



MODOS NO TRADICIONALES DE ABORDAR LA APLICACION DEL DERECHO (2007)

ESCUELAS CRÍTICAS DE DERECHO

Claudio Eduardo Andino (*)

CONTENIDO

Marco teórico.

1.- Introducción.

2.- ¿Aplicar el Derecho o disminuir desigualdades?

3.- Breves notas acerca del aporte sociológico jurídico: A- Marco Teórico I: Nociones acerca de la visión sociológico-jurídica (Una ojeada por la mirilla sobre el Derecho): *i) Diferencias entre los puntos de vista de un jurista y un sociólogo acerca del Derecho; ii) Categorías habituales empleadas por las escuelas sociológico-jurídicas; iii) Nociones acerca de métodos de investigación sociológicos; iv) Breve digresión acerca del cambio social; v) La sociedad global y la aplicación del Derecho: el mundo del trabajo en el Siglo XXI.*

4.- ¿Qué cosa es esa de la escuela o visión “crítica” del Derecho?. 4. I.- La poli funcionalidad del concepto “crítico” de alguna cosa. 4. II.- Acerca de las llamadas *teorías críticas* en la comprensión del fenómeno *Derecho*. 4. III.- Contribuciones destacadas de la Teoría crítica del Derecho. 4. III. I.- *La utopía de un meta-derecho limitador del poder*. 4. III.II.- *El aporte de Duncan Kennedy*: A) El rol de los jueces según Kennedy. 4. III. III. *Debate sobre el efectivo acceso a la Justicia*. 4. III.IV. *El aporte local*. 4.V. Función de los “valores”. 4.V.1. *Reglas morales*. 4.V.2.- *Alteridad*.

5.- Escuelas y sistemas tradicionales y críticos: principales diferencias.

6.- Como colofón una propuesta: pensar de otra manera.

MARCO TEORICO

“Sin embargo, no es tan sencilla la propuesta de este ensayo. Que se expresa así: rechazar la noción de fundamento, de causa, necesidad y ley, pero recuperar a la vez la visión crítica del sujeto crítico. Insistí en rechazar los garantismos metafísicos del pensamiento de izquierda, pero insisto en rechazar la visión azarosa, descentralizada, acrítica y conformista que el pos-modernismo heideggeriano impulsa. Los garantismos – tal como lo hemos visto en los textos de Fanon, Sartre y Bobbio, o como están presentes en innumerables textos de Marx- no hacen sino introducir otra vez a Dios en el pensamiento. Toda garantía es teísta. Pero erradicar el garantismo – matar a Dios - no nos debe conducir a la aceptación de una historia virtual, azarosa, aleatoria. Una historia sobre la que el sujeto no sabe cómo actuar ya que es inapresable. En resumen: incomprensible.

¿Cómo cambiar lo incomprensible? La cuestión, entonces, es: eliminar todo fundamentalismo, todo garantismo metafísico, pero mantener la crítica viva. Matar a Dios – como lo pedía Nietzsche - y construir al sujeto crítico, sin que esta construcción implique un regreso a Dios. Sin hacer del sujeto crítico un nuevo absoluto. ¿Es posible?”

J. P. Feinmann, “La sangre derramada (ensayo sobre la violencia Política)”, Seix Barral, Buenos Aires, 2ª Ed., 2003, pág. 307

“La Constitución no protegería nuestra desnudez frente a los abusos de poder, no obstante la insistencia retórica en lo contrario, que formaría parte de nuestras letanías rituales.”

Carlos S. Nino

(“Fundamentos de Derecho Constitucional”)

1.- INTRODUCCION

Las ideas de encabezamiento, más que afirmación de certezas o identificación total con ellas, están destinadas a advertir al lector que el presente es un desarrollo acerca de temas del pensamiento jurídico que se obstina en no ser adocenado; esto es, en presentar una variante crítica al *dogmatismo jurídico* y su paradoja, la radical indeterminación de muchas de sus conclusiones o verdades reveladas: garantismo retórico, coherencia, método, previsibilidad y racionalidad en sus resultados, orden, represión a los desviados de la legitimidad e interpretación dominante (el dogmatismo académico es una de las formas más gaseosas de la intolerancia), etc.

No se trata de practicar una suerte de anarquismo intelectual: por el contrario, retomar la milenaria curiosidad de los griegos acerca de no interpretar los fenómenos tal como los vemos, sino como el resultado de aplicar las categorías de la razón a los datos de la percepción y experiencia, al examen de la posibilidad de un conocimiento alternativo, de las fuentes, límites y cuestionamiento de aquél.

Anticipando una conclusión: Pues, se trata de propiciarles un intento de abordaje del Derecho en general y de los diversos factores que intervienen en el fenómeno contractual que *soslaya el paradigma jurídico tradicional*. Tal paradigma (o modelo) jurídico aplicado casi sin fisuras entre nosotros puede caracterizarse en líneas generales como:

- 1) metodológicamente exegético (que en su aspecto interpretativo resulta en esencia subjetivo, con los sesgos socio-culturales propios de cada intérprete);
- 2) mono disciplinario (recurre nada más que a conocimientos jurídicos);
- 3) dogmático no obstante lo afirmado en el apartado 1, o sea conservador en esencia para mantener la “seguridad jurídica” y pretender la previsibilidad de un resultado; y
- 4) artificial (esto último porque aplica una realidad meramente formal construida por normas).

La recopilación efectuada comprende varios capítulos y un agregado final a modo de conclusión. Los dos primeros obran a la manera de un “marco teórico”, explicando los basamentos del método alternativo de elucubrar, aplicar y comprender al Derecho como *disciplina* y los demás son muestrarios acerca de cómo esta propuesta es

aplicable a fenómenos jurídicos concretos, en su mayoría vinculados al fenómeno del trabajo dependiente, actividad preponderante del autor en su experiencia profesional y judicial. En su mayoría constituyen artículos publicados antes de la última modificación del Código Civil que demuestran el modo en que las mismas normas temporalmente vigentes admitieron variadas interpretaciones en casos similares aún de parte del mismo organismo judicial.

Ello evidencia la importancia de investigaciones críticas acerca de la eficacia de nuestro sistema jurídico, que son –además de una necesidad insoslayable para el sistema republicano- asignaturas pendientes de la teoría social vernácula.

A fortiori y aprovechando la inserción del autor en una de las corporaciones más influyentes cuanto herméticas del país de los argentinos –precisamente la judicial-, se detallan en capítulos separados aspectos del desempeño de la misma que no están al alcance mayoritario de estudiosos sociales y el público en general.

No se accedió al ideario que ahora está a disposición de los lectores por una inspiración genial sino por interacción colectiva (la *cultura* es uno de esos hechos colectivos más característicos así como el *prestigio* es un aspecto de la fatuidad individual), por lo que el uso del presente (salvo cuando se menciona el origen), es libre y gratuito y está destinado a su empleo, discusión y crítica de la misma forma. Esperamos que así suceda.

Tampoco constituye el presente un rasgo de generosidad inaudita, sino de un compromiso con los propios valores. De nada serviría que algunos conocimientos o experiencias de provecho social quedasen reservados a unos pocos, con oportunidad de acceso y elaboración, si la inmensa mayoría de jueces y letrados permanecen ajenos a su acceso o aplicación o si las ideas y propuestas, por muy novedosas y fundadas que ellas parecieran, fuesen reservadas a la mera publicación del trabajo y al elogio de su autor. Cuando se den inter-actuaciones masivas entre las decisiones de los tribunales y los avances de las ciencias aplicadas, recién entonces podríamos esperar verdaderas garantías de protección e indemnidad para los habitantes, cualesquiera fuesen los oropeles o los lenguaraces del discurso dominante. **Nada hay más “progresista” que el progreso mismo.**

En el terremoto de ideas que provocó la elaboración del presente, nos vino a la memoria el magnífico prólogo que el jurista rosarino Rafael Bielsa (opacado por sus descendientes hoy más mediáticos y prescindibles), escribiera en Enero de 1935 para

la primera edición de una obra magnífica y de palpitante actualidad: “La Abogacía”. Vayan algunas muestras de la agudeza de percepción de Don Rafael...

...”Con vocación firme y sincera he dedicado a la enseñanza y a la práctica profesional del derecho buenos años de mi vida, conviviendo con mis pares, quienes me han honrado con la atribución de funciones diversas en sus colegios.

Esta doble vocación me ha llevado también a la literatura jurídica. Desde que abracé mi carrera, no ha pasado día de mi vida sin que haya pensado o sentido algo de este problema –y a veces drama- de la justicia y el derecho en el espíritu del abogado.

No pretendo, desde luego, descubrir nada nuevo en las páginas que siguen. Sólo me propongo ordenar metódicamente las observaciones prácticas que me ha sugerido la experiencia, como digo, en la Universidad, en el Foro y en la Administración pública.

...la falta de ilustración general explica, en parte, la falta de vocación por el estudio serio de las cuestiones jurídicas.

...Cuando se habla de crisis de estudios jurídicos no se puede prescindir de esa verdadera falta de conciencia estudiantil y docente que se exterioriza en una política deformada, intelectual y moralmente, por ciertas reacciones instintivas y por un franco hedonismo.

...Ningún problema grave constituye, por sí solo, la abundancia de abogados. No son malos los que contrarían normas de ética profesional solamente, sino también los que forman ese ejército de rábulas sin conciencia de justicia, sin preparación orgánica, y que hacen de su título un *modus vivendi*, una especie de patente de corso, o simple medio formal de actuar en política, no pocas veces para gozar de una situación privilegiada en el foro.

Se dice que sobran abogados y no es así; mejor se diría que faltan abogados; faltan juristas; faltan verdaderos defensores de la legalidad.

Los jóvenes suelen ser impacientes, y a veces el afán de brillar, o de enriquecerse, les hace olvidar reglas esenciales del éxito (éxito definitivo) en la profesión. La nombradía no se consigue en ninguna profesión antes de los diez o veinte años. El concepto de abogado honorable y competente se logra siempre con mucho trabajo.

...Faltando algunos al llamado sacerdocio del derecho y ofendiendo los sentimientos de moralidad media de la sociedad, han hecho volver a buena parte de ésta contra el concepto prístino de la abogacía.

...¿Porqué los grandes abogados pierden pleitos quizás en una proporción mayor que los abogados medianos?

...La respuesta no es dudosa. Al gran abogado le pasa lo que al gran médico clínico. Los pleitos y los casos perdidos, o casi perdidos, por imprevisión, por lo bien preparado del acto ilícito que se quiere atacar, por la falta de prueba, por la oscuridad o ambigüedad de la ley, son llevados casi siempre al abogado de nombradía, por considerar a éste como una especie de mago en la defensa jurídica, es decir, un hombre capaz de presentar lo negro como blanco; de inducir al tribunal, con su ciencia y dialéctica, a una decisión favorable a la pretensión de su causa.

El cliente y el propio abogado en trance difícil ven al gran abogado como a un puerto de salvación.

...Nada tiene de raro, pues, que abogados hábiles y a la vez conocedores profundos del derecho pierdan pleitos. Para los juicios de trámite más o menos mecánico cualquiera sirve...

Y esos abogados aceptan el pleito con el noble espíritu de defensa y también de sacrificio, y porque no pocas veces les seduce el estudio de un nuevo caso complejo; el rasgo dominante especialmente, en el gran abogado, es el estudio.

Bunge...recuerda que en la *Danza de la Muerte*, ésta increpa al abogado, para que deje el *Digesto* y entre en su farándula, y al convocar a todas las profesiones y estados de la sociedad, principiando por el papa y el emperador y terminando por el santero y la multitud anónima, y siempre con insulto y vilipendio, por verlos entregados a farsas, orgías y latrocinios, sólo halla al hombre de leyes, no obstante las máculas que se le imputan, sumido en el estudio regenerador; lo cual concuerda con el honroso nombre de *letrado*, que lleva aún por antonomasia.

Ante la feroz conminación, se queja éste no de perder honores, tierras, mujeres y todo género de goces, como los demás hombres, sino que se le interrumpa su tarea: “¿Que fue ora mesquino de quanto aprendy, de mi saber todo e mi libelar? Quando estar pensé, entonces cay, cego-me la muerte, non puedo estudiar.”

...El abogado es y ha sido un freno contra la arbitrariedad y el despotismo, y lo prueba elocuentemente la historia de los grandes juristas que, como Papiniano, sacrificaron su vida a la noble firmeza de sus convicciones y deberes. Zanardelli recuerda –en su célebre discurso *L’Avvocatura*- que Napoleón no ocultó su aversión respecto de los abogados, pues éstos no vacilaron en oponer a los designios de aquél los principios de derecho y de justicia. Y hoy, a pesar de todo, el abogado sigue manteniendo su gloriosa tradición de defensor de la legalidad y el derecho”...

Manos a la obra entonces.

2.- APLICAR EL DERECHO O DISMINUIR DESIGUALDADES?

El siguiente desarrollo busca comprender un aspecto del amplísimo plexo de derechos humanos habitualmente minorados en nuestra sociedad por la intolerancia, el ejercicio irrestricto del poder de parte de ciertas dirigencias político-económico-sociales y, en no menor medida, al empleo de autocensura de parte de los asignados por las normas a resguardar dichos derechos por temor a represalias de los poderosos; conductas que hacen que a la postre haya inúmeros ilícitos impunes como es de público conocimiento de los aborregados ciudadanos del común.

Se funda asimismo en un plexo de derechos escatimados y habitualmente opacados, derechos cuyos enunciados garantistas son:

** Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y difusión del pensamiento* (artículo IV, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948; artículo 75 inciso 22 Constitución Nacional)

** Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión* (artículo 19 Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948; artículo 75 inciso 22 Constitución Nacional). En similar sentido artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Rematando la apoyatura interpretativa: *no podrán invocarse las disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado* (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en vigor desde el 27/01/1980), precepto mucho más categórico si las libertades de expresión, de investigación y de difusión han sido consagradas –además– como texto constitucional (art. 75 inc. 22 CNA 1994).

De soslayo advertiremos, como cruel paradoja, que dichas libertades de expresión son negadas en ciertos casos de manera evidente por normas de derecho interno; así, impiden que los jueces del trabajo bonaerense (medio en el cual el autor se desempeñó durante tres lustros), por ejemplo, se expresen “a conciencia” en sus fallos, so capa de aplicación de las figuras contingentes de la *seguridad jurídica* y la *obediencia debida* (nos referimos por ejemplo al tan empleado mecanismo de

“casación”, primera señal de domesticación institucional – ver desarrollo más puntual en las partes Tercera y Quinta de este desarrollo-).

Por eso la presente elaboración es denominada como “curso-ensayo”. Curso por lo estructural y direccionado de su contenido (personas vinculadas a la aplicación del Derecho); ensayo por avanzar sobre paradigmas alternativos y hasta extraños a lo que a su disciplina normativa tradicional se refiere.

Vamos a tratar de esbozar la *ineficacia* (en su significado sociológico) de ciertas doctrinas, enunciaciones legislativas y decisiones judiciales, más allá de su discurso/relato –esta vez sí- política o jurídicamente “correcto” para las corrientes dominantes. Para ello empleamos ex profeso y por momentos un léxico irreverente, cotidiano y creemos que alcance de tios y troyanos. Una variante del *castigat ridendo mores* dirigida hacia el insufrible acartonamiento de la práctica de nuestra actividad.

Trataremos de transitar en conjunto (autor y lectores) las razones de la distancia que se observa en nuestra sociedad entre normas y su praxis. A modo de ejemplo, los enunciados abstractos de igualdad ante la ley y el acceso expedito y eficaz a la justicia se muestran como entelequias más propias de relato-divagación, el tratado solemne y la clase magistral, que de una realidad cotidiana, como tantas otras cosas que padecemos los habitantes del terruño.

Uno de los autores que nos ha impresionado en este sentido, a quien tuvimos el gusto de conocer y tratar como director de nuestra tesis de postgrado sociológico, el Prof. Dr. Felipe Fucito, en el prólogo de una de las escasas obras de Sociología del Derecho del mercado nacional, hablando de la excesiva dignidad que se atribuyen los cultores del Derecho a su disciplina y a sí mismos -y su desprecio por los aspectos instrumentales del primero- decía (el orden de los párrafos es arbitrario):

*...”para creer en el derecho, probablemente debe hacerse exactamente lo contrario de lo que sugería Sebastián Soler en “Fe en el Derecho”: no construir Capitolios, sino ver, pormenorizadamente, las chozas de paja de lo cotidiano; no caer en la grandilocuencia de lo inexistente, sino ver **la miseria de lo practicado**. La realidad se modifica, en primer lugar, conociéndola. Si las leyes fueran instrumento de la injusticia, si son negadas por los que dicen regirse por ellas, la solución no consiste en el refugio cómodo del Olimpo legal. La solución es bajar a las adversidades cotidianas, para reconstruir la realidad a partir de las actividades de sus operadores...*

...”El desarrollo del pensamiento socio-jurídico tiene dos referencias claras. La primera es... el discurso centrado en el deber ser (de la ley, de los conceptos formulados por juristas, de la jurisprudencia unificada), cuando no se confronta con la realidad, la oculta e ignora el resultado práctico de la existencia de sociedades en variada situación, desde una regulación costumbrista (al lado o en contra de la ley), a la anarquía jurídica por negación de las normas jurídicas, lo que no significa anomia social.

“La segunda es una oposición más reciente, que se va perfilando en contra del nuevo dogmatismo (aunque sus orígenes tienen más de un siglo)... que definen el derecho como el poder represivo ejercido contra los desposeídos del sistema, y señalan la efectividad del mismo en ámbitos concretos de la sociedad (los sectores con menos capacidad de defensa).

...”Para los primeros, lo significativo de las leyes es que debe regir, no que rige las conductas. Los segundos sostienen: como las leyes deben regir y rigen, el orden resultante es represivo, y entonces debe desaparecer para permitir la libertad.

...”la oposición al positivismo es antigua en la mayoría de los países occidentales. Desde Francia a los Estados Unidos, desde Italia a Gran Bretaña, se afirma desde hace más de un siglo y medio (sin contar a los precursores) el relativo poder de las leyes si no son respaldadas o compatibilizadas por los restantes sistemas reguladores; sin costumbres que la sustenten, la ley es pura declamación. Sin ética, no es más que cinismo o corrupción encubierta.

“Pero en nuestro país estas ideas son, todavía hoy, casi “para-jurídicas”. No porque se desconozcan: así piensan muchos juristas, jueces, profesores de derecho y abogados, en charlas informales, entre pares, en comentarios silenciados sobre la realidad. Pero no públicamente, salvo como excepción.

“No se puede superar la visión oficial de un derecho acartonado, estático, en manos de jueces que aplican la ley (sin aportarle nada de su propia personalidad social), en los ficticios argumentos de autoridad doctrinal, y en la presunta lógica rigurosa de los fallos, que coloca un manto de silencio sobre la anárquica discordancia entre las interpretaciones judiciales de los hechos de las causas. Poco se habla de la baja efectividad de la administración judicial para imponer sus mandatos y, si se menciona, se atribuye a limitados recursos, entendidos exclusivamente como materiales” (“Sociología del Derecho. El orden jurídico y sus condicionantes sociales”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1993, pp. 15/19).

Quizás la salida pase por lograr la vigencia de un “meta-derecho limitador la criminalidad del poder”, en la feliz expresión de Luigi Ferrajoli. Fenómeno éste –el Poder (incluido el destituyente judicial con la herramienta del juicio político)- cuyo análisis está siempre ausente en los más esclarecidos pronunciamientos obligatorios de nuestros tribunales, pero que sin embargo condiciona todo el accionar de los ámbitos del gobierno de turno, los jueces y los habitantes del común. El tema es harina de otro costal, convengamos, pues –entre otras cosas- redundaría en un profundo cambio sociocultural en la enseñanza y la práctica del Derecho, para el que nuestras corporaciones intelectuales y académicas demuestran por ahora sólo indiferencia, ya que una de sus consecuencias previsibles sería un cambio de paradigmas dominantes y relaciones de poder congelados por el statu quo, del que ellas son también usufructuarias...

