

# Presupuestos epistemológicos de las corrientes críticas del derecho

## Un aporte para su construcción<sup>1</sup>



*Juan Pablo Caputo*

### Introducción

Los objetivos generales de las presentes líneas serán enumerar de forma enunciativa y desarrollar los presupuestos epistemológicos que los/as exponentes<sup>2</sup> de las corrientes críticas del derecho (en adelante CCD) de Argentina han elaborado y receptado en sus textos, ensayos, libros o artículos.

En términos metodológicos, el problema planteado será si las CCD de nuestro país presentan rasgos comunes, por lo que mi hipótesis es que sus exponentes han postulado presupuestos epistemológicos que permiten la conformación de una escuela de pensamiento iusfilosófica autónoma.

Dada la dificultad de puntualizar la totalidad de los puntos nodales sobre los que se despliegan las elaboraciones de una teoría crítica del derecho, la motivación de esta realización ha sido sistematizar ciertos aportes que han realizado sus exponentes<sup>3</sup> para que los/as operadores/as jurídicos/as en general, y aquellos/as que tengan una vocación emancipatoria en particular, cuenten con herramientas que les

1 Este trabajo tomó como punto de partida un artículo de mi autoría llamado "Epistemología y el rol de los/as operadores/as jurídicos/as: aportes para la construcción de las corrientes críticas del derecho desde el Sur", el cual fue publicado en la revista *FILOCAM*, septiembre 2022, volumen XXV.

2 Si bien considero que las CCD en nuestro país poseen más exponentes que han realizado aportes indispensables a la presente temática, me circunscribiré a algunos trabajos de los/as autores/as Carlos María Cárcova, Alicia Ruiz, Ricardo Entelman y Diego Duquelsky.

3 Es pertinente destacar que la intención de este trabajo es trazar las líneas comunes entre los representantes de las CCD, por fuera de los matices que puedan existir entre las elaboraciones académicas de estos/as.

resulten de utilidad al momento de crear, interpretar y/o modificar cualquier elemento emanado del discurso jurídico.

En tal orden, hay dos cuestiones que resultan ser pasos imprescindibles en el desarrollo del pensamiento crítico sobre el derecho: 1) la construcción de una teoría suficientemente explicativa sobre los fenómenos del poder en una formación social; y 2) la presentación de las formas operativas de los mitos y las ficciones jurídicas que expliquen de manera global el discurso jurídico y la discusión de sus condiciones de funcionamiento y su despliega general en la sociedad (Entelman, 2006: 210).

Pues bien, es necesario encuadrar a las CCD en las denominadas “epistemologías del Sur” (en adelante ES), las cuales fueron definidas por Boaventura de Sousa Santos como “la validación de conocimientos científicos basados en las experiencias de resistencia de todos los grupos sociales que han sido sistemáticamente víctimas de la injusticia, la opresión y la destrucción causadas por el capitalismo, el colonialismo y el patriarcado” (2019: 21).

En ese sentido, este autor prescribió que el objetivo de las ES ha sido “permitir que los grupos sociales oprimidos representen el mundo como suyo y en sus propios términos, pues solo de ese modo serán capaces de transformarlo de acuerdo con sus propias aspiraciones” (De Sousa Santos, 2019: 21).

Tomando en cuenta que las CCD se encuentran en proceso de construcción, intentaré cumplir con los objetivos más arriba esbozados. Cabe aclarar que algunos presupuestos epistemológicos que identificaré encuentran una pertenencia inescindible respecto de otros presupuestos presentes en estas líneas.

Entonces, los presupuestos epistemológicos que he identificado son: a) la sospecha como punto de partida; b) el agotamiento de los paradigmas propuestos por el iusnaturalismo y por el iuspositivismo; c) el uso del método dialéctico-comprensivo; d) un enfoque multi/transdisciplinario para abordar el fenómeno jurídico; e) el derecho como práctica social de naturaleza discursiva; f) la dependencia del discurso jurídico de otros discursos no jurídicos, tales como la ideología, la historia, la política y el poder; g) la función paradójica del derecho; h) la opacidad del derecho; i) la relación derecho-complejidad; j) las CCD y la función judicial; entre otros.<sup>4</sup>

## La sospecha como punto de partida

Las CCD toman como punto de partida la sospecha. Esta figura aparece por primera vez con la categorización realizada por Paul Ricoeur en 1965 sobre los “maestros de la sospecha” para referirse a la tríada de pensadores integrada por Karl Marx, Friedrich Nietzsche y Sigmund Freud.

