

DE LA NORMA FUNDAMENTAL A LA FUNCIÓN PARADOJAL

(ENTRE DIALÉCTICAS, APORÍAS, REPETICIONES Y DIFERENCIAS)

POR FLORENCIA SANTÁGATA

RESUMEN

Para Derrida, la justicia exige siempre la experiencia de la aporía. La deconstrucción misma se define como una dislocación aporética, en tanto una determinada práctica de lo imposible: es la posibilidad de una imposibilidad. Las marcas indecibles, las "falsas" propiedades verbales, nominales o semánticas, no pueden comprenderse en la oposición binaria (afirmación/negación), no obstante la habitan, la resisten, la desorganizan, pero sin constituir nunca un tercer término: *répétition* y *différance*. Hans Kelsen elaborará el concepto de *Grundnorm* como categoría lógico-trascendental, presupuesta tanto como instancia de validación de las normas "puestas", cuanto principio de conocimiento de la ciencia del derecho. Luego, en 1964 revisará el concepto, y la Norma Fundamental ya no será una hipótesis, sino una ficción del "como sí". Esta mutación constituye el pasaje de un mito fundante (Dios) a otro mito originario (la Ley): este desplazamiento puede entenderse como acto de *répétition*. Para la Teoría Crítica del Derecho, toda distribución desigual de poder social necesita un dispositivo de legitimación y sostén de ese estado de cosas, el discurso jurídico como discurso del orden es uno de los niveles de ese dispositivo. Es así que el derecho obtiene su carácter instituyente de esta íntima relación con el poder, que lo dota de una estructura, de un principio de control, que se encuentra ubicado en otros discursos, en otros planos de asignación de sentido; es decir, en otros sucesos de distribución de poder. Es dicha estructura la que desplaza y distorsiona el lugar de conflicto social, permitiendo que el derecho se instale como el instrumento de legitimación por antonomasia, mientras que ese ocultamiento lo muestra neutral. Pero el derecho como producto cultural, como red significativa no puede clausurar en forma completa sus propios contenidos. Esta doble función de lo jurídico, en tanto legitimador/transformador de las relaciones sociales, no expresa una contradicción, sino una paradoja. Como práctica social específica expresa históricamente los conflictos sociales: en manos de los grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación, y en manos de los dominados un mecanismo de defensa, denuncia y resistencia contra la opresión. Así, la función paradójal del derecho aparece como experiencia aporética: esta tarea de constitución de sentidos no es técnica, sino siempre valorativa (política).

PALABRAS CLAVE: Aporía, Norma Fundamental, Teoría Crítica del Derecho

"A pesar de lo que digan, la idea de un cielo habitado por Caballos y presidido por un Dios con figura equina repugna al buen gusto y a la lógica más elemental, razonaba el otro día el Caballo.

Todo el mundo sabe –continuaba en su razonamiento- que si los Caballos fuéramos capaces de imaginar a Dios lo imaginaríamos en forma de Jinete".

Augusto Monterroso, *"La oveja negra y demás fábulas"*.

"La verdad es algo de lo que hay que desprenderse cuanto antes y pasárselo a alguien. Al igual que la enfermedad, es la única manera de curarse. Quien guarda en mano la verdad ha perdido".

Jean Baudrillard, *"Cool Memories"*.

I

La expresión "*il y va d'un certain pas*", aparece como una referencia obligatoria en los trabajos deconstructivos derridianos¹. Numerosas son las veces en las que Derrida utiliza esta frase con carácter introductorio al proceso deconstructivo específico que abordará en el texto singular del que se trate y más allá de la lengua en la que se encuentre hablando. Preguntarnos sobre su significación resulta entonces ineludible, pero ello también implica interrogarnos sobre los anclajes epistemológicos derivados metafóricamente de ese sentido.

Demandar sobre el por qué y el para qué del enunciado en francés, nos remite al proceso deconstructivo como instancia de rearticulación del sentido, o mejor dicho, nos señala el cambio en la direccionalidad de la significación, desnudando lo que de legislativo (político) tiene el lenguaje.

"*Il y va d'un certain pas*" refiere a que alguien, el otro, usted o yo, que anda, en masculino, va a alguna parte a buen paso. Aquí, la tercera persona (el "*il*" francés) tiene valor gramatical masculino.²

Pero también se puede entender que aquello de lo que se pretende hablar, es de la cuestión del paso, de los andares, de la cadencia, del ritmo del pasar, o de la travesía (aquí el "*il*" francés es un sujeto neutro o impersonal).

Por último, esta vez entre comillas, también se puede enfatizar una marca de la negación, cierto "*pas*", cierto "no".

Pero esta polisemia no se inscribe en la frontera de la traducción de la frase a otras lenguas, sino que separa la transcripción de sí misma, y la traducibilidad dentro de una sola y misma lengua: el francés.

La identidad de una lengua no puede afirmarse como identidad consigo misma, sino abriéndose a la hospitalidad de una diferencia respecto de sí misma, o de una diferencia para consigo. La imposibilidad de la traducción del "*il y va d'un certain pas*", aparece desde la perspectiva de evitar esa amputación polisémica, de mantener esos tres sentidos que en francés puedo, legítimamente, atribuir al enunciado.

En este sentido sigue a Ferdinand de Saussure, quien había puesto de resalto el carácter arbitrario de la conexión entre significado y significante: el signo lingüístico es una entidad biplánica compuesta por un significado y un significante, cuya relación no se encuentra determinada por el reflejo que uno presupone del otro, sino por el sentido puramente convencional de la acepción

¹ Sobre todo en "*Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*", Revista Doxa N° 11, Universidad de Alicante, Madrid, 1992, que será uno de los textos fundamentalmente apropiado en este ensayo.

