los individuos que no se limite a su reconocimiento formal como contratantes, ciudadanos o electores. Y en momentos en que el drama de los derechos humanos —esta categoría re-elaborada a la luz de los nuevos autoritarismos— sacude la conciencia de los hombres.

Las cuestiones que nos preocupan no son el resultado, entonces, de la perspicacia exitosa de algunos teóricos, ni el producto de un encuentro entre intelectuales calificados, sino el resultado de nuevas situaciones y condiciones que están más allá del campo mismo de la teoría. Hoy discutimos en torno de la democracia, de los modelos de transición gradual hacia formas más justas de organización social, de la protección y caracterización de estas nuevas categorías de derechos, del papel legitimador del derecho respecto del poder, de la reserva con que se genera y mantiene el conocimiento del derecho, del poder que su saber otorga a los hombres que lo poseen, porque en esta problemática nos va, sin eufemismos, la vida, la libertad, la seguridad de nuestros hijos. Y no meramente un ejercicio de nuestra inteligencia puesta a prueba.

1.3. Estas consideraciones previas resultan necesarias para establecer el marco en que se han desarrollado y continúan avanzando nuestros proyectos teóricos.

Por un lado, reivindicamos la satisfacción de ciertos requisitos de seriedad, consecuencia y determinación clara de puntos de partida —condiciones necesarias aunque no suficientes para producir en el campo de la teoría— a fin de poner en acto una práctica científica que reconozca su diferencia con otras prácticas y, a un tiempo, su peculiar manera de interdependencia.

Por otro, debe subrayarse que los elementos básicos de esta preocupación compartida en torno al derecho, tienen mucho que ver con una formación y con abundantes lecturas que nos proporcionaron una concepción materialista de la sociedad y de sus mecanismos básicos de funcionamiento, transformación y crisis. Esa formación y esas lecturas, sin embargo, nos revelaron que la ortodoxia y la dogmatización del pensamiento marxista habían ocluido, particularmente en el campo del derecho, la posibilidad de pensar, reconocer y descubrir desde dónde y cómo era posible abordar eficazmente la problemática implícita en el mundo en el cual se inserta el derecho como fenómeno ideológico. Pero, quiero decir que eso no nos basta.

Nuevas lecturas, distintas a las de ayer, y una otra manera de leer los textos ya leídos nos han proporcionado elementos que ponemos aquí en juego para analizar los aspectos que siguen.

Una última aclaración: lo que sigue es simplemente la introducción a algunos temas que exigen un desarrollo más cuidadoso si de su discusión resulta que, efectivamente, como creo, son paradigmáticamente relevantes para entender mejor cómo funciona el derecho de las sociedades contemporáneas caracterizadas por su laicización y la inmanencia del poder que en ellas se detenta y se ejerce.

Las hipótesis que nos parece interesante plantearnos son: que el derecho es el discurso legitimante del poder en el estado moderno; que el derecho tiene un importante valor simbólico, en la medida en que se constituye en el lugar del mito en las sociedades contemporáneas marcadas por la impronta de la racionalidad occidental, y por último la circunstancia de que las formas jurídicas expresan mucho más que un mecanismo de control social fundado en las relaciones de dominación y se tornan tanto más poderosas y rígidas cuanto más ligadas están a esos aspectos míticos. Todos estos aspectos son parte del discurso jurídico tradicional en cuanto están presentes, por ausencia, en sus silencios y omisiones. Vale, pues, empezar a construir el espacio donde lo ocultado pueda aparecer y asumir su existencia. Tal vez sea el único camino de enfrentar lo siniestro que emerge perversamente cuanto menos podemos esperar.

2. El derecho como discurso legitimador del poder

El derecho se encuentra en una peculiar relación con el poder. Entendemos con Foucault que el poder “... no es una institución ni una estructura, no es cierta potencia de la que algunos estarían dotados. Es el nombre que se presta a una situación estratégica en una sociedad dada. . . Donde hay poder hay resistencia (o mejor y por lo mismo), ésta nunca está en posición de exterioridad respecto del poder.”