<sup>4</sup> Al tomar de punto de partida que las CCD son un proceso en construcción, y que el autor no pretende presentar ninguna verdad absoluta a los/as lectores/as, acudo a la presente fórmula, dado que estamos en presencia de una categoría abierta.

El autor francés mencionado había aseverado que estos pensadores introdujeron la “invención de un arte de interpretar”, cuya premisa central era la siguiente: buscar el sentido no es deletrear la conciencia del sentido, sino descifrar sus expresiones.

En otras palabras, Paul Ricoeur sostuvo que

la interpretación no es develar un sentido oculto, como si fuera una verdad absoluta que hay que mostrar, sino que lo que hay que manifestar es el carácter de simulación que un sentido tiene: quitar los disfraces del sentido, como si hubiera un trabajo inconsciente de cifrado, que cada uno atribuye al ser social, a la voluntad de poder y al psiquismo inconsciente (Vignale, 2021: 104).

Estos autores consideraban que la conciencia en su conjunto es una conciencia falsa. Cuestionan al sujeto, a su autonomía y a su racionalidad. Creen en: a) la relación entre el poder y el saber; b) la importancia del concepto de “ideología”; y c) la importancia de la noción de “inconsciente” (Duquelsky, 2019-2020: 956).

El caso es que Vignale (2021: 104) relata que la conciencia se enmascara: a) según Marx, por intereses económicos; b) según Nietzsche, por cómo se le presentan los valores en relación con la voluntad de poder; y c) según Freud, por la represión del inconsciente.

Desde este orden de ideas, las CCD manifiestan su desconfianza en el derecho a causa de que el discurso jurídico ha cumplido un papel conservador en América Latina. Esto ha sido gracias al accionar de vastos sectores del poder judicial que, desde una visión formalista y acrítica, se han anclado en estructuras tendientes a reproducir formas dominantes de control social, como también a las manifestaciones de la hegemonía existente en el mundo académico-jurídico (Duquelsky, 2019-2020: 967-968).

## **El agotamiento de los paradigmas propuestos por el iusnaturalismo y por el iuspositivismo**

En segunda medida, las CCD exhiben los límites de las concepciones aceptadas en términos hegemónicos, es decir, de las premisas postuladas tanto por el iusnaturalismo como también por el positivismo jurídico.

En el prólogo a la primera edición de la obra *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Cárcova señala que la presente línea de pensamiento pone en tensión la pretendida pureza metódica que busca construir un objeto vaciado de componentes socio-históricos para alcanzar una conceptualización con aparente neutralidad.

Ahora bien, ¿qué postulan las corrientes tradicionales? Veamos.

En primer lugar, Atienza (2018: 56) sostuvo que los autores iusnaturalistas se han puesto de acuerdo en torno a estas premisas: a) por encima del derecho positivo (ley humana), existe un derecho natural, esto es un conjunto de normas y/o principios válidos para todos los tiempos lugares; y b) el derecho positivo será derecho si, y solo si, concuerda con el derecho natural.

Por su parte, este autor también afirmó que los iuspositivistas comparten que: a) el derecho es solo el derecho positivo, entendiendo por tal los ordenamientos jurídicos vigentes en cuanto fenómenos sociales y variables históricamente; y b) la calificación de algo como derecho es independiente de su posible justicia o injusticia.

Las CCD realizan una crítica de la teoría al postular el agotamiento de los reduccionismos ontologista<sup>5</sup> y normativista. En este sentido, se afirma que no existe un mundo de valores inmutables, eternos universales que definen cuándo una norma es jurídica, como tampoco existe una relación de derivación de una norma a otra que asegure su validez.

A este respecto, Carlos Cárcova (2009a: 22) consideró que tales reduccionismos no permiten dar cuenta de la complejidad de la época de lo social y, de forma consiguiente, de la complejidad del derecho. Según el presente autor, ambas corrientes iusfilosóficas resultaban insuficientes para entender su complejidad y diversidad debido a su atención exclusiva y excluyente en alguna de las dimensiones de un fenómeno multívoco.<sup>6</sup>

## El uso del método dialéctico-comprensivo

Sobre la dialéctica,<sup>7</sup> las CCD consideran que la ciencia del derecho interviene en la producción de su objeto, es decir que lo construye en tanto lo explica a través de categorías y conceptos. De esta manera, Alicia Ruiz (2009a: 11) dirá que esta participa en la realización de las funciones sociales que le atribuye y fundamenta las ficciones que lo estructuran.