² Derrida, Jacques, "*Aporías*", Paidós, Barcelona, 1998, pág. 26 y ss.

dentro de una determinada lengua. El significado no se confunde con el referente, o con el objeto designado, sino con una definición aceptada o convencional en el sistema de una lengua. Para saber que significa un término, ya no basta saber a qué se refiere, como en la lógica de Frege, sino conocer la lengua en la cual se pronuncia, y en última instancia, ser hablantes de la misma.³

Pero el ir a buen paso, en francés, implica un desplazarse de un lugar a otro, cruzar una frontera, definir un adentro y un afuera. Cuando el que o lo que se desplaza comienza a atravesar esa línea, se transforma en extranjero.

Pero también lleva la marca de la imposibilidad ("*pas*") del cruce.

Ese lugar de significación ambiguo, de tensión entre dos sentidos contradictorios del mismo enunciado constituye lo que Derrida denomina aporía. "*Il y va d'un certain pas*" es utilizado para marcar la apertura del proceso deconstructivo, pero también su límite problemático, trasladando la tensión del significado a la faena epistemológica.

En "*Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*", Derrida reconoce que es su deber, "abordar" ("*adresser*" en inglés) los problemas infinitos en su número, historia y estructura, que recubre el título del coloquio (Deconstruction and the possibility of justice), pero que se sabe de antemano que esos problemas no son infinitos porque sean infinitamente numerosos ni porque estén arraigados en el infinito de memorias y culturas que nunca dominaremos. Son infinitos en ellos mismos, porque exigen la experiencia de la aporía.⁴

*"Cuando digo que incluso exigen la experiencia de la aporía, entiendo dos cosas bastante complicadas. 1. La experiencia, como su nombre indica, es una travesía, pasa a través y viaja a un destino hacia el que encuentra el paso. La experiencia encuentra su paso, es posible. Ahora bien, en este sentido no puede haber experiencia plena de la aporía, es decir de lo que no permite el paso. Una aporía es no-camino. La justicia sería, desde este punto de vista, la experiencia de aquello de lo que no se puede tener experiencia... Pero 2. Creo que no hay justicia sin esta experiencia, por muy imposible que sea, de la aporía. La justicia es una experiencia de lo imposible. Una voluntad, un deseo, una exigencia de justicia cuya estructura no fuera una experiencia de la aporía, no tendría ninguna expectativa de ser lo que es, esto es, una justa apelación a la justicia..."*⁵

La aporía es una determinada imposibilidad o impracticabilidad, un camino cortado. La dislocación aporética constituye el lugar de lo indecible. La deconstrucción se define como una determinada experiencia aporética de lo imposible: es la posibilidad de una imposibilidad. Traspasar una aporía significa franquear una línea de oposición.⁶

"Il y va d'un certain pas" es la bisagra que condensa ese contradecirse sin dejar de seguir siendo lo mismo.

³ Citado por Scavino, Dardo, en "*La filosofía actual. Pensar sin certezas*", Paidós, Buenos Aires, 1999.

⁴ Derrida, Jacques, "*Fuerza de ley...*", op.cit.

⁵ Op. cit., pág. 142.

⁶ Derrida, Jacques, "*Aporías*", pág. 34.

Pero la aporía no es una antinomia aparente ni ilusoria, tampoco una contradicción dialectizable en el sentido hegeliano o marxista, ni siquiera una ilusión trascendental de tipo kantiano.⁷

Entonces, ¿qué es una aporía? Pero, y lo que resulta más complicado, ¿puedo formular esta pregunta? ¿Puedo (debo) preguntarme por el significado de la aporía, sin echar por tierra la posibilidad de la deconstrucción? ¿Por qué son las aporías una frontera para la tarea deconstructiva?

"Il y va d'un certain pas", también refiere a algo o a alguien que llega de otro lugar, a un invitado que llega *a casa*. Con esto se puede entender cierta experiencia de la hospitalidad: aceptar, recibir, acoger, admitir otra cosa distinta de uno mismo, al otro distinto de uno mismo. Ese huésped al que el anfitrión cree dar hospitalidad, cuando en verdad, él es quien empieza por recibirla de éste. Cómo si en verdad, fuese recibido por aquél que él cree recibir.⁸

“La aporía es una determinada imposibilidad o impracticabilidad, un camino cortado. La dislocación aporética constituye el lugar de lo indecible. La deconstrucción se define como una determinada experiencia aporética de lo imposible: es la posibilidad de una imposibilidad.”

Los juegos interdisciplinarios, tan difundidos en nuestras ciencias sociales no dejan de ser, en cierta medida, aporéticos. Una invitación, una convocatoria de conceptos extranjeros, que cuando peregrinan desde el campo de saber matemático, resultan el mejor ejemplo de la paradoja del huésped que recibe al anfitrión.⁹

En 1931 Kurt Gödel planteaba como corolario de sus teoremas que: 1) un sistema es inconsistente cuando se puede demostrar una proposición cualquiera de ese sistema, pero también su negación; y 2) un sistema es completo cuando, de dos proposiciones contradictorias formuladas correctamente en los términos del sistema, al menos una de las dos puede ser demostrada.

La conclusión de Gödel resulta demoledora para la concepción clásica de la racionalidad: en primer lugar un sistema consistente no puede ser completo ya que implica siempre enunciados indecibles (dados dos enunciados contradictorios, no se puede decidir cuál es verdadero y cuál es falso). En segundo lugar, la afirmación de la consistencia del sistema figura entre esos

⁷ Op. cit., pág. 36.

⁸ Op. cit., pág. 28.

⁹ En *"La arqueología del saber"*, Siglo XXI, México, 1997, Michel Foucault explica el proceso por el cual la matemática resiste la posibilidad de un análisis arqueológico: franqueó de un solo golpe todos los umbrales. Así, pone de manifiesto que las matemáticas funcionan como molde para la estructuración del resto de los campos de saber que en un sentido amplio denominamos "ciencias".

enunciados indecibles: un sistema no puede probar su propia consistencia.¹⁰

Las aporías son los axiomas gödelianos fundantes de la racionalidad moderna: el logocentrismo.