Esta caracterización del poder es rica en consecuencias, aunque no se sigan puntualmente todas las que el autor citado extrae de la misma. El derecho es inseparable del poder en el Estado moderno, pero no está respecto de él en una relación de yuxtaposición. Le proporciona al poder su discurso legitimante, aun en aquellos casos en que su ejercicio alcance los máximos grados de arbitrariedad y discrecionalidad. Siempre aparece dotando al poder de cierta “dignidad” asignada a esa “situación estratégica” de la que habla Foucault, a la que nadie puede dejar de tomar en cuenta. Muy especialmente en el caso del poder estatal, aspecto que, como bien lo destaca Poulantzas, debe ser enfatizado en oposición a las tesis de Foucault.

Ese discurso jurídico al que nos estamos refiriendo abarca tanto el discurso de la ciencia del derecho, cuanto el de las autoridades y el de los súbditos. Es lo que los magistrados establecen, lo que los abogados argumentan, lo que los litigantes declaran, lo que los legisladores sancionan, lo que los doctrinarios critican. Este discurso es, por su propia naturaleza, un “discurso constituyente”, que asigna significaciones a hechos y a palabras, más allá de las intenciones de quienes los ejecutan o las pronuncian.

Este carácter constituyente proviene directamente de su relación con el poder. El derecho instituye, dota de autoridad, faculta a decir y a hacer, y el sentido con que define estas prácticas está determinado por el juego de las relaciones de dominación, por la situación de las fuerzas sociales en pugna en un tiempo y en un lugar determinados. De ahí que Foucault ubique junto a toda forma de poder alguna forma de resistencia.

El derecho ocupa un lugar privilegiado en el terreno de la ideología. Porque dotado de omnifuncionalidad, puede intervenir a través del ejercicio legal de la violencia monopolizada por el Estado mediante los múltiples mecanismos productores de consenso, sumisión y aceptación.

Quienes manejan ese peculiar saber —quienes conocen de la lógica interna con que el discurso del derecho se organiza y se enuncia— están habilitados para su uso. Y esos son los magistrados, los abogados, los profesores de derecho, los juristas. Son los modernos “brujos” que transmiten e interpretan la palabra del poder, en un mundo donde la autoridad y dios ya no se confunden.

Esta problemática no puede ser ignorada cuando de lo que se trata es de desentrañar el fenómeno del derecho. Sin embargo, ha sido dejada de lado en el campo de la ciencia jurídica positivista. Dejada de lado, no tematizada pero siempre presente. Allí donde se abren los aspectos más ricos para la discusión es, justamente, donde la cuestión del poder es aludida por silenciamiento. Kelsen afirma, por ejemplo, que detrás de todo acto de creación de normas hay un acto de fuerza; que el derecho es una técnica de motivación de la conducta, y que motiva a través de la sanción. Que el Estado se caracteriza por monopolizar el uso de la fuerza; que la teoría de las lagunas del derecho funciona, en los jueces, para evitar que ellos reconozcan la magnitud de sus facultades, y el grado de arbitrariedad de que disponen; que la eficacia del sistema es condición de validez de las normas; que el principio de efectividad es fundamental para la comprensión del sistema. . . En todos estos casos ¿de qué se habla sino del poder? Cómo sostener entonces, que el objeto de la ciencia jurídica son las normas, que es acerca de ellas y sólo de ellas, de sus relaciones, de sus categorías de lo que debe ocuparse el científico? ¿Qué obstáculos condicionan este conocimiento? ¿Qué circunstancias obligan a separar tan radicalmente al derecho del poder, sino su misma y estrecha vinculación?

Porque el derecho legitima al poder no sólo a través de la consagración explícita de quienes son sus detentadores reconocidos. El derecho también legitima, de manera más sutil, cada vez que determina que sólo mediante ciertos mecanismos es posible producir actos jurídicos: sólo algunos y en ciertas ocasiones y bajo determinadas condiciones pueden contratar, disponer de sus bienes, casarse, reconocer sus hijos, acceder al desempeño de funciones específicas y aun matar o morir legalmente. El derecho cada vez que consagra y reconoce alguna conducta, alguna acción, alguna palabra en el marco que el mismo determina, está revelando cómo y dónde se instalan las relaciones de poder, cómo está distribuido el poder en la sociedad. El derecho legitima el poder con mayúsculas en el Estado y se expande por todos los intersticios de cada nivel de la vida social.