En concordancia con lo referido por Cárcova (2009a: 30), ello va en línea con la segunda acepción de lo que se entiende por teoría crítica. Además de realizar una crítica de la teoría, esto es describir un determinado campo objetivo, las CCD postulan un conocimiento interviniente que contribuya a la transformación teórica.

Acerca de la comprensión como método, la presente línea de pensamiento se asienta sobre la tradición iniciada por Dilthey, y continuada por Max Weber, Alfred Schütz, Peter Winch, Ludwig Wittgenstein, Hans-Georg Gadamer, Paul Ricoeur y Donald Davidson.

5 Refiere a la ontología, es decir, al estudio del ser y sus propiedades.

6 En cuanto al iuspositivismo, un ejemplo clarificador es la figura de la *Grundnorm* dentro de la *Teoría pura del derecho*, de Hans Kelsen.

7 Si bien considero que la categoría aquí planteada merece un desarrollo más extenso y profundo, la intención de quien redacta estas líneas es brindar una primera aproximación a algunas nociones postuladas por las CCD.

Cabe decir que el punto de partida del comprensivismo surge frente a una serie de interrogantes tales como si existe un único método para toda la actividad humana llamada ciencia, si el hecho de que algo se llame ciencia obliga a una unidad metodológica rígida, como también si es posible pensar que hay diversidades metodológicas en distintos campos. En pocas palabras, estamos en presencia de la disputa entre monismo y pluralismo metodológico.

Al tener claro que lo aquí presentado no deja de ser una simplificación, cabe señalar que, como camino epistemológico, la comprensión intenta reconstruir los estados mentales de los sujetos.

Para ello, la corriente comprensivista: a) usa la empatía, es decir que se propone que el investigador social se ponga en el lugar de los sujetos involucrados con la finalidad de entender el motivo de sus acciones; b) acude a los tipos ideales weberianos; c) desde la óptica de Alfred Schutz, entiende la importancia de los procesos de socialización, al entender que para conocer la conciencia, resulta necesario tomar en consideración que esta se construye socialmente; d) en línea con Peter Winch, asume que el lenguaje es vital para comprender al otro, al pensar que para ello es necesario estudiar cómo se manifiesta; e) de acuerdo con Gadamer y Ricoeur, considera a la interpretación como un acuerdo entre la objetividad del texto y la subjetividad del intérprete; y f) en sintonía con lo planteado por Donald Davidson, sostiene que el foco debe estar puesto en la dimensión pública que es la que permite comunicarnos (Schuster, 1995: 15-20).

## **Un enfoque multi/transdisciplinario para abordar el fenómeno jurídico**

Para comprender el fenómeno de la juridicidad, las CCD sostienen que es necesario tener como objetivo acudir a la mayor cantidad de disciplinas que se ocupen de estudiar la interacción humana. Por ello, se procura no acudir solo al “universo propio”, sin que se pierda su especificidad.

Cárcova (2009a: 21) ha dicho que comprender el fenómeno de la juridicidad implica dar cuenta de una parte de la interacción humana que, para tornarse más entendible de manera progresiva, exige tener presente al resto de la interacción humana. Por tal motivo, al dar cuenta de que de ello se ocupan otras disciplinas tales como la sociología, la antropología, la economía, la ética, etc., el camino a recorrer debe ser el de la multi y transdisciplinariedad.

## **El derecho como práctica social de naturaleza discursiva**

Continuando con el siguiente presupuesto epistemológico, es pertinente plantear cómo las CCD definen al derecho. Se postula que es una práctica social específica de naturaleza discursiva, la cual expresa y condensa los niveles de acuerdo y de conflicto propios de una formación histórico-social determinada.

En razón de ello, se sostiene que: a) es práctica, porque se trata de una acción repetitiva, estabilizada en el tiempo y estilizada; b) es social, porque solo es requerida cuando media interacción entre los individuos; c) es específica, porque produce sentidos propios y diferentes a los de otros discursos; y d) es de naturaleza discursiva, en cuanto se materializa como proceso social de producción de sentido (Cárcova, 2009c: 162).

Dado lo antedicho, las CCD reconocen tres niveles hacia dentro del discurso jurídico.