*“El logocentrismo no sólo es una compleja red de remisiones que soporta la legitimidad del significado trascendental, sino que también da razón y fundamento al sistema institucional y normativo, y desarrolla un doble mecanismo: por un lado una dimensión del saber: el sentido unívoco garantiza la verdad y la posibilidad de una voz que lo profiera; y por el otro, una dimensión de poder: la autoridad legaliza la jerarquía y asegura la dominación de la razón de una ley que diga, y al decir resguarde la verdad”.*¹¹

Derrida señala la necesidad de deconstruir la filosofía occidental para mostrar su carácter mítico: esas supuestas verdades universales no resultan otra cosa que significaciones culturales relativas y contingentes.¹²

El miedo a lo indecible genera el tejido de ficciones lingüísticas, fundamento de la distinción entre lo verdadero y lo falso. Se ha inventado una designación uniformemente obligatoria de las cosas, y el poder legislativo del lenguaje proporciona las primeras leyes de verdad.

*“El sujeto, instituido en el registro del significante –encargado de sostener su enunciación- y representado por él, estará –además- ausente en el significante. El sujeto así dividido nunca terminará con el trabajo de la significación, con el deseo...”.*¹³

La red semiótica presenta hiatos, lo no dicho signa la significación, el símbolo enmascara los mensajes no aparentes en el texto. Decir y querer decir coinciden, fundan la autoridad ilusoria del *logos*. El pensamiento logocéntrico concibe una estructura de significado como un fundamento que existe en sí. La escritura filosófica recorta la lectura, vectorizándola hacia la fábula del sentido único.¹⁴

La verdad no es más que una economía de posiciones estratégicas, ornamentadas poética y retóricamente, que después de un determinado uso se consideran firmas y vinculantes.¹⁵ Al pretender fundar una moral universal, la filosofía iluminista se convierte en víctima de una ilusión etnocéntrica, semejante a la ilusión objetivista de la filosofía de la representación o metafísica.

De los trabajos realizados en torno a la *différance*¹⁶, se pueden extraer los

¹⁰ Scavino, Dardo, *“La filosofía actual...”*, op. cit.

¹¹ Ferro, Roberto, *“Escritura y deconstrucción”*, Biblos, Buenos Aires, 1995, pág. 130.

¹² La verdad de un enunciado no existirá por afuera de la red semiótica, sino que será una interpretación que coincide con una interpretación anterior. Lo que sabemos, lo sabemos por habitar una lengua, así el mundo es un conjunto de significaciones, de certezas, de valores, de gustos: una pre-interpretación o pre-comprensión.

¹³ Martyniuk, Claudio E., *“Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas”*, Biblos, 1994, pág. 73.

¹⁴ Ferro, Roberto, *“Escritura...”*, op. cit. pág. 53 y ss.

¹⁵ Op. cit.

¹⁶ Sobre todo en Derrida, Jacques, *“Márgenes de la filosofía”*, Cátedra, Madrid, 1998.

lineamientos generales de una estrategia deconstructiva:

- 1) Si el significado de un significante ya no es un referente (la cosa misma), sino otro significante, ya no puedo hablar de la preeminencia del habla sobre la escritura,¹⁷
- 2) Si la significación ya no depende del referente, no puedo predicar de las palabras un sentido literal,¹⁸
- 3) Si un significante remite siempre a otro significante, y jamás a un referente, las cosas no están antes que el discurso.¹⁹

De esta manera se resignifica el concepto de tiempo y de presencia: la "primera vez", era una "segunda vez". Esta es la *répétition*, (tanto repetición como ensayo), nunca hubo una primera vez, la primera vez era ya una segunda vez, o una repetición. En el origen la repetición: el signo, la huella, el referente y no la cosa; no existe una anterioridad de la conciencia al lenguaje.

Pero a pesar de lo que podría interpretar un lector desprevenido con relación al mundo del ser, la deconstrucción derridiana se autodefine como materialista (siempre y cuando no se entienda por materia una sustancialidad), no dialéctica: la teoría del texto: lo que resiste a la reapropiación idealista. La marca escrita aún sin considerarse marca sensible o sustancia material, no se deja idealizar. En este sentido la aporía aparece como límite de la deconstrucción: la imposibilidad de salirse del sistema de conceptos estructurantes de nuestra racionalidad. Por ello la posibilidad de trastornar este límite, esta frontera radica en tomar en préstamo estratégico los recursos discursivos hegemónicos en el momento en que se los deconstruye. La *différance* se escritura con los deslizamientos, las re-apropiaciones, con la desmitificación del monumento.²⁰

Derrida se ha encargado reiteradas veces de aclarar que la *différance* no es una palabra ni un concepto, sino más bien un *hogar de condensación económica*: el límite, la destrucción del relevo hegeliano dondequiera que opere. En este enfrentarse con la dialéctica, considera necesario reconocer que los términos antagónicos no se encuentran en igual rango, no son elementos equivalentes (cosa que sí presupone la dialéctica), sino relacionados mediante una jerarquía violenta, donde uno de los conceptos se impone, se encumbra al otro (axiológicamente, lógicamente, etc.).

¹⁷ Desde la perspectiva de la tradición occidental se escribe para dar testimonio de una frase pronunciada, originalmente, en presencia de la cosa. La filosofía de la representación significa precisamente eso: pensar que el lenguaje representa lo que ya estaba presente en el mundo, o que lo vuelve a presentar en un plano lingüístico. Se supone que el lenguaje refleja las cosas tal cual son, o tal como las percibió desinteresadamente una conciencia que mantendría con la cosa una relación inmediata, anterior a todo acto del habla.

¹⁸ El sentido siempre aparecería como metafórico o figurado: si la significación de una palabra no depende de la relación con una cosa, sino con otras palabras, también lo literal es una variante de lo figurado.

¹⁹ Podríamos decir siguiendo el aforismo 108 de "*Más allá del bien y del mal*" de Nietzsche que no existen hechos, sólo interpretaciones, y toda interpretación interpreta otra interpretación, Scavino, Dardo, op. cit. pág. 36.