Por eso resultan tan sugerentes para quienes nos ocupamos del dere-

cho las tesis foucaultianas. Desde esa perspectiva, es posible mostrar cómo funciona el poder en diferentes espacios, por ejemplo, en el ámbito de la magistratura. Allí los mecanismos de censura propios del discurso jurídico, tanto los internos cuanto los externos a ese discurso, señalan a los jueces como las voces privilegiadas para resolver casos particulares, dentro de los límites que la organización del poder social fija. Se agregan a estos condicionamientos, las circunstancias de que están en posesión de un saber reservado, cuyos secretos dominan y de su pertenencia a un cuerpo jerárquico estructurado, como es el de la familia de los magistrados. La “independencia” del Poder judicial tantas veces invocada, puede ser leída desde un ángulo diferente. Con ella se alude a que los jueces están resguardados de toda contaminación por la política, que su hacer no reconoce otro origen que su conocimiento, ni otra finalidad que la de hacer justicia y encontrar adecuadas soluciones en el marco de la ley. Pero esa presunta objetividad que parece colocarlos más allá de los conflictos y pugnas de la sociedad, que les permite ser infinitamente justos, no es sino una ilusión. Desde su saber ya son poderosos, y en una sociedad dividida por intereses opuestos, ese poder y algunos de esos intereses aparecen siempre ligados. Porque la justicia no es un valor inmutable; porque 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. Porque cada vez que un juez dice “fallo”, su discurso “constituye” cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella. Y porque, en definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho y, por tanto, conlleva esa carga legitimante del poder que le es propia.

La estructura del discurso jurídico es fundamental para que el derecho cumpla su papel. Una nota esencial consiste en la fractura que ocurre entre el proceso discursivo y su producto final: “Entre el proceso de producción y constitución del discurso jurídico y este discurso como producto final existe una discontinuidad, un desplazamiento. . .” señala Enrique Marí, y agrega que esa ruptura no es epistemológica, aunque se la reconozca en el campo del conocimiento, sino que corresponde a ciertos modos de funcionamiento de los mecanismos sociales. Su organización depende de un principio de control ubicado en otros discursos, en formaciones no discursivas, en instituciones, acontecimientos políticos y en sucesos de distribución del poder. “Ese desajuste está, pues, construido por la praxis social variable históricamente y que responde a mecanismos de prohibición y de control. . .”.

Esa estructura que encubre, desplaza y distorsiona el lugar de conflicto social, es la que permite al derecho instalarse como legitimador del poder, en tanto, también lo disfraza, lo torna natural. Además, el discurso jurídico es ordenado y coherente, y ese orden y esa coherencia generan seguridad, confianza y aceptación en aquellos a quienes su mensaje se orienta. Y por otro lado, a través de algunas expresiones de ese discurso, como el judicial, se indaga acerca de la verdad y se le enuncia de modo tal que ha dejado su impronta en nuestra sociedad “para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad.” (Foucault).

3. El derecho como lugar del mito

El derecho es una práctica social específica que supone más que su materialidad. Esa práctica es, además, representativa. El derecho asume un papel simbólico: significa más que el conjunto de actos, discursos, elementos normativos que servirían para ejemplificarlo.

Lo significado por él no está, o no está únicamente, en esos actos discursos y normas. Buena parte del imaginario social está puesto en el derecho. El lugar que ocupa y determina está poblado de mucho de lo no dicho, no actuado, no expresado. El derecho no permite ni prohíbe de manera casual, ni tampoco lo hace como un mero reflejo de la estructura de dominación social y económica que integra. Las "razones" de las prohibiciones en el derecho obedecen tanto a criterios racionales, de previsibilidad, de establecimiento de reglas de juego que hagan factible la subsistencia del sistema social, cuanto a elementos vinculados a aspectos más primitivos y básicos de los hombres que lo construyen.