En tal sentido, Ricardo Entelman (2006: 217) dirá que el primero de niveles, el cual se desarrolla de manera autosuficiente tanto en su producción como en su reproducción, está constituido por

el discurso producido por los órganos sociales, por los representantes de las instituciones, es decir, por aquellos a los que el mismo discurso autoriza a decir ciertas cosas bajo la aplicación de ciertas reglas precisas y específicas de formación del discurso.

En otros términos, este nivel refiere a las normas, reglamentos, decretos, edictos, sentencias, y contratos. Cabe decir que las presentes disposiciones reglamentan las relaciones de quienes se constituyen como sujetos de derecho, consagran las ficciones, solemnizan los mitos, como también producen los desvíos de sentido para generar las referencias de lo implícito y los desplazamientos.

De forma consiguiente, Entelman (2006: 218) afirmó que el segundo nivel del discurso jurídico estará integrado por las teorías, doctrinas, discusiones; en definitiva, por el producto de la práctica teórica de los juristas y por las alusiones de uso y manipulación del primer nivel o sea por el producto de la práctica profesional de los abogados, escribanos, tenedores de libros, asistentes sociales, liquidadores de impuestos y seguros, y todo el amplio conjunto de operadores del primer nivel del discurso.

A todo esto, el autor prescribió que este nivel presenta una doble funcionalidad. Por un lado, consagra y resguarda las doctrinas, como también viabiliza y transmite las teorías para reubicar los mitos, las ficciones, las producciones y los resguardos ideológicos desde el primer nivel del discurso hacia sus destinatarios en la sociedad. Por otra parte, busca asegurar la efectividad práctica del discurso jurídico con el objetivo de sostener la apariencia de su vinculación con la realidad en el resultado de las prácticas profesionales.

Por último, el tercer nivel es donde se juega el imaginario de una formación social. Es el discurso que producen los usuarios, los súbditos, los destinatarios, los desconocedores absolutos, presumidos de conocer el contenido de los otros dos niveles, en un juego de creencias, desplazamientos y ficciones.

Pues bien, Entelman (2006: 218-219) refiere que en este nivel del discurso se localiza

lo que dicen y lo que creen los personajes de carne y hueso en cada ficción, los adoradores de los dioses de cada mito, las víctimas del fetichismo de los desplazamientos de lo táctico de la violencia, pero también los victimarios de las subordinaciones, las dependencias, los beneficiarios de las producciones y ocultamiento del poder operadores en los otros dos niveles.

En palabras de Cárcova (2019b: 119-120), el derecho resulta ser lo que la ley manda, los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan o los doctrinarios critican, como también lo que entre los súbditos opera como sistema de representaciones.

Como corolario de este apartado, los 3 niveles aquí exhibidos constituyen una totalidad de sentido en un proceso de intertextualidad en donde cada nivel dialoga y se intercepta con los niveles restantes en una dinámica de reconstrucción permanente (Cárcova 2009a: 32).

En línea con ello, se puntualiza que, si bien

esos niveles eran distinguibles sólo analíticamente, en la práctica se articulaban y rearticulaban recíprocamente, en un juego incesante de circulación de sentido que coagulaba, precipitaba, circunstancialmente, en un producto legislativo o en una decisión judicial, para pasar de inmediato a formar parte nuevamente del proceso (Cárcova, 2019b: 109).

Otro asunto relevante a considerar es la noción de derecho como discurso constituyente, en tanto asigna significados a hechos y palabras, más allá de las intenciones de quienes los ejecutan o las pronuncian. El caso es que este discurso legitima las relaciones de poder existentes (Ruiz, 2001b: 30), por lo que erige órganos, consagra prerrogativas y constituye a los sujetos, sacraliza y reconduce el poder (Cárcova, 2009a: 34).

Alicia Ruiz sostuvo (2001a: 164) que este carácter constituyente proviene de su relación con el poder. En tal orden, se afirma que

el derecho instituye, dota de autoridad, faculta a decir y a hacer, y el sentido 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.

Un ejemplo interesante que sirve para graficar el punto recién referido es la categoría “sujeto de derecho”. Las CCD descreen de que esta figura sea preexistente al discurso que la alude, sino que con-

sideran que esta es una categoría histórica propia de una forma peculiar de lo social y de la política, de una cierta organización de lo simbólico y de un imaginario social específico (Cárcova, 2009a: 33).

Desde una posición deconstructivista,<sup>8</sup> Duquelsky (2019-2020: 959) afirmó que

no sólo el sujeto no es preexistente a la sociedad, al sistema político y particularmente al discurso jurídico, sino que será ese mismo discurso el que constituya su propia autoconcepción. Al mismo tiempo, la adopción de un pensamiento crítico implica el reconocimiento de subjetividades e identidades colectivas.