De tal modo, se enfocará la tarea desde una perspectiva multidisciplinaria integrando visiones críticas, de las disciplinas exactas y sociológico-jurídicas sobre el Derecho, a manera de superar las habituales des-protecciones que sobre los individuos sin poder arrojan las corrientes basadas en la concepción dogmático-normativa imperante entre nosotros. No se encuentran muchos enfoques de este tipo en nuestra literatura profesional, por lo que sus contenidos podrán ser cuestionables, revulsivos, poco científicos... para el abogado de formación clásica, actitud que comprendemos de antemano.

Identificado lo esencial a nuestro entender, resta reafirmar que el propósito que anima al autor al elaborar el presente material es despertar en sus destinatarios algún interés sobre el multifacético mundo de la ***eficacia del Derecho, al margen del paradigma estatuido.***

3.- BREVES NOTAS ACERCA DEL APOORTE SOCIOLOGICO JURIDICO

A- Marco Teórico I. Nociones acerca de la visión sociológico-jurídica (Una ojeada por la mirilla sobre el Derecho)

i. Diferencias entre los puntos de vista de un jurista y un sociólogo acerca del Derecho.

Casi desde el inicio de los pasos de un estudiante en su carrera de abogacía, sus profesores-juristas le inoculan el desprecio por el abordaje sociológico del Derecho; como si ello se tratase de una apostasía frente a los sacrosantos pilares de la disciplina. El enfoque sociológico pecaría de relativista, carente de seguridad y lógica jurídica, impediría una cabal comprensión del orden normativo y, en definitiva, sería inviable para los fundamentos que hacen a la *Ciencia del Derecho*.

Lo curioso del caso es que este ataque proviene desde trincheras ideológicas opuestas. Para los juristas de “izquierda”, “progresistas”, “democráticos”, “defensores de los derechos humanos”, “garantistas” y de ideas similares, el hecho que la sociología jurídica detectara una multiplicidad de órdenes normativos según las sociedades, culturas y épocas estudiadas, con muy distintos alcances de regulación y protección respecto a algunos derechos o garantías tenidos por fundamentales y ecuménicamente indiscutibles, resulta en extremo perturbador.

De aceptarse una mengua relativa de estos “universales” (derechos y garantías) en su extensión y vigencia, por parte de cada realidad social, se podrían abrir como posibilidad grandes campos a la arbitrariedad y discrecionalidad de los ocasionales detentadores del poder, pues cada derecho o garantía sería contingente y definido por condicionamientos socioculturales y políticos particulares, en lugar de gozar de alcance y contenidos uniformes en todo el orbe.

Otro tanto ocurre con doctrinarios de “derecha” o con influencia religiosa militante en sus análisis jurídicos. El “orden natural” de las cosas o el “orden dado por Dios” que el Derecho natural reconoce y recepta, determina que a determinados derechos y garantías se le asignan también el carácter de *universales*: verbigracia, a la vida, la integridad y la dignidad humana, a la educación, a la salud, al trabajo, a la propiedad, a la intimidad, a la seguridad, al secreto fiscal y bancario, a la libertad de comercio y de mercado, derechos políticos, de género, de las minorías, de quienes poseen capacidades especiales...

Estas corrientes aceptan por lo habitual que los derechos y garantías, en orden de prioridades y modalidades de ejercicio, varíen según cada sociedad nacional, pero los “fundamentales” que hemos mencionado no se discuten: existen como categorías ontológicas.

Tomaremos como objeto de análisis el derecho a la vida, libertad e intangibilidad de la persona, a guisa de ejemplo, que pareciera constituirse en unos pocos de los “absolutos universales”, tanto para la especie humana de cualquier ideología o

creencia religiosa cuanto para el orden jurídico internacional y los subórdenes aplicados por cada sociedad nacional.

Sin embargo y más allá de lo que pudieren establecer Tratados y normas de derecho positivo, es dable constatar por cualquier individuo del común con acceso habitual a medios de difusión, que numerosos países limitan o directamente suprimen este derecho-garantía de manera regular: imponiendo penas de muerte para delitos graves (terrorismo, homicidios, traición a la patria, ilícitos de “lesa humanidad”), justificando quitar la vida o la libertad del otro sin garantías en acciones de guerra o “contraterroristas” (p.ej. empleo de “drones” asesinos) y aplicación de tortura en casos especiales (obtención de información cuando se sospecha la comisión de atentados), etc.

La labor del sociólogo del Derecho, en la medida en que estudia, describe y mide tendencias acerca del modo en que tales “universales” resultan aplicados, desconocidos o relativizados según cada sociedad investigada; en la manera en que verifica que no obstante multiplicidad de Declaraciones Universales y Tratados Internacionales acerca de Derechos de todo tipo, esto resulta en muchos supuestos más materia de discurso y dogma que hechos comprobables; su labor, reiteramos, constituye una actividad habitualmente esclarecedora de las contradicciones y falsedades del *statu quo*.

Por ello quizás el temor, los reparos y hasta el franco desprecio que su labor genera en los juristas de toda laya. El fenómeno se explica mejor identificando las herramientas de abordaje utilizadas por un jurista de las escuelas dogmáticas o positivistas y por un sociólogo, acerca de nuestro objeto de estudio (el Derecho).

Haremos un simple ejercicio de taxonomía (clasificación) en el cuadro siguiente:

VARIABLE O TEMATICA	SUJETO OBSERVADOR O INVESTIGADOR	
	RESPUESTAS DEL DOGMATICO JURIDICO	RESPUESTAS DEL SOCIOLOGO
* El Derecho como disciplina es...	<i>Normativa, dogmática, ideal</i>	Explicativa, un medio de control social
* La norma jurídica es...	Un dogma “científico” que provee las únicas fuentes normativas aplicables	<i>Un producto social, una más de las fuentes normativas existentes</i>
* Producción normativa	<i>Monopolio estatal</i>	Estado, grupos sociales, cultura
* Modo de abordaje	Desde lo interno a su producción	<i>Desde lo externo a su producción</i>
* Herramientas	<i>Monodisciplinarias</i>	Multidisciplinarias

* Conocimientos aplicados en el análisis	Exclusivamente jurídicos	Jurídicos, sociológicos, antropológicos, políticos, ciencias aplicadas
* Dirección del enfoque	Hacia el pasado (existencia de la norma)	Hacia el futuro (consecuencias de la norma)
* Objeto de estudio	Validez de la norma	Eficacia de la norma
* Mecanismo analítico	Partiendo de la norma, analizar la conducta del sujeto alcanzado	Tomando la conducta, analizar la influencia de norma en ella
* Valores sociales	El Derecho es independiente de ellos	El Derecho es influido por ellos
* Método	Lógica jurídica	Inductivo, deductivo, descriptivo
* El "ser" del Derecho	Se define por el orden coactivo que impone	Se define por las funciones que cumple
* Estado de Derecho	Condición esencial de existencia del Derecho	Categoría cultural variable, que justifica determinado <i>statu quo</i>
* Seguridad jurídica	Condición esencial de un "Estado de Derecho"	Valor contingente, suele obstaculizar el necesario cambio social
* "Lagunas" del Derecho	No existen, el orden jurídico es coherente y completo	Existen y es función de los jueces salvarlas
* Conducta del juez	Neutral a valores e influencias sociales	Condicionada por culturales e influencias sociales
* Función del juez	Aplicar el orden jurídico existente sin desviaciones	Creador de Derecho en casos particulares

De tal modo, la Sociología *agrede* al Derecho en la medida que desacraliza las pretensiones del segundo de obrar como un orden ajeno a las distorsiones de las manifestaciones de poder social, que con el sólo presupuesto de su validez formal es aplicado de manera neutral y científica por actores sociales especializados (los jueces), a quienes sus resguardos jurisdiccionales les ponen a salvo de las influencias de las presiones y valores (o disvalores) del entorno. El método descriptivo empleado –principalmente– por la indagación sociológica pone en evidencia la eficacia de cada orden normativo contingente, sus relatividades, contradicciones y lagunas.

Las diferencias de abordaje entre las dos disciplinas se hacen muy notorias respecto al tema de los *valores*, término sobre el que necesariamente habremos de detenernos en unas breves reflexiones. Podemos significar por *valor*, en una de sus acepciones y con concepción amplia, a *todo lo que interesa a un sujeto humano*. En un sentido más restringido hace referencia a aquellas *elucubraciones sobre lo deseable que influyen en el comportamiento selectivo*.

Acerca de este último significado se advierte que establece una distinción entre lo deseado (impulsivo) y lo deseable (constructo racional), identificando esto último con

lo que se *debe* o es *apropiado* desear. Los valores regulan de tal manera la satisfacción de los impulsos de acuerdo con toda la serie de objetivos jerárquicos (ordenados por importancia relativa) y duraderos de la personalidad, con un presupuesto de orden -tanto por parte de la personalidad individual cuanto del sistema sociocultural- y con la necesidad de interactuar en tolerancia con los demás intereses individuales y grupales. Esta noción de valores así socializada, desecha –por ejemplo- los puramente hedonistas o egoístas.

Las escuelas positivistas o neopositivistas, dogmáticas o auto tituladas “puras”, en su mayoría, descartan la existencia de valores en la concepción y aplicación del Derecho. En el sistema del *common law*, muchas de sus corrientes, en cambio, por vía de la experiencia histórica, las tradiciones, el realismo, etc., reconocen la influencia de los valores de cada época y sociedad en la validez y vigencia del Derecho.

Este último aspecto incide en otra cuestión de suma importancia: si hemos de sostener la existencia o no de valores o derechos universales que hayan de ser garantidos por **todos** los sistemas normativos, hecho totalmente posible acorde determinadas escuelas jurídicas y relativizado o cuanto menos acotado por la Sociología jurídica.

Entre los muchos datos perturbadores que las investigaciones sociológicas o sociológico-jurídicas evidencian para determinados juristas, cualesquiera fuese la escuela o ideología de pertenencia, encontramos estas afirmaciones:

a) todo juicio de valor contenido en un derecho o garantía (vgr. intangibilidad de la vida humana) está culturalmente condicionado o determinado, y esto limita, salvo excepciones, su validez y eficacia al contexto sociocultural del cual proviene;

b) Es imposible establecer un criterio universalmente aceptable de derechos y garantías para **todos** los sistemas jurídicos (China y Estados Unidos, Argentina y Belarus, entre muchos ejemplos), para no hablar de su eficacia práctica, en que allí las diferencias son notables de un país vecino a otro;

c) por lo tanto, hay que pensar que todos los sistemas de derechos y garantías tendrían, en principio, similar validez o debieran ser susceptibles de similar tolerancia (re-conocimiento) por las otras sociedades.

La verificación práctica de la existencia de sistemas jurídicos que establecen derechos y garantías dispares, llevaría a reconocer un *primer valor universal* practicable, que precisamente es la **tolerancia** hacia la coexistencia de tales sistemas morales en el marco de cada sociedad. El *segundo valor universal* derivado del anterior sería el respeto de los valores culturales (que incluye los sistemas normativos

de cada sociedad). Así, su dis-valor opuesto, la **intolerancia**, se evidencia como producto de un prejuicio acrítico, etno-céntrico, a favor de la validez absoluta o prioritaria de los valores culturales propios, entre los que se incluye el propio sistema normativo (u orden jurídico, en su versión más limitada).

Si entendemos que la *moral* (como concepto de conocimiento, no como contenidos específicos) también sería un *universal cultural* necesario para la existencia de cada sociedad, surgen de manera natural sus otras características:

- a) los integrantes de cualquier sociedad dada están obligados a respetar las reglas impuestas por la misma, por la sencilla y utilitaria razón que sin tal obediencia sería imposible la vida en colectividad;
- b) Cada sociedad debe, a su vez, tolerar las de las otras sociedades en interés y posibilidad de interrelación y convivencia;
- c) Predisposición de obediencia y un grado mínimo de consenso hacia el sistema normativo colectivo debieran ser imperativos culturales, una vez que nos socializamos.

Así, se verifica la existencia de *moral* como un absoluto universal cultural, pues todas las culturas y sociedades se basan en un sistema de moral para dar sentido y coherencia a su acción histórica. Cada sistema moral concibe un determinado número de patrones universales-relativos (como *estructura*, hacia el universo de sus agentes comprendidos y como *pretensión* o modelo de vinculación con otras sociedades): por ejemplo: qué es lo que se entiende por un buen ciudadano, qué es (su concepción de) la verdad, cuáles son los cánones del (su) *Estado de Derecho*... Estos patrones son definidos culturalmente y se verifica que varían de una cultura a otra y de una sociedad a otra, pues como contrasentido, no hay normas o patrones universales absolutos aceptados como válidos por todas las culturas, por el sólo hecho de provenir de una cultura o sociedad diferente.

*>>Lo expresado no impide que algunos de los valores que reflejan los sistemas culturales guarden cierta semejanza en todas partes y sus mayores diferencias consistan en la **importancia relativa** dada a tales valores y en la extensión de su aplicación. Por ejemplo, en todas las culturas la perpetuación de la sociedad prima sobre la vida de cada individuo; ninguna sociedad deja de reprimir la traición, el asesinato, la violación o el incesto entre sus integrantes. La idea está implícita en el supuesto que existe una especie de armonía preestablecida de las sociedades nacionales que enuncia (aunque no siempre fuere así) que todas deban coexistir en un mundo pluralista y tolerante. <<*

La posibilidad de un etnocentrismo excesivo cede ante la necesidad de vinculación entre diversas sociedades (culturas) y el subsiguiente entendimiento (reconocer al “alter”, al otro; *alterarse* en su etimología original: ser por momentos “el” otro para comprenderlo e interactuar con él). La creencia que nuestros valores, nuestro orden jurídico, sus derechos y garantías son universales por ser mejores, más *científicos* o más *puros* que los de otras sociedades, o porque son mejores tienen alcance universal, mientras las otras están sumidas en el materialismo, en el relativismo, el fanatismo o en el abandono de los grandes principios morales, constituye la falacia habitual del etnocentrismo y la justificación de todas las intervenciones e interferencias de una sociedad nacional o supranacional (las Naciones Unidas) sobre otras más débiles o de culturas exóticas o minoritarias.

Sostener determinada superioridad cultural podría significar un aval, por ejemplo, a la pretensión colonialista y prepotente de los Estados o sociedades *civilizadas, occidentales y cristianas* de imponer sus valores, sistemas jurídicos, estilos de vida, políticos, religiosos y económicos sobre las naciones de menor poder relativo (recordar las frustradas Invasiones Inglesas de 1806/7 a Buenos Aires, o el asalto de Afganistán e Irak por la U.N. inducido y ejecutado por los intereses anglo norteamericanos de comienzos del Siglo XXI).

A esta altura del desarrollo expositivo habremos de efectuar otras precisiones de naturaleza sociológica. Por ejemplo, que existen grandes diferencias de sistemas jurídicos entre los anglosajones (*common law*) por un lado, y los europeos continentales y latinoamericanos por otro.

El *common law* ha sido definido como “el gobierno de los jueces”, en referencia a que la costumbre, el precedente recogido y verificado por cada juez como norma consuetudinaria, es una medida de la coherencia del sistema. Si un magistrado, basándose en la supuesta preexistencia de una regla consuetudinaria resuelve el caso de una forma puntual, y otro colega, con similares contenidos fácticos lo hace de manera diversa, se dice que uno de los dos cayó en equivocación al constatar el precedente aplicable o, para justificar la existencia de diferencias decisorias, se suele decir que los casos eran distintos (aunque ello no fuere así). Sólo cuando se reconoce de forma taxativa la existencia del precedente, se debe resolver en la misma forma que lo hiciera su antecesor.

En el sistema aplicado entre nosotros (llamado también de la *dogmática jurídica*), si bien la costumbre y la jurisprudencia aparecen como fuentes del Derecho, lo son únicamente en defecto o atribuida oscuridad de la norma escrita. El juez está obligado antes que nada por la letra de la ley (gobierno del Legislador) y si se apartara de ella (decisión *contra legem*) podría incluso cometer un delito y ser sancionado (en este sistema jurídico el juez tiene menos o nula libertad formal para apartarse del texto del derecho positivo).

El esquema comparativo efectuado en el cuadro anterior resulta aplicable sobre todo en los países donde el concepto de “ciencia o dogmática jurídica” resulta predominante (América Latina y Europa continental excluida Escandinavia). En los países de tradición anglosajona y los escandinavos han surgido escuelas jurídicas que tomaron algunos o varios de los caracteres sociológicos que identificamos, por obra de autores pertenecientes tanto a las disciplinas jurídicas (Ihering, J. Bentham, O. W. Holmes, Duguit, Ehrlich, R. Pound, Alf Ross) cuanto a las sociológicas (Weber, Durkheim, E. A. Ross, W. G. Sumner).

Las expresiones más significativas de estas tendencias fueron el *historicismo*, el *instrumentalismo*, el *antiformalismo* y el *pluralismo*.

El *historicismo* puso en primer plano la investigación de las ideas e instituciones jurídicas en su devenir temporal; las pautas de la evolución jurídica se contemplan como productos resultantes de la interacción de las fuerzas sociales. La postura historicista apunta hacia dos objetivos: I) Identificar los anacronismos jurídicos, cuando se trata de argumentar en base a reglas o conceptos transmitidos sin elaboración; II) realizar el análisis de tendencias históricas subyacentes como vehículo apto para la interpretación de acontecimientos contemporáneos.

El *instrumentalismo* propugnó la valoración del Derecho conforme a propósitos o fines sociales definidos (teleología), buscando desentrañar sus significados en la aplicación real. Estimula la incorporación del conocimiento social al Derecho. Ve a las leyes como instrumentos, por lo que deben estar abiertas a la interpretación y a la revisión a la luz del cambio social operado. Considera que el Derecho cumple más de una función: no es únicamente el vehículo para mantener el orden y dirimir conflictos, sino que facilita transacciones y acuerdos voluntarios, confiere legitimidad política, promueve la educación para la convivencia y la participación cívica y contribuye a definir roles sociales.

Para el *antiformalismo* (también llamado “realismo” en Estados Unidos), las normas y conceptos jurídicos tienen una naturaleza no realista, porque ellas son necesariamente abstractas y generales y porque existe una considerable distancia fáctica entre la prescripción normativa y el grado de acatamiento por sus destinatarios. Además, toda visión del orden jurídico como un sistema aislado y autosuficiente, lo distancia en forma injustificada del entorno de aplicación. Así, el olvido de las fuerzas históricas y culturales que inciden sobre el Derecho no sólo deforma la realidad sino que da al orden jurídico una dignidad excesiva, lo aísla de la crítica y proporciona a la sociedad un mecanismo que puede retardar la evolución de sus instituciones y costumbres (recordar sobre este último aspecto en la Argentina la diferente capacidad reconocida por Vélez Sarsfield en la redacción originaria del Código Civil a varones y mujeres o a hijos legítimos e ilegítimos, distinción que perduró por décadas, y que ni la misma Eva Perón pudo o supo alterar totalmente).

El *pluralismo* sostiene la idea que el Derecho se corporiza en la sociedad, más allá de los órganos políticos de gobierno. Para algunos de sus expositores extremos (vgr. Eugen Ehrlich), es falso que el Derecho fuere creación exclusiva e incluso predominante de las autoridades político-formales, pues él está siempre presente en la costumbre y en la organización social: es en las regularidades de la vida colectiva donde puede manifestarse el “derecho vivo”. Los elementos jurídicos que infunden autoridad a la legislación formal han de buscarse en las realidades de los grupos sociales, porque el Estado no es el único receptáculo de la autoridad normativa.

El sociólogo jurídico ve al Derecho como una herramienta para obtener determinados cambios sociales, como el reflejo normativo de ideologías y esquemas valorativos dominantes y como objeto de embates de diferentes grupos de presión e interés, y acotado por determinadas circunstancias políticas, económicas y sociales.

En tanto producto de la realidad social, el Derecho es objeto natural de estudio por parte de antropólogos, economistas, cientistas políticos, además de los sociólogos, como lo son también materia de sus análisis las eventuales transformaciones socioeconómicas que el Derecho en acción cause. En este punto hay una profunda discrepancia con los juristas dogmáticos, que preconizan el aislamiento intelectual de su disciplina, con carácter monista y autosuficiente (“Ciencia del Derecho”). Sin embargo los sociólogos del Derecho no se oponen a la construcción de una o múltiples teorías normativas, en la medida en que éstas no se alejen de la realidad social y de las variadas influencias que esa realidad ejerce sobre lo jurídico. Es más, *“la afirmación de una postura científica de la ciencia del Derecho (que puede*

aceptarse o rechazarse de acuerdo con la posición que asuma el jurista) no es más que un dato de la realidad para el sociólogo, pero no es un postulado metodológico. Le servirá, seguramente, para fundar algunas hipótesis sobre la ideología científica de juristas y jueces, pero no para condicionar en un marco de hierro sus propias posibilidades” (Fucito, 1993).