²⁰ Ferro, Roberto, "*Escritura y deconstrucción*", Biblos, Buenos Aires, 1995.

Deconstruir la oposición significa invertir la jerarquía, poner abajo lo que estaba arriba.²¹ Permanecer en esta fase es operar sobre el terreno y en el interior del sistema deconstruido. Buscar los anatemas, las coartadas que permitan sublevarse a la hegemonía del lenguaje. Atacar desde los márgenes hacia el interior extrayendo estructuralmente de la vieja estructura los recursos estratégicos de la subversión, desconocer las restricciones impuestas para asegurar el sentido único, el verdadero.²²

“La palabra se identifica con la razón, se vacía de contenido y queda emplazada en conceptos acordados, amputando las diferencias: toda categoría se forma a través de la equiparación de lo desigual.”

De la inversión emerge un nuevo "concepto", que no se ha dejado comprender en el régimen anterior. Derrida recuerda que cuando analizó textos literarios (por ejemplo el de Mallarmé), encontró marcas indecibles, unidades de simulacro, "falsas" propiedades verbales, nominales o semánticas, que no podían comprenderse en la oposición binaria (afirmación/negación) y que no obstante la habitan, la resisten, la desorganizan, pero sin constituir nunca un tercer término (negación de la negación): *répétition* y *différance*.

Pero el texto derridiano tampoco pierde oportunidad de recordar que el proceso de construcción de los universales con que "pensamos el mundo", demandó la asimilación por aniquilamiento, la amputación de las diferencias: cuando la palabra ya no es la manifestación de una vivencia original, sino que se constituye como convención, produciendo la igualación de lo desigual. La palabra se identifica con la razón, se vacía de contenido y queda emplazada en conceptos acordados, amputando las diferencias: toda categoría se forma a través de la equiparación de lo desigual.²³

En este sentido, denunciar los genocidios, como instancias no reductibles de nuestra racionalidad instrumental forma parte del horizonte de sentido derridiano. Detrás de la estructuración de los universales se esconde siempre un imponer (enforced) a los otros, a los extranjeros, los valores superiores de Occidente.²⁴

Y es en este ejercicio de memoria, de repaso, es *q'íl y va d'un certain pas*.

²¹ Op. cit.

²² Derrida Jacques, *“De la gramatología”*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1971.

²³ Op. cit.

²⁴ Como bien señaló Michel Foucault en ocasión de comentar dos libros de André Glucksmann, "la prueba decisiva para los filósofos de la Antigüedad era su capacidad para producir sabios; en la Edad Media para racionalizar el dogma; en la época clásica para fundar la ciencia; en la época moderna es su aptitud para justificar las masacres".

II (REPETICIÓN)

¿Sería justo, en el sentido de justeza, adecuación, plantear que Hans Kelsen escribió su "Teoría Pura del Derecho"²⁵, contra o en contra de Kant?



El Castigo de los rebeldes, por Sandro Botticelli,

Hans Kelsen elaborará en su "Teoría" el concepto de *Grundnorm* (Norma Básica) como categoría lógico-trascendental (norma no positiva) presupuesta tanto como instancia de validación de las normas "puestas", cuanto principio de conocimiento de la ciencia del derecho (Ya había dicho Kant que las categorías son conceptos fundamentales para pensar objetos en general y tienen por tanto, a priori un valor objetivo).²⁶

La categoría de *Zurechnung* (imputación) aparecerá como instancia de auxilio en la

²⁵ Kelsen, Hans, "Teoría pura del Derecho", EUDEBA, 28va. edición, Buenos Aires, 1994.

²⁶ Kant, I. "Crítica de la Razón Pura", citado por Marí Enrique "Causalidad y teleología: intersección del pensamiento de Hans Kelsen con el positivismo lógico y la teleología de Rudolf Ihering. Un ejercicio de epistemología comparada", publicado en el libro "Materiales para una teoría crítica del derecho", Abeledo Perrot, 1991.

distinción entre el mundo del ser (*Sein*) y el del deber ser (*Sollen*). Esta es pues una categoría de la razón a priori, análoga a la categoría kantiana de causalidad, pero que aparecerá como opuesta a ella (la causalidad rige el mundo de la naturaleza, mientras que la imputación estructura el mundo normativo). La imputación funda el reproche al establecer al hombre como corte de la cadena causal, ello configura la libre voluntad del sujeto para decidir su actuar. El hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación.²⁷

La libre elección de las acciones es un ejercicio de racionalidad, en este plano el hombre no es guiado por sus instintos sino por su raciocinio. Kelsen define la normatividad como instancia unidimensional del querer racional. La *Zurechnung* al oponer el mundo natural al mundo normativo, establece la grieta que funda el objeto de estudio de la ciencia jurídica.

Pero si bien estas líneas coincidentes entre Kant y Kelsen, no sólo ya han sido justamente trabajadas, sino que las distancias aparecen en los mismos trazos en que se anotan las concordancias: la dimensión objetiva de la validez normativa kelseniana absorbe el contenido de las normas ajustado a la razón, entendida ésta en sentido kantiano.²⁸

*"En estas condiciones, ambas teorías del derecho, la de Kant y la de Kelsen, difieren en alto grado. Para Kant, el término teoría pura del derecho es un predicado de la razón pura (ein Prädikat der reinen Vernunft). Su elaboración y objeto de investigación no apuntan a los acontecimientos y contingencias históricas, sino a las leyes de la razón de las que emerge el derecho. En Kelsen, por el contrario, la Grundnorm es el dispositivo universalmente empleable, que puede cubrir incluso, el derecho no razonable..."*²⁹

En 1964 Kelsen revisa el concepto de *Grundnorm*, a instancias de la filosofía de Hans Vaihinger, admitiendo que ésta es una ficción autocontradictoria y contradictoria de la realidad: la Norma Fundamental ya no será una hipótesis lógico-trascendental, sino una ficción del "como sí".³⁰

La redefinición categorial lo enfrenta a Kant: para que la Norma Fundamental sea una norma, conforme la propia definición de Kelsen, debe de presuponer un acto de voluntad, requisito que una hipótesis de conocimiento no satisface. Por ello, junto con la norma básica pensada se debe de presuponer una autoridad imaginaria cuyo acto fingido de voluntad tiene tal norma básica como su significado. Ahora bien, Kelsen sostiene que esta ficción engendra una contradicción con el planteo de que la constitución (histórica) cuya validez está fundada en aquella norma fundamental, es el significado de un acto de voluntad de una autoridad suprema sobre la cual no puede admitirse ninguna otra (por ello la norma fundamental no sólo contraría la realidad, sino que a su vez resulta autocontradictoria).