## **La dependencia del discurso jurídico de otros discursos no jurídicos**

Como siguiente presupuesto epistemológico corresponde enfatizar la dependencia del discurso jurídico de otros discursos no jurídicos, de formaciones no discursivas, de instituciones, de acontecimientos políticos y de formas de distribución del poder social (Ruiz, 2009b: 116).

Las CCD afirman que su modo de constitución, descomposición y recomposición implica un proceso no continuo que se caracteriza por la inexistencia de uniformidad semántica (Cárcova, 2009a: 30). Ello es consistente con la premisa que postula la indeterminación del derecho, lo que permite desterrar la idea de integridad o coherencia del orden jurídico y contribuye a tomar conciencia de que el discurso jurídico siempre se construye en forma parcial, fragmentada, seleccionada (Duquelsky, 2019-2020: 963-965).

En cuanto a lo aquí señalado, Diego Duquelsky afirmó que una tarea central del pensamiento jurídico crítico consiste en mostrar los vínculos entre derecho e ideología, entre derecho e historia, entre derecho y política, como también entre derecho y poder (Duquelsky, 2019-2020: 957).

Desde esta perspectiva, un punto vital en la construcción de los presupuestos epistemológicos de las CCD es el nexo entre el discurso jurídico e ideología.

Cárcova (2009a: 25) prescribió que la noción de ideología refiere al “conjunto de representaciones sociales que son producto de las relaciones de poder establecidas y con frecuencia funcional para su histórica reproducción”. A través del presente fenómeno, los hombres no expresan su relación con sus condiciones de existencia, sino la forma en que viven su relación con dichas condiciones de existencia. Ello implica la existencia de dos tipos de relaciones: a) una real; y b) una de carácter imaginario (Ruiz, 2001c: 100).

En línea con ello, las CCD afirman que el derecho es un discurso ideológico porque: 1) produce y reproduce una representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos y de sus relaciones con los demás; y 2) oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos con la finalidad de reproducir los mecanismos de la hegemonía social.

---

<sup>8</sup> Con este término, me refiero a “buscar lo oculto”.



Por su parte, puede afirmarse que este discurso elude, pero también alude. Oculta, pero deja al mismo tiempo un espacio de confrontación. Por ello, Cárcova sostuvo que, cuando el derecho “promueve la igualdad ocultando la efectiva desigualdad, instala además un lugar para el reclamo por la igualdad” (Cárcova, 2009a: 34). Más adelante profundizaré sobre este punto.

El vínculo entre ideología y derecho permite la construcción de una ilusión. Ruiz (2001a: 167) destaca que, gracias a ello, se presenta

un mundo donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta otra imagen como si fuese real. Actuamos como si fuésemos libres iguales, como si estuviésemos en cada oportunidad en paridad de condiciones con el otro, como si el derecho fuera conocido por todos, como si la realidad fuera lo que el discurso jurídico dice que es.

Existe un debate de fondo en torno al lugar que tiene la noción de ideología en el marco de la filosofía del derecho. Pues bien, las CCD postulan que el tratamiento de las ideologías jurídicas implica hablar del capitalismo, del colonialismo y del patriarcado, en el sentido del desenmascaramiento de sus intereses en el ámbito de las doctrinas jurídicas, tanto científicas como filosóficas (Cárcova, 2019a: 159).

Tal como he referido, el vínculo entre derecho e historia es un punto a tomar en consideración. Desde un análisis funcional,<sup>9</sup> cabe preguntarse si será válida la intención de identificar notas que sean comunes a cualquier sistema jurídico sin considerar las características de la formación económico-social respectivas.

La definición de derecho que las CCD construyeron refiere a la expresión histórica de los conflictos y tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación social determinada. En tal sentido, las funciones del derecho solo pueden identificarse de forma acertada en la medida en que se lo situé en tiempo y espacio.

Cárcova (2009b: 136) ha dicho que la presente perspectiva supone “recusar la utilidad de identificar notas generales y abstractas referidas a las funciones que el derecho cumpliría en cualquier tiempo, en cualquier espacio, en cualquier cultura”. A su vez, Ruiz (2009b: 116) sostuvo que, “como hay historia en el derecho, el derecho moderno lleva las marcas del tiempo en que surgió y también metaboliza, modificándolas, las herencias recibidas, con lo cual desmiente toda lectura instrumentalista de su estructura”.