Así concebido, el enfoque sociológico, en tanto multi e interdisciplinario, enriquecería el abordaje del fenómeno jurídico, ampliando sus fronteras de conocimiento, pues sus herramientas y objetos de estudio trascienden la mera existencia del orden jurídico en abstracto, permite identificar e interpretar sus cambios de sentido y alcances con el transcurso del tiempo, y a los distintos intereses temporales que puede representar... Hasta evaluar en su contexto las “modas” o escuelas intelectuales de interpretación.

El *enfoque sociológico* parte del presupuesto básico que el Derecho y las instituciones jurídicas influyen y son, al mismo tiempo, influidas por las condiciones sociales que las rodean. Se evidencia el orden jurídico como un fenómeno social (hecho social, acción social, modelo de conducta) que se explica dentro del contexto normativo genérico al que una cultura concreta atribuye significados y determina las funciones que cumple. Desde el punto de vista descriptivo aparece como la expresión normativa de un grupo dominante (por vías institucionales legítimas o de hecho) de un aparato estatal o de factores privados de poder, en una circunstancia histórica determinada.

Recordábamos también que las corrientes jurídicas tradicionales han enfrentado el enfoque sociológico como “destructor del Derecho” (Fucito, 1993), so pretexto que el análisis por él efectuado lleva a poner en entredicho la pretensión de toda norma positiva de constituirse en principio regulador de conductas o valoraciones. Así, la condena al “sociologismo” efectuada desde la doctrina y los tribunales (en especial las Cortes Supremas de origen político), se basa en el constructo de raíz ideológica y dogmática acerca del carácter técnico-formal del Derecho, creándose una falsa antinomia entre éste y el pensamiento sociológico, condena que a pesar de su inconsistencia fáctica o experimental es divisoria de aguas entre nosotros.

La Sociología del Derecho dirige su preocupación a fenómenos tales como la naturaleza de la autoridad legítima, del poder y del control social (y sus excesos), el pensamiento dominante y la ideología como generadores e intérpretes del Derecho, las bases sociales del constitucionalismo, la evolución de los derechos humanos y la relación entre competencias públicas y facultades o necesidades privadas. Según la extensión del análisis efectuado, el método sociológico pondrá en evidencia los

intereses en juego que operan sobre lo jurídico, de lo que suele resultar su carácter políticamente incorrecto e institucionalmente perturbador para los ocasionales detentadores del poder y los juristas de profesión (doctrinarios, jueces, abogados)...

No menos importante resultó la investigación sociológica aplicada a los agentes sociales vinculados a la creación y aplicación del Derecho, en especial, el caso de Tribunales colegiados y jueces individuales.

La importancia del tema radica en que todas las complejas comunidades políticas modernas, todas aquellas del pasado de las que existen testimonios históricos escritos, así como todas las sociedades contemporáneas primitivas y subdesarrolladas, se basan en unos *procesos de jurisdicción* cuya dirección se encomienda a funcionarios especializados o legitimados (jueces, *shamanes*...), como técnica principal para resolver conflictos entre individuos o grupos, a fin que se consiga la máxima aquiescencia por parte de los afectados por las disputas, al propio tiempo que se reduzca al mínimo el recurso de la fuerza y de la violencia por parte de los litigantes y sus aliados.

Por tanto, la manera en que están estructurados tales procesos, la forma en que funcionan y los posibles efectos sobre sus resultados, son cuestiones importantes de la teoría y de la práctica político-social. Las comunidades políticas desde la Ilustración, intentan proteger a los funcionarios legítimos que intervienen en los procesos jurisdiccionales mediante la implantación de normas, ritos y lenguajes secretos que tienen por objeto ampararlos de la curiosidad, el conocimiento y las eventuales presiones del público en general.

Tanto en Estados Unidos como la Europa occidental, la *mística de la jurisdicción* se enseorea de tribunales y jueces. Como consecuencia directa, los intentos para estudiar las instituciones judiciales sobre la base de las categorías, los conceptos y las justificaciones formales que constituyen los elementos centrales del proceso judicial, han hecho más difícil la comprensión del objeto de estudio (Schubert, 1974).

Mientras la ciencia social se limitó, en su examen de la gestión de tribunales y jueces, al sistema filosófico de la lógica aristotélica, al método histórico de cotejar el contenido expreso de los documentos jurídicos, a la teoría jurídica del positivismo y al empirismo de la ciencia política -circunscripta a su vez al análisis institucional- existieron posibilidades limitadas de adquirir sobre aquéllos un conocimiento que fuese más allá de la repetición de los ritos, los símbolos del estatus y del lenguaje formal empleado por los propios jueces para la interpretación del derecho positivo.

Con posterioridad se aplicó, sobre todo en Estados Unidos, país pionero en la investigación del accionar judicial, el enfoque *behaviorista* (o “conductista”: análisis de las conductas de los sujetos) al derecho público, mirada que si bien se basa en el saber tradicional, pretende verificar su eficacia y validez al centrar su atención en las *características humanas* de los jueces como agentes decisorios. A ello siguieron los *enfoques estructuralistas* de Parsons y sus seguidores de la escuela sociológica norteamericana de mediados del siglo XX.

De tal modo, en los países angloparlantes y de la Europa Occidental, se avanzó en el pasado siglo XX para la comprensión del accionar judicial porque se realizaron variadas investigaciones tomando a los magistrados desde su triple rol de: a) personas individuales; b) como miembros de grupos sociales y c) como actores en los sistemas sociales.

El propósito del estudio del comportamiento judicial fue entonces en estas comunidades adquirir un conocimiento válido, veraz y preciso acerca del modo en que se ajustan y/o desvían las acciones de los jueces respecto de las expectativas sociales que constituyen el contenido sustantivo de las normas que definen los ideales del sistema judicial. Ello demostró la necesidad de analizar no solamente *quiénes* son los jueces, *qué hacen y cómo y cuándo actúan*, sino también *porqué* adoptan sus decisiones del modo en que lo hacen.

En los países de origen anglosajón, virtualmente desde principios del siglo XX y en los restantes de la Europa Occidental, a partir de la década de 1920, se generalizaron los estudios y los enfoques teóricos acerca de los fines y los métodos de estudio del comportamiento judicial como una herramienta imprescindible del área del comportamiento político y de la comprensión del estamento más vinculado a la última defensa de los derechos de los ciudadanos y las instituciones sociales.

En estas comunidades, *circa* 1960, los resultados de las investigaciones sobre el comportamiento judicial demostraron que se estaba ante una tendencia perdurable en los países desarrollados. Tal conducta no se ha evidenciado, es lamentable decirlo, todavía entre los argentinos; por lo menos en un modo que permita generar esperanzas acerca de cambios en el comportamiento de los jueces respecto al tradicional y, simétricamente, un cambio en la percepción, predominantemente disvaliosa, que una gran masa de justiciables tiene acerca de la conducta, eficacia e imparcialidad de los integrantes del Poder Judicial.

Para demostrar los antecedentes de investigaciones teóricas respecto del tema, hemos de efectuar una escueta reseña de algunos de los trabajos más relevantes concretados en el país pionero en este aspecto (los Estados Unidos), hasta 1970, ya que los estudios posteriores concretados en éste y los demás países, abarcan una riqueza y variedad de temas cuya mera enumeración escapa a nuestras posibilidades de síntesis.

La mayoría de los estudiosos están de acuerdo en que el ensayo clásico sobre el comportamiento judicial es el de Charles Grove Haines (1922, *General observations on the effects of personal, political and economic influences in the decisions of judges*, "Illinois Law Review", 17:96-116), quien supervisó las investigaciones empíricas, iniciadas en 1914, sobre las variaciones de las sentencias de los magistrados en los tribunales de la ciudad de Nueva York y sugirió el papel, probablemente crucial, de las variables sociales y psicológicas que influyen sobre las decisiones judiciales.

En 1933, Rodney Mott, Spencer Albright y Helen Semmerling publicaron un informe (*Judicial personnel*, *American Academy of Political and Social Science*, "Annals" 167:143-155) basado en una investigación en la que habían reunido datos descriptivos, mediante un muestreo a nivel nacional sobre los jueces estatales de Norteamérica, que ponía de manifiesto 16 características cuantificables (entre las que se pueden mencionar "asistencia a determinada facultad de Derecho", "número de asociaciones profesionales a las que pertenecía el juez", "tamaño de la ciudad natal del juez", etc.)

Poco después, también Mott (1936, "*Judicial influence*", *American Political Science Review*, 30:295-315) elaboró una amplia muestra sobre la reputación profesional de los tribunales supremo federal y estatales. Para ello utilizó índices como las opiniones de los profesores de Derecho, realizando un análisis sociométrico de la frecuencia con que los tribunales supremos estatales se citaban mutuamente y eran citados por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Frederick J. Gaudet (1938, "*Individual differences in the sentencing tendencies of judges*", *Archives of Psychology*, 32, N° 230) completó los datos sobre los magistrados de Nueva York con sus propios estudios sobre las variaciones individuales en el comportamiento de los jueces al dictar sentencia.

Un desarrollo muy diferente, fuertemente influido por la psicología de Freud, fue el iniciado por unos cuantos destacados juristas, en especial Harold Lasswell, que

publicó estudios de casos psiquiátricos de tres tipos de jueces (1948, *"Power and personality"*, Norton, New York, pp. 64.8).

Otro camino distinto fue iniciado por Félix S. Cohen (1935, *"Transcendental nonsense and the functional approach"*, Columbia Law Review, 35:809-849). Una jurisprudencia auténticamente realista, al decir de Cohen, debiera enraizarse con la teoría sociológica, pues cada decisión judicial es un acontecimiento social y sólo puede entenderse en virtud de la compleja red de influencias que la ha producido, así como en la igualmente compleja serie de consecuencias que produce.

También fue de gran significación un estudio del politólogo C. Herman Pritchett (1948, *"The Roosevelt Court: a study in judicial politics and values, 1937-1947"*, Octagon Books, New York), acerca de la relación entre los grupos pequeños y las actitudes políticas de los magistrados del Tribunal Supremo de los Estados Unidos durante el decenio siguiente al intento de F.D.Roosevelt de "dominar al tribunal" con una mayoría de magistrados de su elección (antecedente del caso Menem en Argentina hacia 1990). Pritchett recurrió a una variante del método de análisis de agregados para investigar el comportamiento del voto disidente de los magistrados. Realizó un examen por separado de sus votos en materias fundamentales (tales como libertades individuales, derechos civiles de los acusados y regulación gubernamental de la industria y el trabajo), y de esta forma pudo demostrar que el tribunal se dividía siempre en dos bloques: liberales y conservadores. Además, al extender su análisis del acuerdo diádico en la disensión entre los cinco períodos electorales anteriores a la reforma de 1937, pudo demostrar que tales bloques se daban tanto cuando el tribunal estaba dominado por una mayoría conservadora como cuando, más tarde, el proceso decisorio estaba controlado por una mayoría más liberal.

Elaboraciones dignas de mención sobre el análisis del comportamiento judicial son: el estudio de campo de Jack W. Peltason (1961, *"Fifty-eight lonely men: southern federal judges and school desegregation"*, Harcourt, New York), sobre el papel de los jueces de los distritos federales para dar cumplimiento a la decisión del Tribunal Supremo sobre integración racial en las escuelas; o el estudio de David J. Danelski (1965, *"A Supreme Court Justice is appointed"*, Random House, New York) sobre el complejo juego de intereses e influencias que pesan en la elección de un magistrado.

Una investigación empírica sobre las investigaciones de los grupos de presión que se inmiscuyen en el proceso judicial fue también emprendida por politólogos como Clement Vose (1959, *"Caucasians only: the Supreme Court, the NAACP, and the restrictive covenant cases"*, Berkeley: Univ. of California Press) sobre el éxito de la

campaña de la Asociación Nacional para el Progreso de la Gente de Color (NAACP) para inducir al Tribunal Supremo de los Estados Unidos a que facilitara el acceso de los negros a las viviendas urbanas.

Los ya citados Haines y Mott han sugerido que el estudio de las características del medio del que proceden los jueces podría ser especialmente valioso para conocer las bases que determinan la decisión judicial, siempre que tales datos pudieran ser cuantificados y reunidos sistemáticamente para conjuntos de jueces y siempre también que pudieran desarrollarse teorías y métodos para demostrar la influencia de tales características sobre el comportamiento decisorio de los jueces.

Stuart S. Nagel (1962, "*Testing relations between judicial characteristics and judicial decision-making*", *Western Political Quarterly*, 15:425-437) investigó la relación entre las actitudes judiciales y los antecedentes personales. Encontró, por ejemplo, que los jueces demócratas votaban más liberalmente que los jueces republicanos, y los jueces católicos, más liberalmente que los protestantes. John R. Schmidhauser (1962, "*Stare decisis. Dissent and the background of the justices of the Supreme Court of the United States*", *University of Toronto Law Journal*, 14:194-212), presentó un informe sobre un estudio de los magistrados del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el que investigó la interrelación entre media docena de variables (afiliación a un partido político, experiencia judicial previa, experiencia como abogado de una compañía, estatus socioeconómico paterno-familiar, tradición familiar de haber pertenecido al servicio judicial y procedencia geográfica) y dos variables relativas a sus decisiones (adhesión a los precedentes jurisprudenciales y tendencia a la disensión).

Eloise C. Snyder (1958, "*The Supreme Court as a small group*", *Social Forces*, 36:232-238) estudió las diferencias y cambios ideológicos entre magistrados del Tribunal Supremo sobre la base de un muestreo de casos en relación con la interpretación por el tribunal de las enmiendas a la Constitución. Sidney S. Ulmer (1965, "*Toward a theory of sub-group formation in the United States Supreme Court*", *Journal of Politics*, 27:133-152) posteriormente realizó un estudio algo más perfeccionado sobre el mismo tema, utilizando como datos todas las votaciones de las decisiones, acompañados de opiniones, durante los períodos judiciales de 1946-1961.

Spaeth, colaborador en la obra dirigida por Glendon Schubert (1963, "*Judicial decision-making*", *International yearbook of political behavior research*, Cap. 4, Vol. 4, Free Press, New York), afirmó tras su pesquisa que los magistrados que demostraban simpatías por los trabajadores, evidenciaban correlativa antipatía por las empresas, y que muchas supuestas variantes legales (como el federalismo y la presunción de

verosimilitud de las actuaciones administrativas) tenían aparentemente poca o ninguna influencia sobre el comportamiento de los magistrados a la hora de sentenciar, cuando se les pedía que resolvieran casos que implicaban cuestiones de liberalismo económico.

De tal modo, trabajos como los comentados, que desde casi un siglo se vienen desarrollando en Estados Unidos y a partir de la década de 1920 en Inglaterra y los países de su área de influencia (Australia, Canadá), Francia, Japón, Italia y Escandinavia sobre todo, enriquecen el conocimiento de las respectivas magistraturas acerca de sí mismas y el del público en general, constituyen herramientas válidas para mejorar la eficacia y la naturaleza de sus decisiones y elevan la imagen pública de los jueces. Por otra parte demuestran la variedad y riqueza temática que la investigación antro-po-sociológica acerca de la actividad judicial proporciona.

Una síntesis de los métodos de investigación del comportamiento judicial actuales indica que ellos podrían agruparse adecuadamente en dos grandes grupos:

a) La *psicología freudiana*, la *antropología* y la *sociología* son quizás menos rigurosas y más flexibles en sus teorías y métodos y pueden caracterizarse por centrar su atención en los atributos judiciales: los factores ambientales que afectan las creencias y las actitudes de los jueces y, por lo tanto, los procesos decisorios de los tribunales; suelen emplear técnicas llamadas blandas (descriptivas, exploratorias, entrevistas, encuestas, etc.);

b) La *psicología social*, la *psicometría*, la *econometría* y la *estadística* son más rigurosas y se concentran en el proceso decisorio en sí, es decir, cómo y porqué los jueces toman sus decisiones (se basan en técnicas duras: en estadísticas, muestreos, series de variables matemáticas, definición y adscripción a tipos fijos y predefinidos de fenómenos, medición por escalas, etc.)

Lamentablemente, reiteramos, en Argentina se ha elaborado virtualmente poco y nada acerca de los temas mencionados, como para nosotros es notorio (son muy interesantes y pioneras al respecto las investigaciones de Vasilachis de Gialdino en 1992 acerca del lenguaje y la estructura de ciertas decisiones judiciales).

Se debe destacar también, por su seriedad, una larga investigación efectuada por el Profesor de Sociología del Derecho, Dr. Felipe Fucito, a partir de 1995 por encargo del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, titulada "*El Perfil del Abogado de la Provincia de Buenos Aires*", en tres tomos, que contiene interesantes aspectos y evaluaciones cuali-cuantitativas acerca del rol judicial. Con posterioridad Fucito

completó su tarea con un segundo trabajo, *“El Abogado desde la perspectiva judicial”* (1999), donde el autor del presente fue encuestado en su entonces función de juez.

La *Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales (CIJUSO)* en adelante), vinculada al Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, realizó una *“Investigación sobre la situación del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires”*, (La Plata, 2002), que abarca a su vez dos temas: *“Visión crítica de las pautas explícitas de la Administración de Justicia Bonaerense”*, del que es autor Adolfo A. Aguiar y *“Diagnóstico de situación del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires”*, un informe de una investigación efectuada en conjunto por *CIJUSO* y el *FORES (Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia)*, entidad esta última que tuvo mucha notoriedad y prensa durante la última dictadura militar en sus trabajos sobre el sistema judicial y cuyos antecedentes ideológicos, imparcialidad científica, enfoques economicistas y de *“management”* acerca del servicio de administración de justicia nos generan profundas reservas.

También se tuvo acceso a un trabajo de *UBACYT-CONICET*, dirigido por la Dra. Piaggi de Vanossi titulado *“Poder Judicial y competitividad en la Argentina”* centrado más que nada en los costos económicos de las decisiones judiciales.

Como cita de cierre, una recopilación estadística de fuente oficial (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires) llamada *“El Poder Judicial en cifras”*, publicada en La Plata, año 2000, da una visión preponderantemente cuantitativa del desempeño judicial en el primer distrito judicial argentino, de la que se puede extraer el comportamiento estadístico y global del fuero del Trabajo durante la década de 1990/1999.

ii. Categorías habituales empleadas por las escuelas sociológico-jurídicas.

Para las escuelas sociológico-jurídicas, profundamente ligado al concepto del Derecho, está el de **control social**, el que puede ser entendido como la totalidad de las sanciones positivas o negativas a las que recurre una sociedad para asegurar la conformidad de las conductas a los modelos establecidos, según la concepción del sociólogo norteamericano Edward Ross (1901).

Una sociedad sin control social equivale a una sociedad sin normas (y por ende, a-cultural) y ello no es concebible porque no sería sociedad ante la ausencia de reglas vinculantes entre sus miembros. Todos los sistemas políticos, económicos y jurídicos (además de los religiosos, los tradicionales, los mágicos), se han valido de algún mecanismo cohesionante de control para subsistir. Todos también, han sido incapaces

de eliminar márgenes más o menos amplios de **desviación**, que los llevaron a contener transitoriamente el cambio social o, por el contrario, desaparecer con cierta rapidez absorbidos por otras estructuras de mayor dinámica transformadora.

El término “control social” comprende dos conceptos: el primero, teñido de diversas connotaciones ideológicas (muchas veces disvaliosas, desde el *estereotipo* o el *prejuicio*) y el segundo, de mayor vaguedad e indeterminación, situación que ha generado a su vez muchas posturas en torno a sus significados. Sólo el concepto de “control” en el discurso de las ciencias sociales se muestra inescindible del contexto político y su aparato ideológico subyacente vinculado al entorno donde es formulado.