²⁷ Kelsen, Hans, op. cit., pág. 31.

²⁸ Marí Enrique "Causalidad y teleología: intersección del pensamiento de Hans Kelsen con el positivismo lógico y la teleología de Rudolf Ihering. Un ejercicio de epistemología comparada", op. cit.

²⁹ Op. cit. pág. 342.

³⁰ Sobre todo en "Teoría General de las normas", Ed. Trillas, México D.F., 2003.

Pero otra ruptura aparece en la distinción entre ser y deber ser. Para Kelsen no se puede encontrar en Kant un dualismo entre ser y deber ser, pues la norma moral, el deber moral tienen su punto de partida en la razón práctica, que es la misma razón que en el mundo sensible es función de conocimiento fenoménico del ser. Así, la razón práctica y la razón especulativa constituyen una unidad, tratándose no ya de dos órdenes disímiles, sino en esencia, de una sola y misma razón.³¹

El problema en la teoría kantiana, dirá Kelsen, es que el concepto de razón práctica es por completo contradictorio y paradójico, en la medida en que es, al mismo tiempo conocimiento y voluntad. Conocimiento y voluntad se condensan apelando a la idea de divinidad: la razón práctica es en última instancia la razón divina en los hombres. Las órdenes de la razón práctica son las órdenes de Dios.

Se ha sostenido que el reconocimiento de la *Grundnorm* como ficción es el mejor ejemplo del fracaso del proyecto kelseniano, ¿pero qué efecto produce en la organización del sentido textual de su Teoría Pura, la reelaboración del concepto medular?

Un primer esbozo de conclusión sería que desplaza la categoría de validez: excluidas las autoridades metalegales (Dios, la Razón), operada en el abandono de la definición de norma fundamental como hipótesis lógico-trascendental, sólo me queda una constitución histórica que ha sido "puesta" por voluntad de los hombres.

Si el fundamento del sistema es una ficción, a decir de Gödel, sobre la Teoría Pura se instaaura lo indecible: no puede probar su propia consistencia.³²

¿Perdido el fundamento último de justificación de un ordenamiento jurídico, justifica que ya no deba preguntarme por el contenido de esas normas, el por qué de esos actos de voluntad?

También fue Kelsen quien afirmó que el cambio de un ordenamiento jurídico por otro será producto de una revolución triunfante; si por el contrario, el intento fracasa, sus participantes serán juzgados con la pena más severa por atentar contra el régimen.

En segundo lugar, desarmado el principio de validación, el orden coercitivo, motivador de las conductas humanas, emerge como cinismo descarnado, borrando la frontera entre validez y eficacia.

El acto fundante que instaaura el derecho no está, por definición fundado, no es legal ni ilegal, la operación que consiste en instaurar el derecho, hacer la ley, consistiría en un acto de fuerza, que ningún derecho previo y anteriormente fundante podría garantizar, contradecir o

³¹ Op. cit. pág. 345.

³² Martyniuk, Claudio E., "Positivism, hermenéutica y teoría de los sistemas", Biblos, 1994, pág. 34.

invalidar: éste es el fundamento místico de la autoridad.³³

La coacción deslegitimada vuelve a ser (a leerse) como violencia: "to enforce the law". Emerge, así, la violencia como elemento constitutivo del derecho, tanto en el acto que lo funda, como en el que lo conserva. El surgimiento mismo del derecho, el momento instituyente, fundador y legitimante del derecho implica una fuerza performativa (*Gewalt*).³⁴

“El acto fundante que instaura el derecho no está, por definición fundado, no es legal ni ilegal, la operación que consiste en instaurar el derecho, hacer la ley, consistiría en un acto de fuerza, que ningún derecho previo y anteriormente fundante podría garantizar, contradecir o invalidar: éste es el fundamento místico de la autoridad.”

La transformación de la norma fundamental de hipótesis de conocimiento en ficción hace depender todo el edificio teórico de un mito originario.³⁵

Pero tal vez, y a modo de último corolario, resulte importante recordar que para Vaihinger la ficción del como sí tiene una función de conocimiento, es una ficción cognoscitiva. Es la ficción la que engendra las condiciones de su propia realidad, funcionando como principio de justificación.

La mutación del "primer" Kelsen de la Teoría Pura al "segundo" Kelsen "el del como sí", es el pasaje de un mito fundante (Dios) a otro mito originario (la Ley): este desplazamiento puede entenderse como acto de *répétition*.

Por último, en la oposición entre norma fundamental como hipótesis lógico-trascendental y norma fundamental como ficción del como sí, tal vez podría anotarse a pie de página, asumiendo la posibilidad de despertar fantasmas dormidos, como correlato de la ausente realidad que la instaura: Auschwitz.

³³ Este es tema centralmente abordado por Derrida en *"Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad"*, op. cit.

³⁴ Op. cit.

³⁵ Marí, Enrique, *"Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden"*, en *"Papeles de filosofía (para arrojar al alba)"*, Biblos, Buenos Aires. 1993, pág. 246.