Por su parte, al hablar de derecho y política, las CCD buscan restaurar el vínculo entre ambos, sin renunciar a producir teóricamente en el campo del conocimiento (Ruiz, 2009a: 14). Se dirá que el desvelamiento de las ficciones, la tentativa de redefinir las nociones de libertad, igualdad, derecho, justicia o democracia, la deconstrucción de categorías cristalizadas, como también la reasignación de sentidos a través de los cuales el derecho opera en el conjunto de la vida social, conlleva una intervención política desde la especificidad de lo jurídico (Ruiz, 2009a: 10).

---

<sup>9</sup> Me refiero a un análisis sobre los fines que cumple el derecho.

Desde esta perspectiva, Duquelsky (2019-2020: 964) señala que un ejemplo de ello es el convencimiento de pensar que detrás del discurso judicial no se desarrolla la búsqueda del ideal democrático de la sociedad, sino que detrás de ello hay fuertes componentes político-ideológicos.

Sobre el nexo entre derecho y poder, las CCD propone una lectura des-crítica del discurso jurídico, lo que implica la búsqueda de la genealogía del poder resultante de las prácticas sociales en una sociedad determinada. Tan es así que Entelman propone fijar los puntos de arranque y las conexiones imprescindibles para alcanzar una mayor fuerza explicativa sobre la transacción entre el discurso jurídico y la violencia efectiva para ocultar el poder (Entelman, 2006: 217).

Desde este orden de ideas, Cárcova sostuvo que “el discurso del derecho es el discurso del poder. A través de él, se instituyen órganos, se consagran prerrogativas, se constituye a los sujetos. A través de ese discurso se consagra, se sacraliza y se reconduce el poder” (2009b: 139).

No obstante, este autor no presenta una visión instrumental sobre el presente asunto. Se presenta al poder como una situación estratégica en una sociedad determinada. A partir de la premisa que sostiene que “donde hay poder, hay resistencia”, se apunta a que la resistencia no es exterior sino interior a la relación de poder.

En pocas palabras, las CCD consideran que “no hay poder sin dominador, pero tampoco hay poder sin dominado y esta relación es cambiante, mutable, dialéctica, histórica” (Cárcova, 2009b: 140). Ello demuestra que el discurso jurídico es producto de la relación de fuerzas en pugna en un momento y lugar determinado.

## **La función paradójal del derecho**

La visión marxista tradicional del derecho postulaba que este solo oficiaba de elemento superestructural de las relaciones de dominación (Duquelsky, 2022: 13). Además de ello, y como propuesta de superación, las CCD consideran que el derecho también organiza y consagra reales derechos de las clases dominadas (Cárcova, 2009b: 140).

Dicho de otra forma, la presente práctica social cumple una función conservadora y reformadora a la vez: a) formaliza y reproduce de las relaciones sociales establecidas; y b) remueve y transforma tales relaciones. Ello quiere decir que se reproducen las condiciones de existencia de un sistema social, por un lado, como también existe la posibilidad de transformación progresiva por el otro (Cárcova, 2019a: 175).

Desde este orden de ideas, se acuñó el concepto “función paradójal del derecho”, el cual postula que

el papel del derecho depende, pues, de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y reconducción de sus intereses y finalidades, en manos de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política, por lo tanto, de cambio social (Cárcova, 2009a: 33-35).

## La opacidad del derecho

Por su parte, este fenómeno refiere al extrañamiento popular de los procesos de toma de decisiones en el mundo del derecho. Pues bien, el derecho no es conocido o no es comprendido por los actores de la escena, lo que implica que este fenómeno implique un mecanismo de manipulación, ocultamiento y monopolización deliberada del saber para hacer efectiva una estrategia de reproducción del poder (Cárcova, 2019a: 200).

Resulta necesario enfatizar que la opacidad no es un accidente, sino que es una demanda objetiva del funcionamiento del sistema (Cárcova, 2019a: 173). El presente mecanismo se asienta en el conocimiento del modo de operar del derecho por medio del desconocimiento generalizado. Tan es así que la preservación de ese poder requiere la reproducción del efecto de desconocimiento –léase, opacidad– (Cárcova, 2019a: 178).