Así, según el idioma donde se emplea, “control” puede tener un sentido positivo (dominio o manejo de alguna cosa o situación, en inglés) o peyorativo (vigilancia, como en francés). De no precisarse sus alcances, generamos polisemia con un fenómeno que se observa en toda sociedad, institución o grupo, como el dominio, vigilancia y contención que individuos o clases preeminentes practican en un colectivo determinado para perpetuarse o asegurar funcionalmente la coherencia y consecución de los fines que interpretan como propios o necesarios para el funcionamiento de dicho colectivo.

El binomio semántico *control-social* es esencialmente de origen y desarrollo norteamericano, aunque algunos sociólogos europeos (vgr. Durkheim) emplearon términos de contenido equivalente como *conscience collective*. A partir de Parsons, hacia la mitad del siglo XX, el concepto del control social queda por lo general limitado al control de la desviación.

Si bien el Derecho obra en la práctica como un mecanismo de control social, este último concepto es de contenido mucho más amplio y excede la mera posibilidad de coacción jurídica. Las pautas culturales, religiosas, los usos y costumbres implican generalmente modos sutiles o expresos de coacción sobre los individuos y los grupos. Desde otro punto de vista, una norma jurídica puede ser inefectiva de modo tal que sus infractores no reciban sanción alguna; por ejemplo, si los usos y costumbres de una determinada colectividad, determinan que a pesar de las sanciones jurídicas prescriptas por violar la ley, su cumplimiento podría acarrear perjuicios sociales mayores (vgr. los comerciantes evasores tienen costos más competitivos que sus rivales que tributan todo lo establecido, por ello la compulsión social a evadir), la norma o costumbre social puede primar –y de hecho lo hace en innúmeros casos– sobre el temor a sanciones jurídicas.

Muchas formas de deterioro o devaluación del orden jurídico vigente comprueban los estudios sociológicos, además de las mencionadas costumbres derogatorias: el sistema de administración de justicia moroso e ineficaz (proclive a la impunidad de los infractores, sobre todo si son agentes sociales con autoridad o poder), la inacción institucionalizada de las organizaciones policial y de la administración pública, la resignación –o impotencia- sociales ante casos de corrupción e incompetencia de las élites dirigenciales, el fundamentalismo religioso o sectario que contradice a las leyes, prejuicios extendidos (como considerar delincuente o, por el contrario, víctima de la discriminación, a todo procesado sin sentencia definitiva). En general, las variadas maneras en que normas efectivas provenientes de otros subsistemas de control social se sobreponen e imponen, de manera subrepticia u ostensible, a las normas jurídicas “coactivas”.

Otro de los términos usuales por las escuelas sociológicas es **pensamiento**, cuyo significado es el de aquel tipo de conocimiento que permite al hombre una *aprehensión intelectual de la realidad*. Difiere así de la aprehensión sensorial y perceptiva, intuitiva, ya que éstas proporcionan una imagen limitada, parcial o meramente subjetiva del mundo. En este modo, el pensamiento es ante todo un proceso de tipo funcional, presente en la indagación y resolución de problemas y en todo tipo de actividad psicológica que comporte un fin. *Busca proporcionar una visión coherente y ordenada de los objetos y relaciones existentes en el mundo*.

Siguiendo con los términos de uso habitual, los sociólogos jurídicos hacen referencia de continuo al concepto de **poder** (Labourdette, I y II), empleado de tres modos distintos: a) como *potestad*, en sus dos vertientes y b) como *función*.

El **poder-potestad**, en una *concepción restringida*, podría ser entendido como: *la capacidad reconocida al Estado de adoptar y ejecutar decisiones diferenciadas de todo juicio moral o de valor, que resultan vinculantes para todos los integrantes de ese Estado*. En su *concepción amplia*, el poder-potestad puede ser visto como *la probabilidad que un actor implicado en una relación social esté capacitado para conseguir lo que quiere contra toda resistencia que se le oponga, cualquiera que fuere la base sobre la que se funde esa probabilidad*. O en un sentido todavía más amplio, como la posibilidad de obtener la producción de efectos deseados (Russell, 1939) Este último sentido es aplicable a todos quienes detentan esta aptitud (de manera informal o de hecho) respecto de los demás: los grandes grupos económicos y mediáticos, las mafias, terroristas, paramilitares y parapoliciales, las confesiones religiosas y sectas mesiánico-mediáticas, los empleadores sobre sus trabajadores dependientes, etc.

El poder no es algo estático, que se posea de manera virtual. Es una consecuencia de las relaciones, de la interacción social. No es concebible un poder que no esté relacionado con otras personas, otras cosas, otras instituciones.

Sus características definitorias, en esta concepción, serían:

- a) Es de naturaleza social;
- b) Implica una relación no igualitaria de dominante a dominado;
- c) El sujeto pasivo del poder debe obediencia al sujeto activo, sea ésta forzada, inducida-tolerada o aceptada;
- d) Supone la voluntad efectiva de su ejercicio;
- e) Se distingue por la posibilidad de sanciones positivas (castigos) o negativas (omisión de beneficios).

En muchas ocasiones no se evidencia pero se le reconoce en la posibilidad de su ejercicio, en el “temor reverencial” que genera en los sujetos pasivos para establecer determinadas conductas esperada o meramente *esperables*.

Desde este punto de abordaje el Derecho aparece, al decir de Kahn-Freund, como una técnica de regulación del poder social. Se verifica que en su concepción amplia, el poder está muy desigualmente distribuido en la sociedad y bajo el discurso o paraguas habitual de protección del individuo del común (aceptado de manera a-crítica por la mayoría de las escuelas jurídicas), es menester que sea objeto de la más eficaz regulación normativa posible. El poder es también una relación de fuerza en sí misma, una estructura de sometimiento que se caracteriza por ser lo que reprime (Foucault) por medio de su instrumento más perfeccionado: el Derecho. En este orden de ideas, el Derecho legitima o reproduce las relaciones de fuerza, de sometimiento o de dependencia que tienen al poder como antecedente fáctico (ver Gianibelli, “Materiales”, 2006).

La fuente del poder estatal, público o limitado (en principio) es el concepto de **legitimidad**, entendido por Weber como *el fundamento de aceptación (consenso) por una población de una determinada forma política y sistema de gobierno*. La legitimidad así concebida ofrece un pretexto y justificación a la existencia del Estado y, además de lo anterior, convalida tanto la implantación en el Estado de órdenes y jerarquías sociales específicos, cuanto la de los medios de mantenerlos.

La noción de poder-potestad suele ser confundida muchas veces con la de **autoridad**. Como *autoridad* entiende Max Weber a “la probabilidad que un orden

poseedor de un cierto contenido específico obtenga la obediencia de un cierto grupo de personas". La autoridad así se distingue del poder. Mientras el poder se halla en relación con la persona, la autoridad está vinculada con el puesto ocupado o al rol desempeñado en una organización social.

El mayor disparador estructural de los conflictos sociales se halla en la desigual distribución de la autoridad entre las personas y los grupos. Por consiguiente, entre las personas y entre los grupos, hay siempre relaciones basadas en la oposición *dominación-sujeción*.

A consecuencia de lo anterior, se observa el fenómeno de la *distribución dicotómica de la autoridad*. Si bien la riqueza, como la autoridad, está desigualmente repartida en la sociedad, pero aunque poco, todos poseen al menos algo. En la autoridad, en cambio, sólo algunos la detentan y la inmensa mayoría de los agentes sociales carecen de la misma (distribución dicotómica).

Por acción de este fenómeno se producen necesariamente conflictos de intereses entre quienes están sujetos a tal autoridad y quienes la detentan. Los que ocupan puestos con autoridad tienen en común intereses que no pueden compartir quienes son subordinados de ella; e, inversamente, los que están situados en una posición de sujeción comparten determinados intereses por el mismo hecho de su estado de dependencia. De tal modo el conflicto de intereses surge por oposición de los mismos: el principal valor común a todos los que mandan es la *preservación del statu quo*, mientras que el principal interés compartido de quienes soportan la autoridad es su *destrucción, morigeración, compartirla o sustituirla por la propia*. En síntesis, por ser la autoridad un elemento esencial de la organización social, cabe admitir que el conflicto estará siempre presente en el devenir social. De acuerdo a esta visión, *la persistencia del conflicto en la vida social se explicaría pues por el origen estructural del mismo* (Andino, 2005. Pedimos disculpas por la inmodestia de la auto-referencia).

En lo institucional, y a fin de evitar concentraciones excesivas que deriven en autoritarismos o tiranías, el ejercicio de esa suprema facultad (nos referimos al poder-potestad de naturaleza política) se divide, para su ejercicio, en tres organizaciones llamadas también de manera corriente *Poderes* (tercera acepción que emplearemos, ***poder-función***, que para distinguirla de las anteriores se iniciará siempre con letra mayúscula), *Poderes* a los que suele concebírseles como teóricamente equilibrados, contrapesados y controlados los unos por los otros; siendo además formalmente independientes cada uno de la influencia de los demás, salvo las causales de

recíproca injerencia establecidas en la ley suprema organizativa de ese Estado (habitualmente una Constitución escrita).

Este esquema integra el paradigma o doctrina clásica de la “*separación de Poderes del Estado*”, que desde los desarrollos teóricos de Montesquieu (“*El espíritu de las Leyes*”) y Tocqueville (“*Democracia en América*”) se constituye en la base de la organización de las funciones de los estados democráticos modernos. Se lo ha considerado imprescindible como requisito dogmático para la conservación de adecuados márgenes de libertad en la sociedad política.

En la cultura política de Occidente estos Poderes suelen denominarse:

a) *Ejecutivo* (que habitualmente administra los recursos y ejecuta las políticas públicas del Estado);

b) *Legislativo* (quien adopta las normas jurídicas obligatorias a que se ajustarán las autoridades del propio Estado y los habitantes e instituciones privadas actuantes en esa comunidad política) y

c) *Judicial* (un grupo seleccionado y especializado de juristas –jueces- quien resuelve, aplicando normas jurídicas estructurales y procedimentales preestablecidas, los conflictos suscitados entre particulares o entre éstos y el Estado, detentando el monopolio de la violencia legítima).

De tal modo, la distinción fundamental entre los tres Poderes viene dada en que las conductas del Legislativo y Ejecutivo suelen fundarse en consideraciones de naturaleza de política y de poder-potestad, mientras que el accionar del Judicial se guía (o debiera hacerlo únicamente) por consideraciones reglamentadas y racionales o razonadas.

iii. Nociones acerca de métodos de investigación sociológicos.

Hablamos de las diferencias en los modos de abordaje y de la temática que separa a los juristas de los sociólogos del Derecho. Otra distinción radica en los *métodos de investigación* acerca del fenómeno normativo que emplean unos y otros especialistas.

El objeto de estudio del Derecho son las normas, a través de su interpretación literal o textual, neutral en lo ideológico, semántica, exegética, predictiva, comparativa con otras normas vinculadas, de la “intención del legislador”, o según su sentido histórico acorde a la escuela elegida, excluyendo toda referencia al entorno de aplicación y purificada de todo factor extraño al orden jurídico positivo.

El sociólogo jurídico, acorde al cuadro desarrollado en el apartado 3A, para desentrañar el sentido, la eficacia, el consenso y la validez de las normas, considera y estudia el efecto que sobre un orden legal determinado, ejercen los valores, el compatibilidad o desajuste de la conducta de los agentes sociales con las prescriptas por dicho ordenamiento, los significados que un determinado estadio cultural proporcionan para la elaboración del Derecho en esa sociedad, el desarrollo y calidad de sus instituciones, la naturaleza y extensión de los conflictos, la eficacia de los procesos de jurisdicción para dirimirlos, en otros. Para ello recurre a determinados métodos de investigación, que ahora habremos de explicitar en sus características generales (Hernández Sampieri, 2001).

Los **pasos de investigación social** aplicados en forma habitual por la sociología jurídica son:

a) Como prolegómeno a todo proceso de investigación, muchos especialistas recurren a la elaboración de un **“marco teórico”**, esto es la superestructura científica elegida como guía del proceso de investigación (o conjunto de conceptos relacionados que busquen representar la naturaleza de un fenómeno, identificando y explicando las relaciones entre sus variables, por medio de proposiciones semejantes a leyes científicas). Con ello se pretende salvar críticas o prevenir errores que pudieren haber cometido estudios anteriores, orientar al investigador acerca de la manera más adecuada para realizar su cometido, guiar el proceso para evitar desvíos o errores de “sesgo”, ayudar a formular hipótesis que habrán de ser verificadas con el resultado del trabajo y proveer de una estructura referencial para interpretar los resultados obtenidos (técnica explicativa), sistematizando u ordenando los datos obtenidos.

Hay quienes objetan este paso pues consideran, como defectos del “marco teórico”, que la elección de tal modelo es meramente subjetiva del investigador, al haber esquemas conceptuales antagónicos, parciales o meramente especulativos; que ello condiciona los alcances del resultado a los límites ideales elegidos. No obstante, el autor considera, al haber tenido alguna práctica en indagaciones socio-jurídicas, que las ventajas de tal modelo previo son muy superiores a sus inconvenientes, en la medida que la experiencia del investigador le permita comprender los alcances del marco elegido, superando –de ser necesario- sus carencias.

Las condiciones prácticas para elegir un determinado marco teórico serían:

- 1) Su capacidad de abordaje, descripción, explicación y eventual predicción del fenómeno investigado;
- 2) Su consistencia lógica, que no exhiba contradicciones;
- 3) La perspectiva de admitir la mayor cantidad de aplicaciones posibles;
- 4) Su aptitud para generar nuevos interrogantes y descubrimientos (fructificación o heurística);
- 5) Que fuere lo más simple y sencillo posible (que impida divagaciones que alejen del objeto de estudio).

b) Elegido el marco teórico, el paso siguiente suele ser establecer el **tipo de investigación a realizar**, en sus **variables de exploratoria, descriptiva, correlacional o explicativa**. Nos inclinamos por una investigación exploratoria en los casos de indagar temas o fenómenos poco estudiados o sin antecedentes anteriores. Los estudios descriptivos miden de manera laxa y sin establecer relaciones los conceptos o variables a los que se refieren; se interesan más en mostrar magnitudes que estructuras de los fenómenos investigados. En cambio, los llamados estudios correlacionales buscan establecer las relaciones o vínculos existentes entre las variables vinculadas a un determinado fenómeno y, conociendo el comportamiento de tales variables predecir la ocurrencia del fenómeno. Finalmente, los estudios explicativos indagan las causas de los eventos físicos o sociales; es el tipo de investigación más estructurada y con mayor pretensión global de entendimiento del fenómeno explorado. Una investigación cualesquiera, puede incluir –sin embargo- cualquiera o varios de los tipos descriptos.

Los métodos incluidos en cada tipo de investigación para satisfacer sus fines son de muy variada índole y su desarrollo excede el propósito de este trabajo. Enunciaremos, sin embargo, algunos de los más empleados y sus características principales:

* *Observación social en su variable de “estudio de casos”* (el método presupone que es posible conocer y explicar un fenómeno partiendo de la exploración intensiva de algunos casos involucrados por él). De acuerdo a la posición que ocupe el investigador respecto al caso tendremos la observación externa (el investigador es ajeno al fenómeno) o la observación “participante” (el observador se integra al fenómeno como un agente más del mismo). Para evitar “sesgar” los datos, en ambos casos el observador ha de evitar ver sólo aquello que concuerde con sus hipótesis explícitas o implícitas de investigación y habrá de consignar y evaluar *todos* los datos recogidos.

* La fuente de sus datos puede ser *secundaria* (proveniente de otros investigadores o autores) o *primaria* (recogida por sí mismo y en el lugar o ámbito de producción del fenómeno –estudios “de campo”-)

* Puede intentar indagar los datos la totalidad de los individuos o casos afectados por el fenómeno (*censo*) o tomar una parte representativa de ellos (*muestreo probabilístico y no probabilístico y las variantes de cada uno de ellos*).

* Puede recurrir a registrar las *opiniones personales de determinados individuos a través de encuestas de opinión abiertas o cerradas, “historias de vida” y, con especial valor para la sociología jurídica, en las decisiones de los jueces consignadas en sus fallos*.

* *La estadística de magnitudes sociales* (nivel de educación, tasas de natalidad, morbimortalidad y empleo, fecundidad, nupcialidad, ingresos, consumo), es otra de las herramientas más empleadas. En sociología jurídica son vitales las estadísticas acerca de conformidad (consenso) o desviación normativa (tasas de delincuencia, condenas e impunidad), litigiosidad, las vinculadas a la eficacia de determinadas normas respecto de sus fines declarados o de sistemas jurídicos comparados.

* *En lo concerniente al Derecho, un método específico consiste en el análisis de las decisiones judiciales, vinculándolas a la trayectoria previa de los magistrados integrantes del tribunal estudiado, sus antecedentes ideológicos, culturales, estudios anteriores, a fin de establecer relaciones entre las distintas variables y la tendencia de sus votos frente a determinados temas.*

iv. Breve digresión acerca del cambio social.

El Derecho, según la postura que se adopte intelectualmente frente a su esencia y contenido, puede verse como un factor retardatario, un factor que acompañe o, en fin, que acelere los *cambios sociales*. Llegó el momento entonces de referirnos a este último fenómeno que constituye un carácter distintivo de las épocas actuales (Rocher, 1996).

La experiencia histórica demuestra que las sociedades no se mantienen estáticas durante el transcurso del tiempo sino que se modifican por la acción de dos procesos: la evolución y el cambio. Por *evolución social* entendemos al conjunto de las

transformaciones que sufre una sociedad durante un largo período de tiempo, en el transcurso de varias generaciones, como tendencias estables a lo largo de décadas y que son imperceptibles cuando se toman períodos muy breves de tiempo de observación (Por ejemplo, para estar en condiciones de identificar evolución habría de analizarse la sociedad argentina desde 1816 a nuestros días).

El *cambio social* se observa en períodos muy breves de tiempo y en áreas geográficas o en marcos socioculturales mucho más pequeños (por ejemplo, el descubrimiento de oro en una aldea de montaña y las alteraciones que esto acarrea para la vida pueblerina).

La distinción puede hacerse asimismo desde otro punto de vista: si lo que se modifican son las *estructuras* fundantes de una sociedad (por ejemplo, la estructura estatal se hace más o menos importante o más o menos intervencionista), podemos hablar de *evolución*; si lo que varían son las *relaciones de equilibrio* entre los diferentes actores sociales (por ejemplo, aumenta el poder adquisitivo de las clases medias), estamos ante *cambio social*.

Sin embargo, no debe confundirse el cambio social con un mero *acontecimiento* (por ejemplo: una huelga o la muerte de un personaje), que puede –eso sí– ser parte elemental de un cambio social de más trascendencia, pero no lo constituye por sí mismo.

Todo cambio social es: I) necesariamente un fenómeno colectivo, II) que afecta la cultura de esa sociedad en mayor o menor medida, III) que es identificable en el tiempo con respecto a antecedentes anteriores, IV) que tiene cierta permanencia (no es una moda pasajera) y V) que tiene capacidad para alterar la historia o las tradiciones de la sociedad en la que se produce.

Tampoco debe confundirse la *acción histórica* (actividades destinadas a provocar, intensificar, frenar o impedir transformaciones de la organización, en todo o en parte), con el cambio social, que es el producto observable de la acción histórica, en la medida en que produzca modificaciones (por ejemplo una acción histórica tradicionalista o conservadora no produce, o simplemente retarda, los cambios sociales). Avanzando en el terreno de las precisiones, hay que mencionar la existencia de los factores, condiciones y agentes del cambio.

Factor de cambio es aquel hecho o fenómeno capaz por sí mismo de poner en marcha las condiciones para que se produzcan cambios sociales (por ejemplo, el descubrimiento de una nueva medicina para retardar el envejecimiento humano).

Las *condiciones*, a su vez, son los elementos del entorno capaz de favorecer, oponerse, retardar, anular, la influencia de uno o varios factores de cambio (por ejemplo, para el caso anterior, existencia de buenos planes de investigación de la salud pública e inversiones consiguientes). Condiciones y factores de cambio son fenómenos complementarios los unos de los otros.