III (DIFERENCIA)

Para la Teoría Crítica³⁶ el derecho es entendido como una práctica social consistente en dotar de sentido la materia significativa a través de su aspecto discursivo: asigna significados a hechos y palabras.

*“Cuando se encara así una red semiótica, el sentido aparece inevitablemente como el resultado o el producto de un trabajo social... Dentro de esta perspectiva nos topamos con el orden de lo ideológico y con el poder...”*³⁷

El haz de temáticas abordadas por esta concepción puede señalarse, con cuidado de no pretender significar estos estudios como un programa cerrado o unívoco:

1) Si el sentido se entiende como producto social, lo ideológico aparece como el sistema de relaciones entre un conjunto significativo particular y sus condiciones de producción. Mientras lo ideológico concierne a las condiciones de producción del discurso, el poder se encarna en sus efectos. Las operaciones discursivas invierten significado en materias significantes. Entender la inversión como contextualización del sentido implica entender los procesos sociales como mecanismos histórico-culturales. Si bien entender un discurso implica inscribirlo en relación a otros discursos, la nota diferencial que estructura la especificidad de los distintos tipos de discursos sociales se encuentra en la articulación de sus condiciones de producción con sus condiciones de circulación.³⁸ El sentido atraviesa el texto y remite a otro texto, pero el proceso de articulación vectoriza el sentido de manera unívoca. Es justamente la deconstrucción de la huella la que permite nuevas combinaciones de significación. Las huellas son las marcas que el proceso de producción ha impreso en el discurso. Funcionan como rastros de organización y control del sentido. Operan como sistemas de relación para fijar el sentido a su aparato productivo, estableciendo canales de significación.

2) Analizar los discursos sociales conlleva al estudio de la construcción de lo real. La realidad social se construye en la semiosis. La materialidad sólo es aprehensible desde una red de asignación de sentido, fuera de ella es inasible. Se trata de concebir los fenómenos de sentido como apareciendo, por un lado, siempre bajo la forma de conglomerados de materias significantes; y como remitiendo por otro, al funcionamiento de la red semiótica conceptualizada como proceso productivo. Ahora bien, resulta evidente que desde el análisis del sentido, el punto de partida sólo puede ser el sentido producido. La realidad aparece como el resultado del proceso de interpretación colectiva.

3) Pero también se anota que tal significación dista de ser neutral: entre el proceso de

³⁶ Me refiero a la producción intelectual desarrollada en nuestro país bajo el rótulo de Teoría Crítica del Derecho.

³⁷ Ruíz, Alicia. E. C., *“Aspectos ideológicos del discurso jurídico”*, en *“Materiales para una teoría crítica del derecho”*, Abeledo Perrot, 1991.

³⁸ Op. cit.

producción y constitución de este discurso y este discurso como producto final, existe una ruptura, un desplazamiento, un eje oculto alrededor del cual se entrecruzan los diferentes discursos en pugna: las relaciones de poder ínsitas y que moldean todo acto cognoscitivo.³⁹ Lo simbólico desplaza el sentido, comprende aquello que no debe decirse, pero también aquello sobre lo que no puede hablarse, ya que su constitución antecede a la red semiótica. Es así, que los procesos de clausura se vuelven reveladores: no por definir límites, sino por constituir contenidos. Reglas que vectorizan el sentido, otorgando la palabra a unos y censurando a otros, estableciendo una génesis, y también un orden.⁴⁰

Toda distribución desigual de poder dentro de una sociedad necesita construir un dispositivo de legitimación y sostén de ese estado de cosas, el discurso jurídico como discurso del orden es uno de los niveles de ese dispositivo. Es así, que el derecho obtiene su carácter instituyente, de esta íntima relación con el poder. Intima y clandestina que lo dota de una estructura, de un principio de control, que se encuentra ubicado en otros discursos, en otros planos de asignación de sentido, es decir en otros sucesos de distribución de poder. Es dicha estructura la que desplaza y distorsiona el lugar de conflicto social, permitiendo que el derecho se instale como el instrumento de legitimación por antonomasia, en tanto que ese ocultamiento lo muestra neutral⁴¹.

El condicionante de los procedimientos internos del discurso jurídico se encuentra en otros discursos o en otros procesos extradiscursivos: Prohibiciones expresas y oposiciones existentes en la cultura, las interdicciones históricamente delineadas: la sexualidad y la política, el deseo y el poder⁴².

³⁹ Marí, Enrique, "*Moi, Pierre Rivière... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales*", en "*El discurso Jurídico*", varios autores, Hachette, Buenos Aires, 1982. Por otro lado, Michel Foucault, en "*Vigilar y castigar*", Siglo XXI, Buenos Aires, 1989, explica este proceso: el poder no sólo funciona a través de normas o de instituciones, sino de un conjunto de dispositivos y tecnologías, volcados en discursos productores de verdad, o sea discursos de conocimiento. Es por ello que el poder produce saber, toda relación de poder implica la construcción de un campo de conocimiento.

⁴⁰ Conforme señala Entelman, Ricardo, en "*La formación de una epistemología jurídica*", en "*El discurso jurídico*", varios autores, Hachette, Buenos Aires, 1982: se conforman así, los llamados procedimientos internos del discurso, integrados por las reglas de producción y ordenamiento, que determinan la inclusión/exclusión de una expresión a un determinado discurso: requisitos de sistematicidad, y de coherencia. Pero también, por las reglas de fundamentación de su verdad, la sujeción a determinados campos de referencia. En el discurso jurídico se confundirán verdad y validez, estableciéndose una relación autorreferente entre las reglas de producción y ordenamiento, y el sujeto del discurso. Reglas que no atribuyen sentido, sino que lo direccionan, distribuyendo roles. De este modo el discurso jurídico establece las condiciones de su producción a través del reparto de designaciones y jerarquías, que no es otra cosa que el reparto del poder. Es el propio discurso el que determina quiénes y en qué condiciones se encuentran autorizados para imprimir a sus dichos sentido jurídico, dándole a los sujetos el mismo tratamiento que a los enunciados.