En otras palabras, la no comprensión del derecho es una constante generalizada. Su desconocimiento tiene que ver

con la profusión normativa, con las complejidades técnicas de los institutos, con factores socio-estructurales, con mecanismos de manipulación y ocultamiento que juegan un papel en la constitución y reproducción de las hegemonías sociales, con los contenidos ficcionales del derecho, con la variedad y cruce de pautas culturales que constituyen las visiones sociales fragmentadas de nuestras grandes urbes de fin de siglo (Cárcova, 2019a: 31).

No obstante, las CCD no solo consideran que esto es susceptible de ser modificado democráticamente, sino que vale la pena hacerlo.

## La relación derecho-complejidad

La complejidad es la forma en que se relacionan los elementos de un sistema. Cuando estos aumentan, se presenta la imposibilidad de relación entre ellos en un mismo momento, generando de manera consiguiente una situación de complejidad. Dicho de otra manera, un hecho es complejo si consiste en tantos elementos que estos pueden coexistir de forma recíproca, aunque de manera selectiva.

Desde esta perspectiva, la complejidad es un “exceso de posibilidades en el mundo” (Cárcova, 2009d: 261), lo que conlleva la necesidad de reducción que determina un modelo de selección de las relaciones. Ello genera la exclusión temporal de otras posibilidades de conexión con otros elementos.

Cárcova encontró una relación entre el derecho y la noción de complejidad, al ser la toma de decisión el centro de gravedad de ambos. En ese sentido, la complejidad en el derecho se expresa en el número

de decisiones, en su diversidad, en su interdependencia interna cuando se concreta el proceso de toma de decisiones, a su grado de generalización, y a la velocidad de cambios a que están sometidas.

Este autor aseveró que “el incremento de complejidad se da por la mayor diferenciación del sistema jurídico, de la viabilidad en aumento de sus posibilidades internas, de la especialización constante de sus prestaciones, y de la singularización permanente de sus comunicaciones” (Cárcova, 2009d: 267).

## Las CCD y la función judicial

Cómo entienden las CCD a la función judicial merece un capítulo aparte. Hay ciertos tópicos a considerar tales como el contenido de la labor judicial, la identificación con el modelo de juez “Hermes”, la noción de “activismo indispensable”, como también la diferencia entre vigencia y validez, entre otros.<sup>10</sup>

Sobre el primer punto, al reconocer al derecho como a una práctica social de naturaleza discursiva, la labor judicial debe: a) rescatar la normatividad, sin hipertrofiar su papel; b) rescatar la autoproducción operacional del derecho, sin reducirlo a meras predicciones de los jueces; y c) incorporar las dimensiones de la socialidad, es decir la ideología, el poder, y hasta lo atinente a la legitimidad, ello sin abandonar la especificidad teórica que le es propia (Cárcova, 2009c: 165).

Respecto del segundo punto mencionado, la identificación del juez Hermes con las CCD tiene como eje central la figura del discurso, el cual puede ser definido como “acontecimiento comunicacional, interacción verbal o proceso social de producción de sentido” (Cárcova, 2019b: 108).

Bajo este modelo de juez, Ost (1993: 183) afirma que el derecho se configura de forma inacabada, siempre en suspenso y relanzado, indefinidamente retomado en la mediación del cambio. En razón de ello, este autor considera que,

Antes de ser regla e institución, el Derecho es logos, discurso, significado en suspenso. Se articula entre las cosas: entre la regla (que no es nunca enteramente normativa) y el hecho (que no es nunca enteramente fáctico), entre el orden y el desorden, entre la letra y el espíritu, entre la fuerza y la justicia (Ost, 1993: 187).

Por ello, se propone una teoría lúdica del derecho para dar cuenta de la complejidad del fenómeno, cuya idea de juego presenta cinco rasgos: 1) el juego tiene su propio movimiento, el cual dibuja su propio espacio en cuyo seno se despliega su creatividad endógena; 2) se acepta un número indefinido de jugadores cuyos roles y réplicas no están enteramente programados; 3) se presenta una naturaleza mixta del juego que combina, en proporción variable, la regla y el azar, la convención y la invención,

---

<sup>10</sup> Considero que, en futuros trabajos, pueden diversificarse y profundizarse los nexos entre las CCD y la función judicial.

la apertura y el cierre; 4) se articula la distinción y las relaciones entre un polo simbólico, el del juego como representación, y un polo utilitarista, el del juego como estrategia; y 5) tomando en cuenta que las fronteras del derecho son móviles y paradójicas, se intenta situar la distinción del límite del juego y del “fuera de juego” (Ost, 1993: 187-189).