Agentes del cambio son personas, grupos o entidades que se oponen, favorecen o inducen las transformaciones (en el caso anterior, existencia de investigadores, laboratorios o mecenas que aporten fondos a los fines mencionados).

Para que los cambios se produzcan o no, deben darse entonces la acción conjunta de tres elementos: que un grupo, estamento o sociedad obre como agente productor o retardatario, que las condiciones socioculturales estén dadas para ello y que coincidan al mismo tiempo los factores necesarios. La velocidad y permanencia de los cambios o el inmovilismo social estarán dados cuanto mayor fuere la correspondencia entre estos tres factores.

El análisis retrospectivo de los factores ha llevado a menudo a la mayoría de los sociólogos y estudiosos sociales a trasladar hacia el futuro las enseñanzas del pasado y de otros grupos o sociedades. De tal modo se formaron dos grandes corrientes analíticas: a) Quienes creen que es posible predecir la evolución de esas sociedades (llamadas corrientes de la *previsión*); b) Por el contrario, quienes sostienen que todas las sociedades poseen las características de un organismo vivo: nacen, crecen, entran en decadencia y, finalmente, mueren o desaparecen (corrientes del *profetismo*).

Lo que suele distinguir al profetismo es: a) Poseer una visión crítica de la sociedad o grupo estudiado; b) visión que suele basarse en los valores espirituales del investigador; c) por medio de un carácter voluntario o voluntarista, portador de una orientación determinada; d) por lo general, obtiene sus conclusiones con seguridad, sin admitir dudas; e) sus visiones son nítidamente pesimistas u optimistas, quietistas o dinámicas, acerca de la sociedad o grupo analizado.

Lo que caracteriza a las teorías sobre previsión es: a) Mirar al grupo estudiado desde una posición declaradamente neutra, meramente descriptiva; b) No efectuar valoraciones (esto es “bueno”, “peligroso”, “decadente”); c) Omitir toda posición voluntarista o determinista; d) Manejar conceptos de posibilidad o probabilidad; (suele ser relativista y no concluyente); e) Describir el futuro como cree que lo verán los investigadores del mañana.

Sin embargo, ambas visiones (profetismo y previsión), resultan complementarias y no distinguibles en muchas ocasiones. Estudian la naturaleza de los cambios sociales por medio de seis interrogantes principales:

1) *¿Qué es lo que cambia?* Pues en ninguna sociedad el cambio es total sino que mientras algunos sectores lo hacen aceleradamente, otros quedan virtualmente inmóviles.

2) *¿Cómo se opera el cambio?* Si es continuo, regular, discontinuo, factores que lo resisten, factores que lo aceleran.

3) *¿Con qué ritmo?* Si es progresivo, evolutivo o brutal y rápido.

4) *¿Cómo debe interpretárselo?* Es el proceso analítico de sus condiciones y factores.

5) *¿Cuáles son los agentes que impulsan el cambio?* Identificación de quienes promueven y quienes se oponen al cambio.

6) Evalúan, finalmente, la posibilidad de *prever* el curso futuro de los acontecimientos.

La consideración de todos estos problemas permite obtener conclusiones más o menos precisas acerca de la complejidad y alcances de los cambios sociales operados en el grupo o sociedad estudiados, y que naturalmente incidirán sobre el orden jurídico existente en ese medio social.

En lo que hace a la consideración de los factores dominantes del cambio social, se trata de un tema acerca del cual el debate de los científicos y sociólogos no ha terminado y que diera motivo al nacimiento de varias “escuelas” de pensamiento, según cuál o cuáles fuesen los factores a los que se les diera preponderancia. Por ejemplo: el medio físico, el desarrollo tecnológico, las estructuras de producción económica, el estado de los conocimientos, las creencias religiosas, etc. O, también desde otro punto de vista, agrupando de un lado los factores *estructurales*

(materiales), y por otro los *culturales* (espirituales). Y, como alternativa de síntesis: una conjunción de ambos...

En los tiempos que corren predomina en general un punto de vista multi-factorial y se sostiene que el cambio se produce por la acción de una *pluralidad de factores* cuya influencia varía en cada caso y sociedad en particular.

Tampoco los sociólogos están de acuerdo o han hallado un mecanismo para ponderar la incidencia de cada uno de los factores de una manera absoluta y universal, y dejan librado el tema a la experiencia de cada investigador. De tal modo, en lo que pareciera existir acuerdo sobre el punto, es estudiar de manera conjunta la interacción de los factores estructurales o materiales (demografía, tecnología, infraestructura económica) con los factores culturales (valores, creencias, ideologías), incluyendo el análisis de un caso particular, como es el de los *conflictos*.

Desarrollaremos brevemente las características esenciales de estos factores.

a) ***El factor demográfico o de población.***

En las sociedades pequeñas, (“tradicionales” o “cerradas”), cada familia era el grupo productor primario de la mayoría de los productos necesarios para su supervivencia, sobre todo alimentos y vestimentas. Cuando las poblaciones aumentan, se constata históricamente que la existencia de esas comunidades sólo es posible a condición de operarse una división de tareas, desarrollando la especialización y complementación de las actividades productivas y vinculación e interacción con comunidades vecinas.

De tal modo, el progreso de la llamada “división del trabajo” ha entrañado una transformación sustancial en la satisfacción de las necesidades sociales. Hoy se verifica que las regiones geográficas o sociedades nacionales producen sólo aquello en lo que tienen habilidades y costos competitivos y adquieren lo demás mediante comercio o intercambio con las regiones o naciones con mejores condiciones de provisión de los artículos que a los primeros les faltan.

La densidad demográfica provoca lo que el sociólogo francés Durkheim denominara la “densidad moral”. Al estar más próximos entre sí los hombres, sus relaciones se multiplican, diversifican e intensifican. El resultado es una estimulación general (competencia), una mayor creatividad y, consiguientemente, una elevación del nivel de

“civilización” de esa sociedad, producto de la intensificación de las interacciones de los individuos que componen ese grupo o sociedad. Al mejorar el nivel de civilización, se potencia el desarrollo económico, social y cultural de esa colectividad (*esta es una tesis que basa el progreso sólo en el aumento de la población, lo que se ha demostrado inexacto: por ejemplo los países asiáticos o africanos como Bangla Desh y Mozambique, superpoblados y pobres, debieran ser ricos y “civilizados”*).

Desde mediados del siglo XX se entiende que los beneficios del crecimiento demográfico son sólo posibles si ello va acompañado de factores *económicos* (la existencia de determinados recursos potenciales) y de factores *culturales* (capacidad de la población de aprender y desarrollar técnicas necesarias para generar “civilización” o progreso o bienes o acompañar los cambios operados). El progreso se evidencia cuando al crecimiento demográfico se agregan aumentos del producto nacional bruto por habitante y mejoras en la distribución del ingreso (disminuyen las diferencias entre quienes más ganan y menos ganan en esa sociedad). Esto se suele advertir cuando la sociedad entra en la etapa de consumo generalizado o “consumo de masas”.

b) ***El factor técnico.***

Por factor “técnico” debemos entender de manera muy amplia a los recursos inventados o desarrollados por el hombre para dominar la naturaleza y ponerla a su servicio (herramientas, máquinas, procedimientos de producción, técnicas financieras, descubrimientos y aplicaciones científicas) (Friedmann, 1966).

Cada etapa de la historia humana estuvo caracterizada por el predominio de un factor técnico, siendo ello mucho más evidente a partir de la llamada “Revolución Industrial”, que comenzó en Europa hacia mediados del siglo XVIII. Dicho de otra manera: a cada período de la historia de la tecnología empleada corresponde un tipo de sociedad y, más ampliamente, una auténtica civilización.

Hay cierto consenso en que la correspondencia entre los medios técnicos empleados y la civilización resultante puede agruparse en las siguientes etapas:

1) Era *litotécnica* (de lithos=piedra). Corresponde a las sociedades primitivas con herramientas elementales hechas de madera, huesos, piedra, pieles. La economía es local, de subsistencia. Los grupos dominantes son la familia y el clan. El gobierno está

en manos de “ancianos”, “sabios” o “shamanes”, y el pensamiento es predominantemente mágico. Hay gran cohesión comunitaria.

II) Era *antropotécnica* (de antropos= hombre). Se da el empleo de los metales para herramientas y armas y el trabajo humano vía esclavitud para aumentar la productividad de la agricultura, mejoran los medios de comunicación por empleo de carros y naves y comienza un incipiente comercio interregional por la venta de excedentes agrícolas. Aparecen las ciudades-estado y el pensamiento filosófico para separar lo mágico de la realidad.

III) Era *eotécnica* (de eolo=viento). En Occidente se dio entre los siglos X y XVIII. Hay empleo masivo del agua y el viento (molinos, navegación interoceánica a vela) y de animales para suplir el trabajo humano (bueyes, caballos, mulas) y los primeros inventos de utilidad universal: brújula, reloj, imprenta, que ejercen profunda influencia sobre la vida social. Pese a subsistir todavía una economía agraria comienza a aparecer el capitalismo comercial y acumulativo (bancos), la burguesía urbana y las corporaciones de artesanos; se debilita la concepción teológica y celestial del mundo en beneficio de la filosófica y terrenal; en lo político se asiste al auge y decadencia del feudalismo en beneficio de las monarquías absolutas y la formación de los estados nacionales.

IV) La era *paleotécnica* (o de la “revolución industrial”), se desarrolló entre mediados del siglo XVIII y comienzos del XX. Se potencia el desarrollo de las ciencias aplicadas, los inventos, las máquinas industriales y las técnicas de producción. El capitalismo financiero sustituye al comercial, teniendo como contrapartida la aparición del sindicalismo y los conflictos de clases sociales (propietarios/proletarios). El sector secundario de la economía (producción) sobrepasa al primario (tierras, cultivos, materias primas). Hay una expansión planetaria del conocimiento y la investigación científica. Aparecen y se extienden las grandes ideologías sociales: comunismo, socialismo, anarquismo, liberalismo, catolicismo social; el racionalismo infunde esperanzas acerca de la expansión indefinida del progreso, las libertades y los grandes íconos políticos (libertad, igualdad, fraternidad, democracia, mejora permanente en las condiciones de vida y los derechos del hombre-masa).

V) La era *neotécnica* (o actual) aparece con los fines de la primera Gran Guerra. Se descubren y explotan nuevas formas de energía (eléctrica, atómica, combustibles minerales), el esfuerzo humano es virtualmente reemplazado por la máquina, la

automatización y la cibernética, las grandes organizaciones monopolísticas y la intervención estatal suceden al capitalismo competitivo, la interpretación de la realidad del individuo es reemplazada por la construcción mediática, mientras decae el colonialismo político aumenta la dependencia económica y el atraso de los países periféricos de Asia, América Latina y África; aparece una nueva clase social: la de los excluidos del sistema socioeconómico; para los incluidos, se da la “sociedad de consumo”. En el terreno de las ideas, tras la hecatombe de las Guerras Mundiales y la difusión de los totalitarismos en buena parte del ecúmene, se difunde una vagarosa corriente (el posmodernismo), que entre otras posturas pregona la “muerte de las ideologías”, “el fin de la historia”, la crisis en la teoría del progreso indefinido y en el predominio de la racionalidad. Es el predominio de la *globalización*, la *individualidad light* y la construcción del sujeto desde la exterioridad de los medios.

De la breve síntesis efectuada, en todas estas etapas históricas, el factor técnico aparece como el conjunto de los modos de producción materiales y espirituales empleados por el ser humano para el aprovechamiento de la naturaleza con el fin de mejorar sus condiciones relativas de vida. En los tiempos actuales es un fenómeno clave que se hace sentir cada vez más profundamente en la evolución de las sociedades y –naturalmente- en uno de sus productos culturales, como lo es el Derecho.

Uno de los rasgos distintivos de la sociedad moderna es que está organizada en torno a la producción, al trabajo planificado y ordenado. Más aún, el trabajo en ella aparece como una variable bi-unívoca: quien tiene trabajo estable o con posibilidad de obtenerlo con rapidez está incluido en la valoración y consumo sociales, mientras que quien carece de él es un marginal en todos los aspectos (socioeconómicos, culturales, prospectivos). Esta significación es consecuencia directa de la transferencia de poder de las aristocracias habitualmente ociosas a las burguesías laboriosas, a la sublimación de la ciencia, la tecnología, la capacitación y el conocimiento como medios de desarrollo individual y social.

c) La infraestructura económica.

La infraestructura técnica y económica de cada sociedad nacional resulta interdependiente con el universo cultural donde se desarrolla; no es la mera base material de la organización y consecuente cambio, pues los conocimientos científicos y técnicos adquiridos por cada generación se basan en actitudes psicosociales como la

capacidad de invención, formulación de teorías, investigación científica, aptitud para generar, comprender y acompañar los cambios. Esto último es lo que puede denominarse *capacidad productiva*.

Esa capacidad, empleando otros términos, puede verse como la posibilidad generalizada de desarrollo económico de una sociedad dada; es una aptitud colectiva resultante de múltiples factores en interacción (decisiones políticas y económicas, ahorro interno, disponibilidad de materias primas, nivel de conocimientos sociales, normatividad coherente con el desarrollo de tal capacidad productiva). Es la resultante de una adecuada combinación de factores estructurales y culturales.

d) Los valores culturales:

Las ideas, los conocimientos y las actitudes frente a los conocimientos adquiridos por los hombres, determinan el cambio social en la medida que activan y orientan las motivaciones de los individuos. Cuando las meras ideas se convierten en *valores* (“ideas-fuerza”, modelos de conducta) o integran un *sistema ideológico* quedan formuladas explicaciones y proyectos o paradigmas de funcionamiento social, los que como consecuencia, suelen reflejarse en el orden jurídico aplicado en esa comunidad.

Conceptos como libertad, justicia, república, democracia, igualdad, solidaridad, derechos humanos, acceso a los beneficios del progreso, han determinado múltiples movimientos sociales, políticos, plataformas y manifiestos ideológicos a lo largo de los tiempos. Incluso algunos menos generales como el acceso a la propiedad de la tierra o de los medios de producción, voto femenino, jornada laboral de ocho horas, igualdad de oportunidades para la educación o el empleo, el cese de la segregación racial o el respeto a las minorías étnicas, también movilizaron acciones sociales de vastas proporciones en distintos lugares del planeta y épocas históricas.

Con la receptividad con que estos valores culturales fueron incorporados a las estructuras normativas, políticas y sociales de cada comunidad, se produjeron de manera más o menos rápida y permanente cambios sociales significativos. La resistencia a estos cambios por parte de los sectores dominantes, también ha teñido de conflictos, represiones y tragedias las páginas de la historia (Filmus, 1998).

e) Las ideologías.

Suele entenderse por *ideología*, como una modalidad de los valores culturales, a un sistema de ideas y de preconceptos, sistema explícito y generalmente organizado, destinado a describir, explicar, interpretar o justificar la situación de un grupo o de una colectividad, y que inspirándose en determinados valores, *propone una orientación precisa a la acción histórica de ese grupo o colectividad* (Rocher 1996).

En lo referente al término *ideología*, su creador fue Carlos Marx, quien lo utilizó de dos maneras: una positiva (como todas las obras resultantes de la civilización) y una peyorativa (como las ideas impuestas a la sociedad por sus clases dominantes devenidas en “falsa conciencia” de esa sociedad, un factor de alienación y de “opio de los pueblos”).

Asume así el carácter de una “doctrina” o “dogma”, inspirada en valores a los que recurre con frecuencia con función impulsora u orientadora hacia la acción, a través de medios y objetivos propios.

La ideología aparece como un elemento de la cultura, muchas veces el más importante o nucleador de la misma. Permite a cada colectividad formarse una imagen de sí misma (vgr. el “destino manifiesto” de los estadounidenses) y de sus propias aspiraciones. Puede evidenciarse como conservadora o progresista, extremista, moderada o tolerante, totalitaria o liberal, nacionalista o cosmopolita, proponer cambios o preconizar el mantenimiento del statu quo.

Es un instrumento de la acción histórica que ha tenido gran influencia en situaciones puntuales (por ejemplo, la visión del mundo para el hombre medieval, la Revolución Francesa, la Revolución Rusa, el acceso de Hitler al poder). A veces se presenta bajo el ropaje de la racionalidad (teoría del progreso indefinido) o la ciencia (la supremacía de la raza aria).

La ideología esclarece e infunde seguridad a quienes la profesan (proporciona respuestas a muchos temas), porque se remite a *intereses* individuales o colectivos inmediatos y evidentes. Puede incidir sobre estados psíquicos muy fuertes (como la inseguridad frente a cambios, temor) y a veces genera agresividad e intolerancia respecto a otras ideologías o actitudes no comprendidas. Favorece la elaboración de acciones comunes por invitación al “nosotros” (la justificación de la Guerra de Malvinas ante la demora en recuperarlas por vías diplomáticas); la ideología emite juicios de

hecho y juicios de valor y siempre tiene el carácter de voluntaria (los individuos eligen ser comunistas, liberales, socialistas o indiferentes en política, por ejemplo).

En la ideología se advierte la fusión de ámbitos psicológicos (individuales) y colectivos (el “nosotros”, “el ser nacional”) actuando de manera simultánea, y pretende crear *conciencias claras* acerca de los temas que son su objeto (la política, la religión, los sistemas económicos). Libera y canaliza a la vez energías reprimidas para la acción (*militancia*, movilización) y suele enfocarse muchas veces en la obtención del poder político, social o económico

Los modos que pueden adoptar las ideologías son múltiples: por el grupo al que se dirige (un grupo particular, una sociedad nacional, una colectividad internacional), por las relaciones entre la ideología y el poder (los que detentan el poder o los que aspiran a tomarlo o los que quieren sólo influir sobre el poder), por los medios de acción que preconiza (reformista o revolucionaria) o por su contenido (reaccionaria, conservadora o progresista; de izquierda o de derecha).

Aplicada al Derecho la ideología está vinculada expresamente a su modo de interpretarlo y aplicarlo, a la mayor extensión o restricción de derechos reglada por las normas (en lo laboral, por ejemplo, la conocida existencia de jueces “obreristas” o “patronalistas” en el acogimiento o rechazo de demandas; o en lo Penal, la discrepancia de decisiones objetivable entre “garantistas” y “mano-duras”), o en su postura frente al poder coyuntural (independencia, neutralidad o sumisión).

Todas estas perturbadoras aunque naturales visiones sociológicas del Derecho, que se constatan en la realidad del análisis conceptual y semántico de las normas, en el discurso de los fallos y los trabajos de los doctrinarios jurídicos, hacen poco sustentable la pretensión de una “ciencia pura” del Derecho alejada de los valores, ideología, intereses y cambios que interactúan en cada sociedad nacional. Esto es lo que explica el desagrado con que desde la mono disciplina jurídica se evalúan las visiones que las demás disciplinas sociales tienen sobre ella, pues al vincularla –como todo producto social- al entorno del que se nutre, le quitan misticismo, trascendencia excesiva y esa mayestática dignidad que los juristas atribuyen a su objeto de estudio.

v. La sociedad global y la aplicación del Derecho: el mundo del trabajo en el Siglo XXI.

En la terminología corriente de orientación socioeconómica *cuestión social* significa el fenómeno que se advierte al modificarse las condiciones generales de vida de una región, país o comunidad y resultar por ello afectadas determinadas clases de la sociedad en beneficio de otras o, dicho de otra manera, al alterarse el statu-quo por variación de las condiciones estructurales preexistentes.

Esta "cuestión" es una categoría de estudio en los Estados contemporáneos y tiene que ver con la manera en que el medio natural en que vive el hombre resulta modificado por las innovaciones científico-técnicas que el propio ser humano desarrolla.

De tal forma, el *medio natural* es aquél en el que el hombre vive en contacto directo e inmediato con la naturaleza, cuyos ritmos asume adaptándose a las exigencias e imposiciones del entorno físico. En un medio natural se genera y organiza la *sociedad tradicional*.