Este acercamiento a la relación derecho-mito no se hace desde una concepción simbólica del derecho en abstracto. No pretendemos hablar acerca de todo derecho, cualquiera sea la época y el tipo de sociedad en que aparece. Nos interesan, en cambio, algunos problemas en torno al derecho moderno. Ese derecho que recepta y expresa, con tanta fuerza, las formas de la racionalidad del Occidente. Ese derecho que se construye a partir del acceso de la burguesía al poder y que se instala junto al Estado. Ese derecho que corresponde a un mundo que pretende, omnipotentemente, desterrar los mitos e instalar el supremo reino de la razón. Es en esta sociedad donde vale la pena indagar acerca del valor simbólico del derecho, revisar sus ritos y revalorar el papel de las formas jurídicas.

Es que, como lo señala Mialle, la revolución burguesa se acompaña de un imaginario que vendría a justificar las instituciones y organiza otro modo de representación de lo social. Lo peculiar, la novedad de este sistema es que este modo de representación rechaza toda trascendencia. Parte del individuo y retorna a él en el círculo cerrado del contrato social, teniendo incluso que presuponer aquello que quiere fundar: lo colectivo. "Cuando afirmo que lo esencial de la forma burguesa del Estado radica en su carácter contradictorio, no quiero señalar únicamente la existencia de contradicciones sociales, que se encuentran en todos los sistemas sociales conocidos. Al contrario querría designar lo que parece secreto de la dominación burguesa: el arte de la ambivalencia, el doble discurso instituido como regla, la contradicción no como debilidad sino como fuerza". El mundo burgués articula lo universal y lo particular, toma en cuenta la contradicción entre lo público y lo privado, reconoce la contrariedad de intereses, practica la separación de individuos, así como de poderes.

Al mismo tiempo este acercamiento a la relación derecho-mito nos conduce a un tema que ya advirtiéramos como central para la elaboración de una teoría jurídica alternativa. Es el problema de la noción del sujeto, a la que aludimos muchas veces en estas páginas. Creemos que aquí está la categoría bisagra, cuyo análisis y desentrañamiento sólo puede hacerse a partir de los desarrollos teóricos ocurridos en otras ciencias, particularmen-

te en el psicoanálisis. Poner en cuestión la noción de sujeto es mover la pieza clave que sostiene la estructura íntegra del sistema jurídico moderno. A partir de su desplazamiento todas las demás categorías deben ser discutidas, reelaboradas, y con ello se conmueve la lógica interna del discurso jurídico y queda abierto a revisión. Se trata de desmontar doblemente la noción de sujeto formulada desde el derecho, de probar que no hay un sujeto "libre y autónomo" (¿es que podría haberlo?), por una parte, y por la otra que esa categoría es en sí misma una categoría histórica. Retomemos el tema inicial de este punto. ¿Hay una función simbólica del derecho? Y si la hay, ¿cómo la cumple?

Desde el derecho se construye toda una ilusión, un mundo donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta una otra imagen como real. Tan real que sólo cabe pensar, juzgar, actuar, en consecuencia. Actuar *como si*. . . fuéramos libres e iguales, *como si*. . . contratáramos en cada oportunidad en paridad de condiciones con el otro, *como si*. . . conociéramos las normas que debemos conocer, *como si* nunca incurriéramos en "error de derecho". Juzgar *como si* nuestra sentencia tuviera garantía de justicia y el fundamento de la verdad, *como si*. . . la realidad fuera lo que el discurso del derecho dice que es. Y lo más sorprendente de esta ilusión es otra ilusión que la acompaña: en la mayor parte de los casos es a través de la exhibición, la amenaza o la efectivización de la violencia que el derecho produce tales efectos. Es que el derecho reprime muchas veces haciéndonos creer que estamos de acuerdo con ser reprimidos y censurados.

Lo "justo es el centro del discurso ordinario de la censura, discurso mantenido por los juristas y sus partidarios. . . se juega algo por cuenta de otra escena". Según Legéindre, ese discurso, por su propio mecanismo censor, sostiene la ilusión del no conflicto, lo encubre para mantener la creencia en el orden, en las instituciones que sacraliza por ser justas y perfectas.