En tercera medida, al comprender al discurso jurídico como un campo de disputa en términos ideológico-jurídico, Duquelsky (2019-2020: 967) dirá que el “activismo indispensable” o “activismo garantista” implica la inexcusabilidad de los jueces a los efectos de adoptar “una actitud creativa, antiformalista y comprometida con la efectivización de los derechos fundamentales sin que ello implique la vulneración de garantías constitucionales”.

Sobre el último punto, se destaca que la vigencia hace referencia a la forma de los actos normativos, y que ello depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación, mientras que la validez tiene una vinculación con los aspectos sustanciales de la formación, significado o contenido de las normas (Duquelsky, 2015: 142).

## Cierre

A lo largo de estas páginas, he intentado demostrar cómo los y las exponentes de las CCD de Argentina aquí tratados exhiben presupuestos epistemológicos comunes que les permite instituirse como una escuela de pensamiento autónoma respecto de las escuelas de pensamiento iusfilosóficas tradicionales.

Lo que he buscado ha sido que nuevos/as operadores/as jurídicos/as, en especial aquellos/aquellas que tengan una vocación emancipatoria, conozcan lo que las CCD plantean con el objetivo de que puedan usar dichas herramientas en el marco de su labor cotidiana.

Desde ya que no pretendo cerrar círculo alguno, sino que mi pretensión es que este trabajo oficie de invitación a todos/as aquellos/as que quieran incurrir en la elaboración de aportes que contribuyan a la constitución de una corriente de pensamiento alternativo a la racionalidad jurídica hegemónica.

En definitiva, ello debe ser una tarea colectiva.

## Bibliografía

- Atienza, M. (2018). *Introducción al derecho*. Lima: Zela.
- Cárcova, C. (2019a). *La opacidad del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- (2019b). ¿Hay una traducción correcta de las normas? En *Entre normas, principios, razonamiento, tolerancia y verdad. Escritos selectos*. Santiago de Chile: Olejnik.
- (2009a). Notas acerca de la teoría crítica del derecho. En C. Courtis (comp.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

- (2009b). Análisis funcional del derecho. En *Las teorías jurídicas post positivistas* (pp. 127-138). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2009c). ¿Qué hacen los jueces cuando juzgan? En *Las teorías jurídicas post positivistas*. (pp. 155-166). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2009d). *Derecho y complejidad*. En *Las teorías jurídicas post positivistas*. (pp. 253-261). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- De Sousa Santos, B. (2019). *El fin del imperio cognitivo. La afirmación de las epistemologías del Sur*. Madrid: Trotta.
- Duquelsky, D. (2022). Carlos María Cárcova. *FILOCAM. Revista digital del instituto de filosofía del derecho del colegio de abogados de Morón*, 27, 7-23.
- (2019-2020). Ejes para delinear un pensamiento crítico latinoamericano. *Revista Derechos en Acción*, 5(14), 949-970.
- (2015). El rol del juez en una sociedad democrática. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 16(2), 121-148.
- Entelman, R. (2006). Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra. En E. Enrique y C. Cárcova (comps.), *Materiales para una teoría crítica del derecho* (pp. 209-220). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Ost, F. (1993). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa*, 14, (pp. 169-194).
- Ruiz, A. (2009a). Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo. En C. Courtis (comp.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- (2009b). Cuestiones acerca de mujeres y derecho. En R. Santamaría, J. Salgado y L. Valladares (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- (2001a). La ilusión de lo jurídico. Una aproximación al tema del derecho como un lugar del mito en las sociedades modernas. *Crítica Jurídica Nueva Época*, (4), 161-168.
- (2001b). Del imposible acto de juzgar. En *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho* (pp. 29-36). Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- (2001c). En torno a la ideología. En E. Enrique y C. Cárcova (comps.), *Materiales para una teoría crítica del derecho* (pp. 99-109). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Schuster, F. (1995). Exposición. Hermenéutica y ciencias sociales. En AA.VV., *El oficio del investigador* (pp. 11-51). Serie de Estudios Sociales, Instituto de Investigación en Ciencias de la Educación, Facultad de Filosofía y Letras, UBA (pp. 11-51). Rosario: Homo Sapiens Ediciones.
- Vignale, S. (2021). Pensadores de la sospecha: Marx, Nietzsche y Freud. En S. Vignale, M. H. Maure y D. Rossi, *Filosofía: un ejercicio crítico del pensamiento*. Mendoza: Universidad del Aconcagua.