El *medio técnico*, por el contrario, interpone entre el hombre y la naturaleza una red de máquinas, de técnicas complejas, de conocimientos; de objetos diseñados, fabricados y adaptados a necesidades en constante reformulación. El hombre depende cada vez menos de las fuerzas naturales, porque dedica sus mayores esfuerzos a someterlas a sus propios intereses, deseos y ambiciones. Explota la naturaleza en la acepción literal de la palabra, la domina y la utiliza para sus propios fines. El medio técnico es así un *nuevo medio*, dada su reciente aparición en la historia de la humanidad. Es el resultado de la revolución tecnológica, del paso de la fuerza manual a los dispositivos mecanizados, del trabajo manual a las operaciones automatizadas de sofisticados equipos; y también lo es del descubrimiento de materiales y operaciones novedosos y formas de energía aún en constante desarrollo. El medio técnico es una de las características de la sociedad contemporánea, su causa y su producto a la vez.

Como consecuencia de la extensión del medio técnico, la estructura económica –y por ende normativa- de la sociedad tecnológica resulta infinitamente más compleja que la de la sociedad tradicional, la que se basaba en una *economía de subsistencia*. La economía tecnológica es una *economía de producción*, economía que se caracteriza por una productividad muy elevada del trabajo humano, resultado del empleo masivo de maquinarias, electricidad, electrónica, energía nuclear, automatización, cibernética e informática en combinaciones impensadas apenas años atrás, lo que potencia las

luchas de intereses y los conflictos derivados de esta verdadera inflación de innovaciones permanentes (Cuartango - Marcasciano, 1998).

Por la necesidad de recuperar las cuantiosas inversiones que efectúa en investigación y desarrollo de técnicas, procesos, materiales y equipos, es asimismo una economía que exige estar siempre en expansión: lanzamiento al mercado de nuevos productos y captación de nuevos mercados cuando se saturan los más cercanos.

Contrariamente a la economía de subsistencia, la economía de producción no puede estabilizarse, so pena de retroceder y crear crisis socio-políticas de incierto pronóstico. Su estado natural es el dinamismo y la retroalimentación (*feedback*) vía ahorro, asunción de deudas vía toma de créditos y re-inversión de utilidades propias. La economía tecnológica resulta así necesariamente extensa, internacional por naturaleza, fundada sobre una amplia red de intercambios activados por un uso abundante del crédito y la moneda.

El espectro de la *carestía* dominaba a la sociedad tradicional, mientras que la *superproducción* y la obsolescencia de productos, muchas veces no amortizados por su consumo por el mercado, constituye la amenaza constante que pesa sobre la economía tecnológica. Para combatir este último peligro ha de buscar la expansión del mercado interno y externo, o en su caso, la reducción de las horas de trabajo del individuo. En una situación ideal, el paradigma de toda economía de producción habría de dar como resultado la *civilización del ocio y el bienestar predominantes*.

El empleo masivo de la tecnología no explica por sí sola el incremento de productividad. Otros tres factores concurren a este resultado. El primero es la *inversión de enormes capitales*. La revolución tecnológica sólo ha sido posible por los masivos fondos empleados en su financiamiento, ya que requiere un complejo aparato monetario, basado tanto en el crédito como en la propia moneda.

En segundo lugar, la economía tecnológica ha crecido gracias a una *división cada vez mayor del trabajo*, por aprovechamiento de las ventajas relativas que determinadas regiones del orbe tienen respecto de otras para la producción de ciertas manufacturas. Tal especialización no es privativa de los establecimientos productivos sino que se ha trasladado a la sociedad toda por la especialización de las funciones, por la extendida profesionalización de sus estamentos.

En tercer lugar, la sociedad tecnológica ha operado un *considerable desplazamiento de la mano de obra*, del sector de producción primario (explotación de recursos naturales) a los sectores secundario (elaboración de materias primas) y terciario (comercio y servicios). Hacia 1800 el sector primario representaba alrededor del 87% de la producción mundial, el secundario el 8% y el terciario el 5%. Hacia 1960 las proporciones respectivas eran 5%, 45% y 50% respectivamente y la tendencia seguía en consolidación en beneficio del sector terciario. Ello se ve favorecido en los países adelantados por otros dos fenómenos correlativos: la *escolarización masiva* de la población (elevación muy acusada de su nivel de conocimientos aplicados) y el *progreso de la automatización* hacia todas las actividades.

Otros cambios sociales característicos de nuestra época son los derivados de la *ruptura entre productor y consumidor*. En la sociedad tradicional, la familia consume lo que ella misma produce: es a un tiempo unidad de producción y unidad de consumo. En las sociedades tecnológicas actuales, la familia es por regla general apenas una unidad de consumo: el trabajador produce para un mercado que a menudo desconoce, su lugar de trabajo poco suele tener que ver con su lugar de residencia y la producción se distingue radicalmente del descanso, del ocio y del propio consumo.

La expansión sostenida de semejante sistema económico descansa, en definitiva, sobre la *elevación constante de las necesidades de consumo*. Es menester que los ciclos económicos tengan la menor amplitud entre los guarismos de expansión y las "mesetas" de estancamiento o los "valles" de depresión; ha de propiciarse siempre la *expansión de la actividad económica*.

Si bien la sociedad tecnológica aparece como contando con una organización social compleja, por la *multiplicidad de roles* que sus integrantes deben asumir al unísono (padre de familia, empleado, ahorrista, consumidor, ciudadano, feligrés, excluido del circuito socioeconómico en casos extremos, etc.), sin embargo en caso de tenerse que condensar en una síntesis su organización, puede decirse que ella gira principalmente en torno a la producción de bienes y servicios, a sus condiciones y a sus consecuencias. El hombre de la sociedad tecnológica debe ser un productor no sólo en el ámbito industrial, sino también en el orden intelectual, artístico, político, familiar y religioso (se piden incesantemente "ideas, valores, filosofías nuevas" acorde al devenir científico y técnico, más allá de la "crisis en el paradigma del progreso incesante" que es patrimonio de ciertas teorías de la pos modernidad).

Este tipo de hombre debe ser capaz de producir mucho y sin cesar -y adaptarse a ello- porque él mismo y su entorno consumen ingentes cantidades de bienes materiales, ideas, imágenes, obras de arte, ídolos y símbolos de toda clase. Hay un *universo del trabajo organizado*, estructurado y dominante.

Los individuos se identifican por su *estatus adquirido* (“*achieved status*”), es decir el estatus que una persona obtiene por lo que ella hace, y que deriva de su propia actividad. Se trata de una condición que en teoría se puede mejorar en la medida que el sujeto lo desee o sea capaz de ello. Por el universo del trabajo se obtiene el estatus adquirido y la personalidad y la consideración social a él inherentes.

Además, por tratarse de una sociedad de producción, la sociedad tecnológica es, desde el punto de vista sociológico, una *sociedad profesionalizada*, que requiere de muy diversificadas ocupaciones, entrenamientos y técnicas para cumplir las tareas que necesita.

Por lo antedicho, distintos analistas han enfatizado que la competitividad de las naciones en la hora actual se define a partir del grado medio de capacitación de sus pobladores, en la medida en que sus conocimientos les permitan incorporar lo más rápidamente posible las más recientes tecnologías y los nuevos procesos de organización del trabajo.

Dado que reduce la necesidad de materias primas, trabajo, tiempo, espacio y capital, el conocimiento pasa a ser el recurso central de las economías de avanzada (Alvin Toffler); *los factores de producción tradicionales se están convirtiendo en fuerzas de limitación más que fuerzas de impulso. El conocimiento se está convirtiendo en un factor crítico de producción* (Peter Drucker), llegando algunos futurólogos a sostener que en las próximas décadas *lo único que persistirá dentro de las fronteras nacionales será la población que compone un país. Los bienes fundamentales de una nación serán la capacidad y destreza de sus ciudadanos* (Robert Reich) porque *las personas especializadas serán la única ventaja comparativa viable* (Lester Thurow).

También esta sociedad posee un alto grado de: a) *burocratización* (organización pretendidamente racional de estructuras, tareas, reglas y responsabilidades) para producir, y b) de *urbanización* (concentración de individuos y medios en lugares colectivos -ciudades- con fines laborales).

Finalmente, en esta modalidad comunitaria (tecnológica), se da un acentuado *predominio de la estructura económica en la organización social*. El poder político se ha acercado al poder económico y muchas de las grandes decisiones político-sociales están vinculadas de hecho a las necesidades de los grupos económicos que financian las campañas de partidos y grupos políticos. *El dinero suele ser la medida* del valor de una tarea, de un puesto, de las posiciones industriales, académicas y artísticas.

De ello surge que la categoría de las *clases sociales* constituya otra medida de evaluación de la estructura de la sociedad tecnológica. Este tipo de sociedad las ha cristalizado y rigidizado en una medida similar a la sociedad feudal.

Las *posiciones relativas de los individuos en la estructura social* les otorgan conciencia de sus diversos intereses: quienes detentan los medios de producción (capitalistas, burgueses, grandes propietarios, empresarios), los diversos grupos de trabajadores (rurales, industriales, profesionales, técnicos, artesanos, oficinistas) y los excluidos por diversos factores, constituyen las principales de estas divisiones "funcionales".

De otro modo, quienes carecen de un rol en este esquema de producción básico en la sociedad tecnológica por obra de las diversas formas de exclusión: desempleo, falta de educación, edad avanzada, escasas posibilidades de consumo, pérdida de capacidad productiva por razones de salud, etc. son materia prima de la *cuestión social*, situación que es especialmente grave y extendida en las economías y estructuras sociales de países periféricos como el nuestro (Andino, 1995: nuevas disculpas).

Otra categoría de análisis que aparece en las últimas décadas en la sociedad tecnológica y en la consideración de las cuestiones sociales que ella genera es el llamado fenómeno de la *globalización*, la que, desde una perspectiva exclusivamente económica, significa la aparición de mercados que superan los límites políticos de las naciones, o en un concepto más amplio y al decir de Giddens, ella sería *"la intensificación a escala mundial de las relaciones sociales que enlazan localidades muy distantes, de modo que lo que ocurre en alguna de ellas está determinado por acontecimientos sucedidos a muchas millas de distancia y viceversa"*.

Desde un punto de vista teórico se denomina “globalización” al conjunto de cambios económicos y políticos desencadenados en el mundo desde la segunda mitad de la década de 1970, aproximadamente, como consecuencia multi causal de la expansión de los medios masivos de comunicación (televisión e informática –Internet-) y los nuevos adelantos científicos (sociedad “tecnológica”).

Entre los aspectos más salientes de este fenómeno pueden sintetizarse entonces:

1) La expansión del comercio a escala planetaria, al punto de considerarse al mundo como un “mercado único”; donde se instalan mercados que superan los límites políticos de las naciones;

2) La construcción de grandes bloques económicos (M.C.E., O.C.D.E., A.L.C.A., MERCOSUR, etc.);

3) La generalización de economías de mercado prácticamente en casi todos los países, con su secuela de apertura de los mercados nacionales a la penetración de cualquier poder extra estadual (principio de la “libertad de mercados o de comercio”);

4) La aparición de una híper competencia para conquistar nuevos mercados en condiciones ventajosas, tanto de parte de las acciones públicas a nivel de estados nacionales como en las acciones privadas de las grandes empresas multinacionales;

5) La adopción de las últimas tecnologías en lo científico, lo económico y la formación de los individuos para elevar la productividad de los factores, lo que lleva a la financierización de la economía (*predominio de los sectores financieros sobre los productivos*, para obtener los grandes recursos de capital para encarar la híper competencia necesaria) y a la *tras nacionalización de las tecnologías*;

6) Este fenómeno se ha visto potenciado en los países desarrollados por la escolarización masiva de la población y el progreso de la automatización, como expresamos;

7) Hay asimismo predominio de la estructura económica en la organización social;

8) El poder político se ha aproximado y consustanciado con el poder económico: los dirigentes de cualquier nivel (presidentes, ministros, legisladores), se desempeñan más o menos abiertamente como operadores de negocios e intereses de las empresas multinacionales y grupos económicos;

9) En casos extremos de países periféricos y de economías dependientes, propicia el reemplazo del Estado por el mercado como factor de asignación de recursos sociales, la apertura de las economías y la privatización de las empresas públicas,

10) Genera una elevada concentración de ingresos y riquezas en pequeños grupos de la población y con ello, la institucionalización de presiones corporativas sobre el

sistema político; potencia y reinstala las desigualdades que los Estados benefactores (“padrinos”) amortiguaron durante cinco décadas del Siglo XX;

11) Paradójicamente, propugna la internalización del sistema democrático al estilo anglosajón o europeo occidental como modelo de la organización política, aunque de manera epidérmica y formal;

12) Se intensifican a escala mundial las relaciones sociales que enlazan localidades muy distantes entre sí, de tal modo que lo que ocurre en una de ellas está determinado por acontecimientos sucedidos a muchas millas de distancia y;

13) Aparecen nuevas formas culturales, donde la solidaridad social (Estado de Bienestar) se deja de lado por modelos individualistas de progreso personal, supervivencia del más apto y validez del éxito económico como medida de estima social.

14) La gran afectada en este proceso es la clase media, que hasta unas décadas atrás veía crecer sus ingresos con la edad (capitalización individual y vía seguridad social) y creía en el dogma de una vida mejor para sus hijos; mientras que desde hace unos veinte años ve tambalear su propia seguridad laboral y económica y que sus hijos transitan de una pasantía a otra a pesar de todos los sacrificios que hicieron para mejorar la educación que ellos mismos recibieron.

15) Es acentuado el proceso de desintegración en el seno de las sociedades nacionales, multiplicándose los particularismos: excluidos (desocupados, inmigrantes, carentes de nivel de educación suficiente para su aprovechamiento por el mercado, gentes en pasividad previsional) y autoexcluidos (“ghettos” de los poderosos: barrios cerrados, custodias privadas, lugares exclusivos de diversión y vacaciones) (Romero, 2001).

16) El Derecho acompaña este proceso de una manera ambigua: continúa declamando en sus normas dogmáticas los grandes mitos garantistas: igualdades de oportunidades y política (un hombre, un voto), democracia representativa, equilibrio de Poderes del Estado, derechos humanos a nivel universal, protección al diferente y a las minorías, no discriminación, condena a las guerras y a las intervenciones armadas, libertades individuales y de mercado, etc., mientras en la práctica se observan en casi todos los países el acceso limitado a los cargos políticos por parte de quienes cuenten con medios –legales o ilícitos- para sustentar económicamente sus campañas, intervencionismo estatal en detrimento de particulares y países de economías débiles, intervenciones armadas con cualquier pretexto (incluso con el aval y tolerancia de las Naciones Unidas), sometimiento de los Poderes Legislativo y Judicial al Ejecutivo, violación de las libertades individuales, protección e impunidad consecuente para los intereses económicos...

Por lo expuesto, los resultados de esta “globalización” resultan cuanto menos contradictorios, en lo que a evolución del capital se refiere. Por un lado, los informes del Fondo Monetario Internacional (F.M.I.) indican que en las décadas del 1980/90 y 1990/2000, el libre mercado ha producido un mejoramiento de las condiciones socioeconómicas de los países a nivel mundial y, en particular, de aquellas naciones que siguieron sus sugerencias. Sin embargo, el economista inglés Alan Freeman (2002) tiene otra visión y, tras estudiar la cuestión, dijo haber obtenido resultados sorprendentes. Tomando todos los productos brutos de las naciones del mundo, en términos de dólares reales, en el lapso 1952-1973, llamado el “período de oro” del capitalismo mundial, la expansión de la economía del orbe fue de alrededor del 150%, o sea algo menor al 5% anual. Luego del *crash* de 1974, y en el lapso 1975-1990, el crecimiento se redujo al 70% (equivalente a algo menos del 3,5% anual), con el paralelo auge de la *globalización*. Finalmente, en la década de los '90, el crecimiento total fue del 20%, o un exiguo 1,5% anual. Ello produjo la intervención conjunta de organismos que recomendaron y aplicaron recetas económicas ortodoxas (G.A.T.T., Ronda de Uruguay, formación de la Organización Mundial de Comercio) y las nuevas políticas del F.M.I.; sin embargo, el crecimiento no sólo fue mucho menor comparado con la época “de oro”, sino respecto de la década del '80.

Las características de los '90 fueron: los Estados Unidos crecieron a costa de casi todo el resto del mundo. En los '80 hubo una expansión estadounidense acompañada por una expansión japonesa y en el sudeste asiático, pero con disminución de la producción en el Tercer Mundo y, comparativamente, en Europa. En los años 90, en cambio, únicamente la economía de U.S.A. crecía rápidamente y el resto del mundo disminuía o no crecía tan rápido. Con ciertas excepciones muy importantes, sobre todo China, que creció -y sigue haciéndolo- más rápido que el resto, incluso Estados Unidos.

La mera enunciación de las características del fenómeno que comentamos, todas propias de los países de gran evolución económica y política, hacen que las economías de las naciones sub desarrolladas o en vías de serlo no resulten las más aptas para protegerse de la penetración de las empresas y decisiones de los Estados más avanzados y que el orden jurídico resultante en estas sociedades nacionales débiles acompañe en líneas generales el proceso de degradación institucional y sus órdenes jurídicos.

Los países que, como el nuestro, han abierto su economía al proceso de globalización (la mayoría de América Latina y el Caribe, muchos de Asia y África), han visto en muy poco tiempo producirse grandes transformaciones sociopolíticas en sus comunidades, entre las que pueden destacarse:

1) Aparición de grandes desigualdades sociales, con incrementos de los grupos extremos de la escala: las capas de población más ricas y las más pobres;

2) Pérdida de la capacidad de decisión nacional a través del endeudamiento público y la aplicación de políticas socioeconómicas determinadas por grupos financieros supra nacionales;

3) Incremento de la exclusión, el desempleo y la precarización sociales;

4) Aumento de la criminalidad, la indigencia, las enfermedades endémicas y los indicadores comunitarios disvaliosos (analfabetismo, adicciones, conductas antisociales o delictuosas);

5) Alteración de la correlación social de fuerzas a favor de los sectores beneficiarios por las nuevas políticas económicas implementadas que concentraron riquezas y poder como nunca antes en la historia;

6) La subsiguiente concentración del poder político, que logró articularse en el plano ideológico cultural presentando al llamado *modelo neoliberal* como salida alternativa o panacea a la crisis estructural.

Además, cualesquiera fuese el grado de desarrollo alcanzado por cada sociedad, hay caracteres permanentes que se advierten en todas ellas:

* *Instauración de nuevas formas culturales*, donde la tutela de los intereses generales a cargo del Estado comienza a ser paulatinamente reemplazados y garantizados por acuerdos de partes con poder, ejercidos vía mercados.

* Con la pretensión final de elaborar *una sociedad civil global*, manejada por intereses comunes y aceptados (algunas tecnologías, algunos instrumentos, algunos mensajes, debieran estar presentes en todas partes, por sobre las particularidades históricas, culturales y regionales de cada colectividad).

En el esquema descrito el rol del sistema judicial en los países subdesarrollados como el nuestro puede operar, en la aplicación de cada orden jurídico: 1) como un elemento morigerador de las injusticias y desigualdades propias del proceso globalizador, a través de interpretaciones de las normas que incorporen de parte de los magistrados contenidos de eficacia de los derechos humanos esenciales (vida, libertad, salud, trabajo); 2) como el de un espectador neutral o indiferente (*laissez faire*) frente a los avatares del mercado o de la acción social; 3) como un agente

funcional frente a los intereses dominantes de la sociedad (empleando el Derecho como un factor de control social y de represión de los desviados).

4.- ¿QUE COSA ES ESA DE LA ESCUELA O VISION “CRITICA” DEL DERECHO?

4. I.- La poli funcionalidad del concepto “crítico” de alguna cosa.

El concepto de “crítica” o “pensamiento crítico” acerca de algo o de la obra de alguien tiene una larga historia en el desenvolvimiento de las ideas. Su significado original ha sido identificar el proceso intelectual mediante el cual no se interpretan *a priori* los fenómenos tal como se nos presentan, sino que se indaga e intenta conocer - en lo posible- aquello que “son” por sobre lo que “aparentan ser”. Es una suerte de búsqueda de las “esencias”, de desmitificación de las apariencias. En tal sentido, toda pretensión de conocimiento sin condicionamientos apriorísticos, es *crítica*, resultando innecesario cualquier aditamento semántico a la búsqueda sincera de la verdad con pretensiones de objetividad.