⁴¹ Marí, Enrique, "*Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*", en "*Papeles de filosofía (para arrojar al alba)*", Biblos, Buenos Aires. 1993.

⁴² Entelman, Ricardo, op cit , pag 89 y ss.

4) En ese sentido, se necesita construir un sujeto, el “hombre de derecho”, y con él su humanidad. Este sustrato subyacente, entendido como *racionalidad jurídica occidental*, configura la precomprensión con que actúan los productores y los usuarios del discurso jurídico. Estas predeterminaciones configuran un esquema mental determinado en el que los hombres expresan su relación imaginaria con sus condiciones materiales de existencia.⁴³

*“Si en el discurso jurídico la regla de formación básica es una regla de atribución de la palabra, la distribución, extensión y características de esa autorización se corresponde con algún diseño de lo humano, y con una forma definida de mentar los actos que ejecuta: lo lícito, lo ilícito. La libertad. La responsabilidad, la imputación. Lo doloso. Lo culposo. La ubicación de la sanción en la red de conceptos básicos, la distinción entre lo público y lo privado...”*⁴⁴



El abogado del pueblo, por Peter Brueghel el Joven.

Por último, lo que más nos interesa para este trabajo: si el derecho como producto cultural, como red significativa plasma un determinado reparto de poder social, y al hacerlo y denostarlo como propiamente “natural”, “ahistórico” y “inmutable”, lo legitima; y ese es su aspecto ideológico, opacar y enmascarar las diferencias estructurales establecidas entre los sujetos con la

⁴³ Entelman, Ricardo, op. cit.

⁴⁴ Ruíz, Alicia. E. C., “Aspectos ideológicos...”, op. cit.

finalidad de reconducir un sistema de poder hegemónico; también es cierto que por el reparto de poder que estructura, no puede clausurar en forma completa sus propios contenidos.⁴⁵

El derecho cumple un rol legitimador y reproductor de las relaciones sociales hegemónicas, y a la vez, un rol en la remoción y transformación de esas relaciones. Esta circunstancia no expresa una contradicción, sino una paradoja.⁴⁶ Como práctica social específica expresa históricamente los conflictos sociales, dependiendo de una correlación de fuerzas en el marco del conflicto social: en manos de los grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación, y en manos de los dominados un mecanismo de defensa, denuncia y resistencia contra la opresión.⁴⁷

“El derecho cumple un rol legitimador y reproductor de las relaciones sociales hegemónicas, y a la vez, un rol en la remoción y transformación de esas relaciones. Esta circunstancia no expresa una contradicción, sino una paradoja.”

Para esta epistemología jurídica, la función paradójica del derecho aparece como experiencia aporética: como el jurista se ve compelido a trabajar sobre los hiatos del discurso, sobre sus silencios, y esta tarea de constitución de sentidos no es técnica, sino siempre valorativa (política), ya lleva implícita la voluntad de preservación o de transformación social.⁴⁸ La ciencia jurídica aparece encaramándose como garante en el proceso de conducción de las conductas humanas llevando adelante por los órganos jurídicos, es el ámbito donde se estructura el criterio organizador y fundante del sistema.⁴⁹

Así, pretende deconstruir un discurso que se arroga, sostenido por la ficcional norma fundamental, la posibilidad de inscripción de la verdad, operar en las articulaciones donde se establecen las jerarquías de sentido, trabajar sobre las viejas soldaduras del edificio para desmontar el injerto genealógico: el discurso jurídico es un discurso polisémico travestido de homogeneidad por operaciones de economía operadas en parcelamientos institucionales.

⁴⁵ Op. cit.

⁴⁶ Cárcova, Carlos M., *“Derecho, política y magistratura”*, op. cit.

⁴⁷ Cárcova, Carlos M., *“Acerca de las funciones del derecho”*, en *“Materiales para una teoría crítica del derecho”*, Abeledo Perrot, 1991.

⁴⁸ Carlos M. Cárcova en *“Derecho, política y magistratura”*, Biblos, Buenos Aires, 1996, pág 72, lo explica de esta manera: *“El juez cuando interpreta el derecho, crea el derecho, lo constituye. Y el suyo no es un acto aislado. Es, por decirlo de algún modo, un acto contextual. Sobre él pesan múltiples determinaciones culturales; las que provienen de la doctrina, la “opinión de los autores”, pero también la de los medios masivos, la de sus colegas y las que se acuñan en toda interacción social. Discursos de saber y discursos de poder que se sintetizan, así, en una unidad constituyente”*. También ver los estudios jurídicos desarrollados por el movimiento italiano “del uso alternativo del derecho”, sobre todo Barcellona Pietro y Coturri Giuseppe *“El Estado y los Jurista”*, Confrontación, Barcelona, 1976.

⁴⁹ Entelman, Ricardo, *“La formación de una epistemología jurídica”*, publicado en *“El discurso jurídico”*, op.cit., pág 94 y ss.

Pero se ha insinuado que entre la función de reproducción y la de transformación, opera una jerarquía violenta, ya que no se podría equiparar, en sus efectos sociales, ambos términos: la preponderancia del proceso de reconducción hegemónica resulta ineludible. Invertir los términos implica cambiar el sentido de la interpretación jurídica. Esta inversión sólo resulta posible en tanto y en cuanto, se delineen los instrumentos conceptuales que permitan leer las tensiones sociales en el texto jurídico. Ubicada la contradicción, una nueva definición "jurídica" emergerá del cambio de sentido del enunciado. Este nuevo elemento no aparece como síntesis de los otros dos desde el mismo momento en que se instituye como término "jurídico".