A partir de esa ilusión se constituye el sujeto autónomo que discierne, que siempre puede elegir en libertad: "libre" en sus relaciones interpersonales; "libre" integrante del grupo cuya pertenencia escoge; "libre" como ciudadano; "libre" para asociarse (siempre que sea con fines útiles, naturalmente); "libre" para ejecutar todas las acciones que el derecho no prohíbe (lo que supone que está en condiciones de poder efectivamente realizar todos esos actos). Como se ve, lo ilusorio gesta lo ilusorio, y lo hace con efecto multiplicador: la sociedad —espejo de los nombres que la forman— sociedad igualitaria; estados soberanos con capacidad de autodeterminarse; sistemas democráticos definidos por la división de poderes y la declaración formal de garantías; la independencia del poder judicial, etc. La enumeración no es casuística sino que intenta llamar la atención sobre los múltiples aspectos en los que se proyecta esta fuerza mágica del derecho. La trama social no debe emerger. Los enfrentamientos de intereses opuestos y contradictorios no deben ser mostrados. Cada vez que su potencia fracture el gran discurso censor, éste deberá repararse sin hacer cargo de su herida traumática, para lo cual habrá de decir algo acerca de lo que es, pero poniéndolo en un lugar diferente. Y las luchas obreras obligarán a reconocer el derecho de huelga y la organización sindical habrá de incorporárselos,

pero distanciándolos rápidamente de su origen. Su historia empieza aquí, recién aquí, en el exacto momento de su juridización o al menos esto es lo que pretende, con más o menos éxito, el discurso oficial de los juristas. Porque es preciso señalar que hay síntomas que denuncian lo negado. Y hay un contra discurso que se hace cargo de ellos. También en este campo hay "resistencias". En este lugar está el lugar de la instalación del mito en el derecho, y como se ve, muy especialmente, su discurso contribuye, a un tiempo, al desconocimiento y reconocimiento del sujeto. En ese sentido genera ilusión, y adquiere para los individuos a quienes va dirigido una significación particular.

En tanto la institución pretende desconocer el conflicto, lo representa, por intermediarios y símbolos, dice Legendre; para esto "precisa" un discurso reglado, puntualmente relatado, riguroso en su gramática y que preserva la escala de los sentidos, discurso ortodoxo y sabio en consecuencia". "El individuo, no importa quien, no figura. . . sino. . . , aunque parezca imposible, como portador de una máscara que retorna a él, sujeto flagrante de su rol, repetido hasta el deseo de ser tomado como tal. Nadie escapa a este entrenamiento, pues la institución persigue a sus rebeldes y se inflinge incluso a los locos, a todos los evadidos".

La institución jurídica opera por símbolos, por mediadores, que hacen posible que los hombres tomen conciencia de sí, adquieran identidad, se vean siendo como dicen que son las palabras que los aluden. A medida que se ingresa al mundo de lo jurídico uno queda definitivamente marcado por él; uno aprende que la ley existe y que ella lo determina como sujeto. En el mismo sentido en que Lacan, señala que sin el acceso al orden de lo simbólico el niño no adquiere su propia individualidad, pero de otro lado, el ingreso a lo simbólico origina una distancia con la vivencia real y organiza la trama del inconsciente.

Así el derecho nos constituye, nos instala, frente al otro y ante la ley. Sin ser aprehendidos por el orden de lo jurídico no existimos, y luego de aprehendidos sólo existimos según sus mandatos.

Bibliografía

- Entelman, Ricardo. "Aportes a la formación de una epistemología jurídica" en *El discurso jurídico*, Hachette, Buenos Aires, 1982.
- Freud, Sigmund. "Totem y Tabú" en *Obras Completas*, Amorrortu.
- Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*, GEDISA, México, 1981.
- Historia de la sexualidad*, Tomo I, Siglo XXI, México, 1977.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, 1985.
- Marí, Enrique. "Moi, Pierre Riviere. . . o el mito de la uniformidad semántica" en *El discurso jurídico*, Hachette, Buenos Aires, 1982.
- Poulantzas, Nico. *Estado, poder y socialismo*, Siglo XXI, México, 1978.
- Rifflet-Lemaire, Anika. *Lacan*, Sudamericana, Buenos Aires, 1979.
- Legendre, Pierre. *El amor del censor*, Anagrama, Buenos Aires, 1979.
- Ruiz, Alicia E. C. y Cárcova Carlos María. "Abogacía y Estado del derecho; una perspectiva crítica", *Revista del Foro*, No. 2 del Colegio de Abogados de Lima, 1984.