En su larga evolución, lo que hoy se llama visión o corriente *crítica* acerca de algo fue empleada por múltiples escuelas de pensamiento (políticas, económicas, sociológicas, jurídicas), en forma de una visión alternativa, opuesta, progresista o superadora del discurso dominante en la materia de que se trate, expresado mediante un orden ideológico (estructurado) de propuestas distintas, habitualmente lógicas y coordinadas entre sí. No obstante, también la palabra ha sido bastardeada, resultando frecuente denominar *crítico* a cualquier cuestionamiento, diatriba o mera disidencia con algún orden dado, incluso las que se formulan desde lo interno del objeto o estructura criticada, sin proponer mecanismos razonadamente sustentables en su reemplazo.

Lo que podemos llamar auténticas corrientes *críticas* en Derecho poseen como características definitorias (sin que esta enunciación fuere omnicompreensiva y final, pues ellas están en permanente conformación y mutación), a las siguientes:

1) Ponen en entredicho el concepto mismo y los modelos resultantes de “ciencia” o disciplina jurídica (iusnaturalismo, positivismo, realismo, historicismo, organicismo, conductismo, funcionalismo, etc. con sus múltiples variantes según cada escuela y autor);

2) Declaran superar la valla de la mono disciplina, aceptando –aunque empleándolos como juristas- aportes de otros saberes, en especial de la filosofía y demás saberes sociales;

3) Cuestionan los efectos del poder (en su significado más amplio), en la estructuración y aplicación del orden jurídico;

4) Denuncian –en paradoja- la interferencia *ideológica* que sobre el Derecho realizan algunos “universales” como lo divino (“derecho natural” u “orden natural de las cosas”), la “razón” y los dogmas resultantes de ambos (vgr. iusnaturalismo, “dogmática jurídica” o “teorías puras”).

5) Remarcan la simplificación o el reduccionismo del abordaje meramente normativo, que soslaya la influencia que sobre él tiene el entorno social que pretende reglar y que de manera necesaria interactúa con él.

6) Niegan la pretendida pureza metodológica del Derecho y su consecuente neutralidad, que identifican como un constructo vaciado de nexos histórico-social.

En los sentidos descriptos, tiene puntos de contacto y diferencias con los enfoques o escuelas sociológico-jurídicas. Las similitudes se hallan en la recurrencia a lo interdisciplinario, la referencia al contexto social y el inmanente relativismo supuesto en la negación de la neutralidad del Derecho. La principal diferencia es que su análisis crítico o “alternativo” parte desde el mismo sistema normativo, es endógeno, y resulta realizado habitualmente por juristas con las herramientas que su preparación profesional les proporciona (por lo general, un discurso ideológico distinto) y no cuestiona- sino que se funda en ellos- la existencia de determinados universales (los “derechos o garantías” de los excluidos o carentes de poder social). En este último aspecto, el abordaje *crítico* del Derecho correría el riesgo de caer en un dogmatismo más, finalmente absolutista, en la medida en que se presenta como la mejor variante, superadora, de la visión tradicional de la ciencia jurídica.

Creemos que pueden darse otras posibilidades a las corrientes *críticas* del Derecho, que sin negarlas fueren de naturaleza tolerante, instrumental y, al cabo, resultaren asimismo vías distintas de abordaje a lo normativo, si las analizamos desde tres manifestaciones principales: 1) Como teorías reformadoras, 2) Como análisis críticos propiamente dichos y 3) Como investigaciones estratégicas.

En la formulación de *teorías reformadoras* que influyeron en los cambios operados en el Derecho de múltiples sociedades nacionales, participaron no sólo juristas sino filósofos, pensadores políticos y sociólogos, de muy diferentes u opuestas posturas

ideológicas, tales los casos de Saint Simon, Comte, Marx y Engels, De Tocqueville, Spencer, Tönnies, Sorokin, Bobbio, Ferrajoli, entre muchos otros. Elaboran interpretaciones acerca de la historia, la organización social y su estructura normativa, con la intención explícita de denunciar los males que aquejan las sociedades y proponer reformas convenientes a un mejor nivel de vida individual y colectivo, tanto desde una pretensión científica cuanto subjetiva (formulando modelos, teorías o “utopías”, que conllevan órdenes jurídicos distintos de los existentes).

Los *análisis críticos* son de naturaleza más limitada: no proponen utopías ni reformas sino que se preocupan básicamente de destacar las crisis, incongruencias, desequilibrios y exclusiones de las sociedades y sus sistemas normativos. Aunque hubiere alguna postura reformadora en ellos, la misma no es evidente: un ejemplo es el autor norteamericano contemporáneo Duncan Kennedy, sobre cuya obra nos referiremos más en detalle en las páginas siguientes. Una modalidad de esta actividad en la jurisprudencia resulta de la elaboración de fallos o votos individuales de los magistrados con soluciones distintas a las establecidas por las cortes superiores de origen político, o a las tradicionales y a-críticas respecto de determinado orden jurídico.

Las *investigaciones estratégicas* están constituidas por aquéllas deliberadamente acometidas por estudiosos con el fin de poner en evidencia problemas o conflictos normativo-sociales soslayados por el grado de desarrollo de los conocimientos jurídicos disponibles para la mayoría: su temática es dispar, pero suele abordar las cuestiones de acceso al sistema judicial (vg. Cappelletti y Garth), grados de litigiosidad y condición socioeconómica, eficacia del aparato de administración de justicia, desviación y marginalidad, poder e impunidad, estatus social e (im) posibilidad de igualdad.

Otra dificultad que generan las corrientes críticas es de naturaleza semántica o terminológica: emplean en ocasiones iguales conceptos aunque con dispares alcances (polisemia), desde el mismo de *visión crítica*, pasado por los de *poder*, *discurso*, *garantías*, *democracia*, *derecho*, *seguridad jurídica*, etc., a la mayoría de los cuales nos hemos referido, con los alcances que nosotros entendemos darles. Resta citar a esta altura a los dos últimos que emplearemos aquí: el vinculado precisamente al significado atribuido a las *mismas teorías críticas* aplicadas al Derecho y al *discurso*.

Preferimos nosotros denominar *visión alternativa* del Derecho, (en lugar de “crítica”, usada habitualmente por escuelas marxistas o post-marxistas), por oposición a la interpretación dominante cuando, utilizando el mismo orden jurídico, es posible llegar a otra decisión o solución aplicando iguales normas.

Por el contrario, reservaremos el concepto de “*crítico*” para el significado de: examen metódico, lógico y sistemático de las normas legales contrastado con la realidad social a las que van dirigidas, a fin de establecer sus múltiples sentidos, interrelaciones y alcances. Será la técnica o arte de evaluar el mérito, las cualidades, contradicciones y condicionantes de las normas o sistemas jurídicos. En esta visión, que compartimos, “*crítico*” es *aquel método o actitud de investigación según el cual a toda elaboración con pretensión de científica debe preceder el examen de la posibilidad del conocimiento cierto y más o menos completo de que se trata y de las fuentes y los límites de éste, sin admisión apriorística de ningún dogma o ideología, por respetable y tradicional (o “progresista”) que se evidencie*. La crítica es entendida por esta corriente como una herramienta, más que un discurso o un resultado ideológicamente anticipado.

Sin perjuicio de lo anterior, en lo que a posibilidad de obtención de conocimientos distintos se refieren, haremos aplicación de ciertas ideas desarrolladas por la “Escuela de Frankfurt” y su llamada *Teoría Crítica*, en especial aquellas que sostienen que el objeto de cualquier ciencia (suponiendo que el Derecho lo fuese), no puede desvincularse de su génesis social, del medio socioeconómico donde se prohija y aplica. Que toda estructura social es la resultante de determinadas relaciones de poder, relaciones que imponen un *discurso dominante genérico*, a partir del cual se construyen aquellas representaciones y *discursos específicos* (el Derecho incluido). Debido a que el control social es imperfecto, como vimos, a cada discurso (o paradigma –para emplear un término posmoderno-) dominante, se corresponde un *discurso o paradigma alternativo*, como respuesta de los indiferentes, disidentes o resistentes a la dominación o a sus interpretaciones vinculantes.

La Escuela de Frankfurt parte de la separación que comprueba entre la praxis y el pensamiento, la acción política y la filosofía, los sistemas jurídicos y su eficacia. Inicia una crítica profunda de la sociedad contemporánea y –por sobre todo- de sus aspectos culturales. Casi todos sus autores principales consideran la época que transitan como la de la caída de la razón objetiva, es decir, de la visión racionalista del mundo. Para algunos de sus integrantes más pesimistas, es el mundo de las crisis

económicas recurrentes, de la fuerza y la posesión del capital, que no está guiado por ningún principio superior de racionalidad, sino que persigue fundamentalmente intereses materiales que deterioran la vida del espíritu.

Horkheimer, uno de sus principales exponentes, en su obra mayor (*“Crítica de la Razón Instrumental”*) sostiene que la única defensa posible contra la dominación ejercida desde un poder técnico, se encuentra en el *pensamiento* mismo. Ni la moral, ni el derecho, ni el arte, escapan a la descomposición; sólo el pensamiento como capacidad de problematizar, como experimentación y, por lo tanto, como reproducción controlada de un fenómeno, puede escapar a la dominación del poder.

Al citar el concepto de *discurso*, entendemos por tal al sistema u orden que emana del uso de la lengua; como facultad racional con que se infieren unas cosas de otras, induciéndolas por consecuencias de sus principios o conociéndolas por indicios o señales. Como veremos luego, Jürgen Habermas ha aplicado el razonamiento discursivo a la solución de problemas sociales, postulando un discurso no dirigido, libre de influencias, para permitir la autorreflexión. El término ha sido desarrollado por la semiótica moderna y por el estructuralismo (vgr. Foucault). Para Ogden y Richards, en la lengua existen el discurso simbólico y el emotivo. Para Foucault, en cambio, los enunciados se organizan según los paradigmas establecidos para un determinado tipo de discurso (el discurso de la verdad, por ej.) y forman un mundo, a la vez que excluyen otros discursos y, en consecuencia, otras formas de organizar el mundo (vgr., el discurso de la falsedad).

Recogiendo éstos y otros esquemas similares, las teorías críticas de la Escuela de Frankfurt, se proponen el análisis de los *discursos* contemporáneos (sociológicos, históricos, económicos, jurídicos) para ver de qué modo su presunta neutralidad científica, formalmente desligados de todo interés social y, por tanto, de toda vinculación moral y política, los pone de hecho, ideológicamente, al servicio instrumental de algunas específicas formas de poder, basadas en el control y la dominación sociales.

4. II.- Acerca de las llamadas *teorías críticas* en la comprensión del fenómeno *Derecho*.

Las modas literarias, intelectuales o jurídicas que por oleadas se advierten, suelen hacernos adoptar con ligereza términos o conceptos que hacen fortuna por otros lares,

aunque atribuyéndoles significados muy distintos de su versión original. Una de esas corrientes en apariencia novedosas es la profusión de estudios “críticos” que abundan en el mercado acerca de prácticamente cualquier fenómeno. Si bien se ve, el mecanismo comenzó con Descartes a partir del *cogito, ergo sum* y su desarrollo subsiguiente, o –según algunos- con ciertos filósofos griegos (¿Parménides?). De modo que tener una visión o una actitud de sospecha intelectual ante el dogma o la realidad revelados no sólo es tradicional sino hasta posee cierto estatus artístico (recordar a Saint Exupéry y su “*lo esencial es invisible a los ojos*”).

Lo que se advierte con frecuencia es encontrar acerca de algún sistema normativo -y denominada como “crítica”- a cualquier postura de defensa de determinados intereses en añoso conflicto: vgr. garantismo vs. tolerancia cero en lo penal, proteccionismo vs. libertad de mercado en lo económico, obrerismo vs. patronalismo en lo laboral, y así por el estilo, de manera muy maniquea, simplificadora y reduccionista.

Las genuinas escuelas “críticas” en Derecho y Sociología Jurídica lo serían cuando centran básicamente su enfoque en visiones no tradicionales acerca de un plexo de temas muy importantes y de contornos definidos, apareciendo como los más populares o abordados: el discurso constructo y la interrelación entre poder y sistemas normativos, las profesiones jurídicas, el acceso a la justicia, los derechos humanos frente a las escuelas alternativas del Derecho, la crítica al procedimiento judicial y al rol de los jueces en el mismo...

En manera alguna se remiten a adherir a alguno de los clásicos intereses en pugna sobre determinados aspectos de la realidad regulados por las normas: porque integran “*el pensamiento jurídico de la sospecha*” indagan sobre las relaciones e interrelaciones no evidentes de determinados fenómenos: el discurso, meta-discurso y para-discurso de legisladores y jueces, los constructos ideológicos y su funcionalidad con los paradigmas dominante y emergente en uso.

No constituye teoría crítica (o alternativa) en Derecho el discrepar meramente con determinadas situaciones, sino actuar mediante la sistemática investigación de las *disfunciones* y *funciones negativas* de las normas y estructuras vinculadas a la aplicación de ellas (cultura organizacional de abogados y jueces y su incidencia en las disfuncionalidades de cada organización de solución de conflictos, por ejemplo).

Fucito (1993), hace una rápida mención de los *temas habituales de la teoría crítica en sociología jurídica según cada uno de los campos de investigación, temas que son comunes también para los juristas críticos con los límites que conlleva su abordaje endógeno*. Con base en los autores por él citados formulamos una clasificación compatible con los propósitos de nuestro desarrollo, con aportes nuestros que consideramos imprescindibles.

a) Área profesión Jurídica:

- 1) Estratificación profesional. Relaciones entre nivel social de letrados y justiciables.
- 2) Conflictos profesionales de roles (defensa de clientes o del concepto de justicia; privilegio de la ética profesional o del negocio privado). Prejuicios (“industria del juicio”) y estereotipos (el “picapleitos”).
- 3) Conflictos en la relación profesional abogado-cliente (priorizar el honorario o el resultado de la defensa).
- 4) Interacciones entre abogados y jueces (presión, complementación, colaboración, oposición).
- 5) Abogados, jueces e interacciones con factores de poder.
- 6) Realidad económica profesional. Proletarización.
- 7) Matriculación y litigiosidad (plétora, industria del juicio).
- 8) Distribución de servicios judiciales y legales en la población.
- 9) Nivel técnico científico de jueces y abogados.

b) Área acceso a la Justicia:

- 1) Confrontación entre expectativas brindadas por las leyes y eficacia del sistema judicial (Cappelletti y Garth).
- 2) Condición sociocultural del justiciable y defensa de sus derechos.
- 3) Variables que inciden sobre el acceso a la justicia: conocimientos previos, vinculaciones sociales, disponibilidad económica, diferencias de poder entre los litigantes, naturaleza del conflicto, el Derecho Penal y los pobres o excluidos (“los villeros”, “los cabecitas”, “los negros”, “la portación de cara”).
- 4) Disfuncionalidades judiciales (p.ej. celeridad del proceso en desalojos de inquilinos).

c) Área discurso jurídico:

1) Exploración sobre la supuesta imposibilidad de desarrollar una ciencia social *objetiva y/o neutral*.

2) Investigación del discurso como modo habitual de expresión de cualquier sistema jurídico y de indicar un universo cargado de significados y significantes. *Deconstrucción* del discurso para desentrañar sus subjetividades e incoherencias.

3) El análisis sociológico como medio de reconocer los requerimientos, expectativas, impulsos, argumentos, estrategias e intereses que el jurista dogmático o tradicional soslaya.

d) Área Derechos Humanos:

1) Los *derechos humanos* como garantías jurídicas y operativas a las personas frente a todo abuso de poder (principio que no se pueden violar los derechos en cuyo nombre se ejerce la acción política de control social).

2) Identificación a fortiori de los derechos humanos con los derechos de los pobres, los marginales, los discriminados, los excluidos y –en fin- de los carentes de poder. Necesidad de un meta derecho limitador del poder (Ferrajoli).

3) Reconocimiento y vigencia efectiva de una gama de derechos y garantías formalmente indisponibles por terceros, con alcances particulares según cada sistema normativo (vida, dignidad, integridad psicofísica, identidad; accesos a la educación, salud y trabajo, entre otros).

e) Área sistemas judiciales y rol de los jueces:

1) Trivialización, dispersión, atomización y desarticulación de conflictos en la sociedad posmoderna, por medio del sistema judicial (desarrollo del principio que el fallo no resuelve el conflicto, sólo lo decide autoritariamente).

2) La aplicación de la norma jurídica como “justicia relativa a la visión del mundo del grupo hegemónico”. Reemplazo por la admisión correlativa de una “ética del carente de poder”.

3) Relatividad de los discursos acerca de la “neutralidad e independencia judiciales” (Kennedy).

4) Constatación de la dependencia de la actuación judicial respecto del poder político y económico (designación, presupuesto, “juicio político”, presiones, salarios, tributación, previsión social).

Todo lo cual aparece demostrando, según estas escuelas e investigaciones críticas (alternativas), una evidente e innegable interacción entre poder y Derecho, entre política y judicatura, entre condición social y eficacia (o ineficacia) del acceso y protección por el sistema de administración de justicia.

4. III.- Contribuciones destacadas de la *Teoría crítica del Derecho*.

Con los riesgos de arbitrariedad subjetiva, sesgo y omisiones que supone toda selección de autores-guía para cualquier desarrollo teórico, haremos una breve mención de aquellos pensadores que seguimos en lo esencial de sus aportes, en el aspecto puramente ius filosófico.

4. III. I.- *La utopía de un meta-derecho limitador del poder.*

Según **Luigi Ferrajoli**, ius filósofo toscano (*née* 1940) a quien seguiremos en este desarrollo, estamos asistiendo, incluso en los países de democracia más avanzada, a una crisis profunda y creciente del Derecho, que se manifiesta en diversas formas y en múltiples planos:

a) **Como crisis de legalidad**, del valor vinculante asociado a las normas por los titulares de los poderes públicos (ineficacia de controles públicos, degradación institucional, ilegalidad del poder, corrupción, disolución de las reglas de juego político y de los límites y vínculos en el ejercicio del poder, pérdida de contenido de la función parlamentaria, conflictos entre el Poder ejecutivo y el judicial porque el primero busca habitualmente condicionar la independencia –a veces sólo formal- del segundo, entramado entre política y mafia y el poder subversivo y oscuro de los servicios secretos). Aunque Ferrajoli se refiere a Italia, España y Francia, no cabe duda que su análisis es plenamente aplicable a nuestro país con ligeras variantes de detalle.

b) **Como crisis o agotamiento del Estado social**, cuyas funciones se disocian en consecuencias selectivas y desiguales: contradicciones entre un Estado de Derecho declamativo y abstracto y un *Welfare State* con necesidades concretas de normatividad contingente y muchas veces discrecional, confiadas a la intermediación burocrática y partidista, inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de la generalidad y abstracción de las leyes, incluso bajo el signo de la emergencia y la excepción (situaciones estas últimas que en

Argentina son de invocación permanente por los poderes políticos como recurso para trasladar a toda la comunidad las consecuencias de sus administraciones ineficaces y de su corrupción, y lograr impunidad subsiguiente pues la “inexorabilidad de la emergencia pública” no tiene responsables aunque sí destinatarios directos: los contribuyentes y habitantes sin poder efectivo).

c) **Como crisis del Estado Nacional** (proceso de integración mundial o “globalización”, cambio de lugares de soberanía, del sistema de fuentes y consiguiente debilitamiento del constitucionalismo; desplazamiento de los centros de decisión nacionales en materia política, militar y acciones sociales, decisiones que son sustraídas a los controles parlamentarios locales).

Todo ello se resuelve en la reproducción de formas neo absolutistas del poder público, con límites gaseosos y gobernadas por intereses poderosos y/u ocultos, que operan subrepticamente dentro de nuestras estructuras estatales y sociales. (N. del A. *La respuesta de los factores de poder beneficiarios de tales situaciones a estas críticas es descalificarlas mediante la alusión a una teoría conspirativa inventada por los disidentes o marginales*).

El Derecho en esta crisis, continúa no obstante apareciendo como una *realidad artificial construida por los hombres*. En la actualidad, para enfrentarla, es posible elaborar un *sistema también artificial de garantías* que disciplinan las propias opciones desde las que el Derecho viene operando, mediante el establecimiento de los valores ético-políticos (igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales) que operan como un verdadero Derecho sobre el Derecho, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica.