Recordemos que Derrida sostiene que el Estado moderno ha tenido que renunciar al monopolio legítimo de la fuerza desde el momento en que la lucha de clases le impuso el deber de reconocer el derecho de huelga.⁵⁰

Como instancia de lo jurídico, el derecho de huelga aparece como el mejor ejemplo de la paradoja aporética: le reconoce a una clase, el legítimo ejercicio de la violencia, mientras que al regular los motivos en los cuales se puede aplicar, la forma en la que se debe de desenvolver y los sujetos autorizados para decretarla, la limita, la recorta, la resignifica. Si bien la doble función del derecho importa un no camino, una aporía, sus dos términos contradictorios no le impiden mantener el sentido de sí. En el texto se inscribe tanto la repetición como su desplazamiento: la diferencia.

El proceso de legitimación de la violencia de la huelga, implica borrar la lucha social como fuente de la norma, obliterando el sentido y direccionado la lectura hacia la reconducción de la hegemonía social.

El derecho no se presenta como intrínsecamente constituido por una violencia fundante, cuya reactualización opera en cada una de las instancias de su significación, por ello, la legitimación de la huelga conlleva el mismo proceso de negación de su violencia transformadora.⁵¹

Estas conclusiones podrían ser acusadas de pesimistas por un lector desprevenido, pero el núcleo conflictual de la paradoja exige, por el contrario esa responsabilidad sin límites de la que habla Derrida. Se apropia de un análisis sobre las contradicciones lógico formales (como por ejemplo la norma fundamental kelseniana), como así también un estudio genealógico de los conceptos.

¿Y teniendo en cuenta la correlación de fuerzas sociales (la historia de Latinoamérica, y no sólo de ésta, resulta muy pedagógica en ese sentido) vale el sacrificio, si así lo podría llamar, del rol transformador por su marca hegemónica? Al respecto, los enunciados de la Teoría Crítica se encuentran refiriendo a que siempre es mejor un derecho que un ilegalismo, en lo que a las tensiones sociales se refiere.

⁵⁰ Derrida, Jacques, "*Fuerza de ley...*", op.cit.

⁵¹ Derrida, siguiendo a Walter Benjamin distingue la violencia griega (fundante y conservadora) de la violencia mística (judía) revolucionaria, en "*Fuerza de ley...*", op.cit

BIBLIOGRAFÍA

- *Barcellona Pietro y Coturri Giuseppe *"El Estado y los Jurista"*, Confrontación, Barcelona, 1976.
- *Capella, Juan R., *"Fruta Prohibida"*, Trotta, Madrid, 1997.
- *Cárcova, Carlos M., *"Acerca de las funciones del derecho"*, en *"Materiales para una teoría crítica del derecho"*, Abeledo Perrot, 1991.
- *Cárcova, Carlos M., *"Derecho, política y magistratura"*, Biblos, Buenos Aires, 1996.
- *Cárcova, Carlos M., *"La opacidad del derecho"*, Trotta, Madrid, 1998.
- *Derrida Jacques, *"De la gramatología"*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1971.
- *Derrida Jacques, *"Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad"*, Revista Doxa N° II, Universidad de Alicante, Madrid, 1992.
- *Derrida, Jacques, *"Márgenes de la filosofía"*, Cátedra, Madrid, 1998.
- *Derrida, Jacques, *"Aporías"*, Paidós, Barcelona, 1998
- *Entelman, Ricardo, *"La formación de una epistemología jurídica"*, en *"El discurso jurídico"*, varios autores, Hachette, Buenos Aires, 1982.
- *Ferro, Roberto, *"Escritura y desconstrucción"*, Biblos, Buenos Aires, 1995.
- *Foucault, Michel, *"Vigilar y castigar"*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1989.
- *Foucault, Michel, *"La microfísica del poder"*, Ediciones de la piqueta, Buenos Aires, 1992.
- *Foucault, Michel, *"La verdad y las formas jurídicas"*, Gedisa, Barcelona, 1995.
- *Foucault, Michel, *"La arqueología del saber"*, Siglo XXI, México, 1997.
- *Kelsen, Hans, *"Teoría pura del Derecho"*, EUDEBA, 28va. edición, Buenos Aires, 1994.
- *Kelsen, Hans, *"Teoría General de las normas"*, Ed. Trillas, México D.F., 2003.
- *Klimovsky, Gregorio, *"Las desventuras del conocimiento científico"*, 3ra. edición, A-Z, Buenos Aires, 1997.
- *Kuhn, Thomas S., *"La estructura de las revoluciones científicas"*, 5ta. reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- *Marí, Enrique, *"Neopositivismo e ideología"*, EUDEBA, Buenos Aires, 1973.
- *Marí, Enrique, *"Moi, Pierre Rivière... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales"*, en *"El discurso jurídico"*, op. cit.

- *Marí, Enrique, *"Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden"*, en *"Papeles de filosofía (para arrojar al alba)"*, Biblos, Buenos Aires. 1993.
- *Martyniuk, Claudio E., *"Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas"*, Biblos, Buenos Aires, 1994.
- *Martyniuk, Claudio E., *"Wittgensteinianas. Filosofía, arte y política"*, Biblos, Buenos Aires, 1997.
- *Martyniuk, Claudio E., *"Razones y acciones"*, Los Libros del Riel, Buenos Aires, 1998.
- *Laclau, Ernesto, *"Emancipación y diferencia"*, Ariel, Buenos Aires 1996.
- *Pérez Lledó, Juan A., *"Teorías Críticas del Derecho"*, en *"El Derecho y la Justicia"*, varios autores, Trotta, Madrid, 1996.
- *Ruíz, Alicia. E. C., *"Aspectos ideológicos del discurso jurídico"*, en *"Materiales para una teoría crítica del derecho"*, Abeledo Perrot, 1991.
- *Scavino, Dardo, *"La filosofía actual. Pensar sin certezas"*, Paidós postales, Buenos Aires, 1999.
- *Sousa Santos, Boaventura, *"Límites y posibilidades de la democracia"*, en Revista Politeia 13, Universidad Nacional de Colombia Santa Fe de Bogotá, Bogotá, 1993.
- *Sousa Santos, Boaventura, *"La globalización del derecho"*, ILSA, Bogotá, 1998.