Esta sería, al decir de Ferrajoli, la conquista más importante del Derecho contemporáneo, la innovación en la propia estructura de la legalidad: *regulación jurídica del Derecho positivo mismo*, no sólo en cuanto a sus formas de producción sino también en lo que se refiere a los contenidos producidos. Gracias a esta doble artificialidad –de su “ser” y de su “deber ser”- la legalidad positiva o formal en el Estado Constitucional de Derecho ha cambiado su naturaleza.

Es lo que Ferrajoli llama “modelo o sistema garantista”, por oposición al paleo positivismo, como un nuevo sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiere un papel de garantía en relación con el Derecho ilegítimo.

Gracias a dicho modelo, el Derecho contemporáneo estaría en condiciones no solamente de programar sus formas de producción a través de reglas de procedimiento sobre la formación de todo tipo de normas sino de prever los contenidos sustanciales de ellas, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscriptos en sus Constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica (N.del A: *Sin embargo, no explica –como no puede hacerlo- la vía para llegar a dicho Estado sin una retracción consensuada o violenta de los esquemas de poder que bastardean los Estados nacionales contemporáneos*). .

Ello conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico:

a) en el plano de la teoría del Derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la *teoría de la validez*, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones;

b) En el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento, también, de una dimensión sustancial;

c) En el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y condiciones de su sujeción a la ley;

d) Por último, en el plano de la meta teoría del Derecho y, por tanto, del papel de la ciencia (o disciplina) jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación a su objeto.

De tal modo, la Constitución ideal para los tiempos que corren sería el *modelo rígido* (como lo denomina Ferrajoli), en el que ya no tendrían cabida leyes reglamentarias que soslayasen, preterizaren o desconocieran los derechos fundamentales garantidos –sólida o rígidamente instaurados-, porque éstos son precisamente “las leyes de los sectores más débiles” de la sociedad y los frenos y límites a los factores de poder políticos, económicos y sociales que ejercen o pretenden ejercer su dominación sobre los demás habitantes.

Sin olvidar en este punto que las relaciones entre poder y Derecho se prestan a dos interpretaciones diferentes:

a) Como una relación biunívoca, donde el poder es el presupuesto del Derecho y el Derecho el fundamento del poder, en el sentido que no existe ningún Derecho sin un

poder que fuere capaz de hacerlo respetar, y no hay poder, al menos en los ordenamientos modernos, que no encuentre su fundamento en el Derecho (N. del A: *teoría que demuestra su origen puramente endógeno a lo normativo pues desconocería todas las fuentes de poder informales o para jurídicas, como las que surgen de una preeminencia de causas sociales o culturales*).

b) Como una relación de recíproca oposición, no ya de implicación recíproca. El poder –todos los poderes, incluso el de los jueces- tiende a acumularse siempre en formas absolutas (el caso luego comentado de las “doctrinas legales” bonaerenses aparece como ejemplo pertinente); y el Derecho, a su vez, por lo menos en la edad moderna, se configura como una técnica de ordenación, de control y represión de desvíos sociales, incluso con pretensiones de limitación y minimización del poder.

Desde este segundo punto de vista habremos de ver al Derecho como la ley del más débil que se opone a la ley del más fuerte propia del estado de cosas dado por la naturaleza (N. del A: *o por la acumulación de poder de parte de determinados grupos o estamentos sociales*). Dice Ferrajoli en este aspecto: *“En efecto, es ley del más débil el Derecho Penal, que protege a las víctimas frente a la violencia de los delitos; también es ley del más débil el Derecho Procesal, que tutela a los acusados frente a la arbitrariedad y los castigos excesivos. Es ley del más débil el Derecho del Trabajo, que tutela a los trabajadores frente a un poder como el de los empresarios que, de lo contrario, sería ilimitado. Son leyes del más débil todos los derechos fundamentales y sus garantías. E incluso el Derecho de propiedad es una ley de los débiles contra el poder de apropiación ilegítima por parte de los más fuertes.”*

En tal paradigma, la primera mutación –como cambio del sistema jurídico- se produjo con la difusión, en la segunda posguerra, de las Constituciones rígidas (aquellas que incorporan principios y directivas fundamentales que establecen límites y vínculos, garantizados por el control de constitucionalidad, no sólo frente a los Poderes Ejecutivo y Judicial, sino también frente al Legislativo).

Por el contrario, en el paradigma tradicional, paleo positivista y jacobino, el llamado Estado de Derecho se fundaba esencialmente en la primacía de la Ley, y la democracia en la omnipotencia de las mayorías, identificada, a su vez en la omnipotencia del parlamento (N. del A: *de modo que los sistemas presidencialistas como el nuestro, con la necesidad de fuertes liderazgos personales, aparecerían como una etapa primitiva en la evolución del Derecho y del Estado, una proto democracia útil para sociedades con instituciones agredidas por las guerras de la independencia –*

América-, o anticolonialistas –África / Asia-, o en vías de afirmación. Resultan impropias para Estados que han desarrollado y afianzado sus instituciones e incorporado a la totalidad de sus habitantes al “consumo” de derechos y garantías esenciales).

Es evidente que en sistemas como aquéllos el papel del juez, como órgano sometido solamente a la ley, venía a constituirse una mera función técnica de aplicación de la ley, (N. del A: *cualquiera fuese su contenido, de modo que hacía necesario contar con organismos casatorios, al estilo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, con atribuciones para uniformar los criterios de tal aplicación, a fin de evitar desvíos del pensamiento jurídico político dominante).*

El paradigma cambia de manera sustancial en lo teórico con las constituciones rígidas de la segunda posguerra, que delinear el Estado de Derecho sometiendo incluso el accionar del legislador al imperio de la ley constitucional y transformándolo en Estado *constitucional* de Derecho.

Tras la derrota del totalitarismo nazi-fascista se toma conciencia que el requisito del consenso mayoritario (que manifiestamente lo había acompañado), no era medida alguna de calidad democrática. Se re-descubre el sentido de la Constitución como estructura de meta-reglas impuestas a los detentadores de los poderes públicos, incluso a las mayorías, los que quedan todos vinculados a la recíproca separación y al respeto de los derechos fundamentales de las demás personas.

La primera revolución en la historia de la modernidad jurídica, aquélla que dio nacimiento al Estado cuya estructura base conocemos, se centraba en la consagración del *principio de legalidad* y, con él, de la omnipotencia del legislador, lo que implicaba una automática identificación entre la validez de las leyes y su positividad, a diferencia de las antiguas concepciones iusnaturalistas.

En este último modelo, Derecho no era aquello considerado (en cada caso) como ontológicamente verdadero o justo, en todos los posibles sentidos de estas expresiones, sino aquello que fue considerado como tal por la ley. *El principio de la omnipotencia del legislador se traducía, en otro ámbito, en la idea de la omnipotencia de la política –es decir, de la primacía de la política sobre el Derecho-, siendo la legislación, competencia exclusiva de la clase política.*

La siguiente revolución (cambio de paradigma) producida en la segunda posguerra con la explosión de las **constituciones rígidas** supone el sometimiento a la norma por parte de todos los Poderes, incluido el Legislativo, que queda subordinado a la Constitución, no sólo en cuanto a las formas y procedimientos de formación de las leyes, sino ahora en cuanto a sus contenidos.

En el llamado por Ferrajoli “Estado constitucional de Derecho”, *el legislador ya no será omnipotente*, pues las leyes que promulga no son válidas para ser vigentes (es decir, por haber sido elaboradas en las formas establecidas por las reglas sobre su producción), sino que sólo lo son si además son coherentes con los principios y las garantías constitucionales. Tampoco será omnipotente ya la política (*novedad absoluta para nuestras pampas bárbaras*), cuya relación con el Derecho resulta invertida: la política y la legislación que de ella deriva, están –o debieran estar– subordinadas a los principios y garantías constitucionales.

De manera que no es el Derecho quien debe ser entendido como un instrumento en manos de la política, sino que, al contrario, es la política la que debe ser interpretada como instrumento para la realización de los principios y garantías fundamentales reflejados en ese marco a la vez jurídico y político que es la Constitución. (N. del A: *No explica Ferrajoli, no obstante sus buenas intenciones, la manera en que habrá de nacer este nuevo meta-derecho limitador del poder y los poderosos podrán renunciar al ejercicio de sus situaciones preeminentes en beneficio de sus congéneres más débiles. Hay un contenido voluntarista, iusnaturalista o si se quiere utopista muy evidente en su concepción.*)

Se destaca entonces la diferente posición de los jueces respecto a la interpretación de la ley que este nuevo paradigma introduce: no sólo, como es obvio, la de los integrantes de los Tribunales superiores a los que se atribuye el control eminente de la constitucionalidad de las reglas infra-constitucionales, sino también la de los jueces ordinarios en los que se confía el poder-deber de activar dicho control.

>> La sujeción directa a la Constitución convierte al juez en la persona directamente responsable de garantizar los derechos fundamentales de los habitantes incluso frente al legislador, por medio de la censura de la invalidez de las leyes que fueren contrarias a ellos promovida por los jueces ordinarios y declarada por los Tribunales superiores. Su papel no es ya, como en el viejo paradigma paleo-positivista, el de la sujeción a la letra de la ley cualquiera sea

su significado, sino en el de la sujeción a la ley en la medida en que ésta fuere compatible con la superestructura garantista constitucional (N. del A: *Lo que requiere jueces “mani pulitti” como tuvo Italia, dispuestos hasta a dar la vida por sus convicciones, postura que no es evidente entre nosotros como es de público y notorio*).

<<

La cuestión de la validez normativa no es, en este nuevo modelo, un dogma vinculado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente ligada a la coherencia –valorada por el juez- entre sus significados y la Constitución. De allí se desprende que la interpretación judicial de la ley supone siempre un juicio sobre la ley misma, en la que su intérprete tiene el deber de escoger exclusivamente aquellos significados que fueren válidos por lo compatibles con las normas constitucionales sustantivas y con los derechos y garantías fundamentales que en ellas se reconocen.

Se advierte una segunda transformación que ha contribuido a ampliar el papel del control jurisdiccional sobre los poderes públicos más allá de lo que sucedía en el viejo paradigma paleo liberal. Afecta al sistema político y consiste en la extensión de las funciones propias del Estado social a consecuencia, por una parte, del crecimiento de su intervención en la economía y, por otra, de las nuevas prestaciones requeridas por los derechos sociales constitucionalizados: a la salud, a la educación, a la seguridad social, al empleo, a la subsistencia y otros análogos.

En la medida en que no han sido implementadas las formas institucionales de un “Estado social de Derecho”, este notable crecimiento de las funciones del Estado se ha traducido en una mera acumulación de competencias, al margen de las estructuras del viejo Estado liberal y en ausencia-en muchos casos- de garantías eficaces para los derechos nuevos y de mecanismos adecuados de control político y administrativo. El fracaso y la complicidad de los numerosos “organismos de control” con sus “controlados”, que la burocracia política ha implementado por estos lares es un ejemplo acabado del panorama anterior.

El resultado ha sido un colapso de la legalidad en la esfera pública: por un lado, un aumento descontrolado de la discrecionalidad de los poderes públicos (recordar la reiteración de los argentinísimos *súper poderes*); por otro, un progresivo aumento de la ilegalidad que se manifiesta, en todas las democracias que se pretenden avanzadas –Ferrajoli *dixit*- en Italia como en España, Francia, Japón y Estados Unidos, y en zonas de democracia formal, como la mayoría de los países de América Latina, en el

incremento de la corrupción y la impunidad, así como en procesos de desplazamiento del poder político hacia sedes invisibles que escapan a los controles políticos y jurisdiccionales formales.

Es evidente que también este segundo fenómeno ha provocado una expansión, cuanto menos teórica, de la jurisdicción, en la medida en que las sociedades han asignado y esperan nuevos roles del juez: *en defensa de la legalidad frente a la criminalidad del poder* (sic). Son precisamente estas transformaciones del paradigma las que ofrecen un fundamento nuevo a la labor del juez, un fundamento “democrático” en este segundo sentido, no antitético sino reforzador del valor democracia política.

Por este ámbito de lo “no decidible” –de las cosas que no es lícito decidir (o dejar de decidir)- se expresa aquello que en las constituciones democráticas se ha querido sustraer a la voluntad de las mayorías. En cualquier convención que se precie de democrática habrán de quedar excluidas de decisión por mayoría (por tratarse de condiciones de la vida en sociedad y la razón del pacto de convivencia), cuanto menos dos cosas:

I) la tutela de los derechos y garantías fundamentales, a partir de la vida y la libertad, que no pueden ser sacrificadas ante ninguna mayoría, ni el interés general o el bien común;

II) la total sujeción de los poderes públicos a la norma constitucional y leyes positivas compatibles, que es la garantía última frente a la arbitrariedad, así como frente a las violaciones cometidas por la propia voluntad mayoritaria que produce la ley.

De tal forma quedaría reforzado, frente a los modelos paleo-positivista y paleo-liberal, el fundamento de la división de poderes y de la independencia de los magistrados: un reforzamiento que deriva precisamente de la nueva y doble función asignada a la jurisdicción como garantía de los derechos fundamentales de todos y, al mismo tiempo, la legalidad de los poderes públicos; en una palabra, en su función de garantía de aquello que integra la esfera de lo no decidible por inválido o ilícito (N. del A.: *Para ser aplicable en nuestro país este aspecto del paradigma, la cuestión radica en saber si contamos con jueces de personalidades recias e independientes en número suficiente como para jugar los nuevos roles. No tenemos la respuesta porque no somos tan optimistas, en la medida que la clase política vernácula tan cuestionable y cuestionada fuere el medio determinante según la estructura fáctico-normativa vigente para la designación y control del desempeño de los magistrados...*)

Estas nuevas fuentes de legitimación propuestas por Ferrajoli: la garantía de los derechos esenciales del habitante y el control de legalidad de los poderes públicos, añaden dos nuevos fundamentos al principio de independencia del poder Judicial respecto del poder de las mayorías: para ser eficaz en la tutela de tales derechos la judicatura debe ser un poder situado “frente a las mayorías”. No se puede condenar o absolver a un ciudadano porque tal decisión responda a los intereses o voluntad de una mayoría. Ninguna multitud, ninguna “opinión publicada”, por muy amplia o reiterativa que fuere, puede dar legitimidad a la condena de un inocente o a la absolución de un culpable, a la impunidad de un político o de otro individuo con poder (“rico y famoso” en la jerga mediática en uso).

>> La figura y posición institucional del juez en la democracia constitucional quedan claramente definidas por su exterioridad respecto del sistema político y por su distanciamiento de los intereses particulares de los sujetos implicados en el procedimiento. El juez no es propiamente un órgano del Estado-aparato (otra novedad importante respecto de nuestro sistema). Frente a los demás Poderes del Estado, puede decirse incluso que es un contra-poder, en el doble sentido que a él le corresponde el control sobre los actos inválidos y sobre los actos ilícitos, y por lo tanto sobre las agresiones, de todo tipo, a los derechos de los habitantes. <<

Resulta evidente que para cumplir ambas funciones el juez no debe tener relación de dependencia alguna, directa o indirecta, con ningún otro poder. “Debe ser, en otras palabras, independiente tanto frente a los poderes externos como a los poderes internos del orden judicial” afirma Ferrajoli, lo que implica incluso independencia frente a posturas corporativas como las de las “familias-mafias judiciales” que en muchos países latinoamericanos como el nuestro mantienen vínculos espurios con los grupos de poder formales y clandestinos, en tanto núcleos herméticos e impunes de distribución y conservación de privilegios y empleos para sus integrantes, familiares y amigos.

4. III.II.- El aporte de Duncan Kennedy.

Duncan Kennedy, un profesor de Harvard, - centro de altos estudios donde se forman parte de los dirigentes del *establishment* estadounidense-, aborda en diversos

estudios una perspectiva no dominante o emergente acerca del concepto del Derecho y el principio de neutralidad judicial aplicados en su país.

Una variante de análisis que nos propone se halla en que, mientras el positivismo dogmático de impronta kelseniana es todavía preponderante por estos lares y cualquier crítica a sus postulados aparece como repulsivo nihilismo, en Estados Unidos y Europa hace rato que las teorías del maestro vienés han entrado en un irremediable cuestionamiento, sobre todo en el aspecto de ver al Derecho como: 1) una ciencia sin fisuras, 2) autosuficiente y 3) lógicamente sustentada.

Para ello, muchos iusfilósofos han caído en cuenta que el Derecho, medio por excelencia de control social –visto por ellos cual una creación artificial, rígida y autoritaria (en tanto de cumplimiento obligatorio) de los individuos con poder para instrumentarlo- se opone al decurso “natural”, cambiante y esencialmente libertario de la existencia humana. Con el aporte de otras variables culturales como la sociología, la antropología, la historia, la economía, la psicología, han puesto en entredicho la validez, vigencia y eficacia de los principios de igualdad y seguridad jurídicas, acceso a la justicia, imparcialidad y neutralidad judiciales, el mismo imperio de las leyes, entre otras afirmaciones de fe y dogma tan caros a nuestra formación abogadil, pero poco determinables acorde las vivencias de la praxis percibida.

Pensadores como el mismo Kennedy, partiendo de las nociones de “discurso” de Habermas o de “deconstrucción” de Derrida, han afirmado, por ejemplo, que el Derecho no está tan lleno de imparcialidad como pregona y que puede constituirse en un arma más en la división y dominación facciosa e interesada de la sociedad.

Por estas latitudes y coincidentemente con la aparición creciente de críticos al modelo todavía vigente (Marí, Cárcova, Alicia Ruiz, entre otros, “Materiales”, 2006), diversos fenómenos socio jurídicos como la valorización paulatina del derecho constitucional frente al normativismo codificado y legislado, el florecimiento de las Cortes de última instancia mediante su intervención activa en el circuito de tomas de decisiones jurídicas con alcances políticos (vgr. “Aquino, Isacio”, CSJN, 21-09-2004), la crisis todavía no resuelta de los aparatos judiciales de las instancias ordinarias, académicos que instigan programas de reestructuración con claros contenidos ideológicos alternativos al dominante (“reformas judiciales”), han dado a determinados juristas respecto de la concepción habitual del Derecho la conciencia que está en una coyuntura teórica refundacional. Hay indicios de cambios de sensibilidad, de

paradigmas, renovaciones generacionales de doctrinarios, percepción que otras visiones colisionan con los remanidos *slogans* declamados ya desde la formación universitaria de abogados y jueces.

Esto se evidencia trascendente en países anglosajones y europeos occidentales y apenas incipiente y vacilante por estos lares.

Así, se observa que buena parte del debate teórico en el derecho contemporáneo gira en torno a dos cuestiones reiteradas:

- a) ¿Los sistemas jurídicos son internamente coherentes?, y
- b) ¿Los jueces son aplicadores neutrales de normas jurídicas o también (o sólo) creadores de Derecho inspirados en razones políticas o axiológicas propias y de naturaleza coyuntural?.

Del mismo modo, se enfrentan dos visiones o respuestas sobre el particular: la tradicional y la emergente o alternativa (o también “crítica”, denominación habitual para los pensadores de escuelas post marxistas).

La primera concibe el ordenamiento jurídico como un sistema armónico y completo, y la aplicación judicial de las normas que lo integran se evidencia como una actividad técnica y neutra, entendida como una suerte de apéndice funcional del mismo sistema. De acuerdo con ello, la tarea del juez se limita a desentrañar y explicitar la solución que, para el caso concreto, ya prevé el sistema normativo. Por esta razón, las escuelas que afirman la coherencia del Derecho (recordar a Kelsen y su “pirámide jurídica”), tienden a sostener simultáneamente la neutralidad de las decisiones judiciales.

Para las escuelas “críticas” -alternativas- (adelantamos que hay numerosas variantes en ellas), el Derecho se entiende como un conjunto de normas que tienen una textura abierta y en tensión permanente, debido a que laudan (o se inclinan en mayor o menor medida) hacia intereses de grupos total o parcialmente antagónicos (vgr. trabajadores y empleadores, delincuentes y sus víctimas, Estado y administrados, propietarios e inquilinos, dañadores y dañados, etc.).

Allí, los conflictos y sus decisiones por los jueces son vistos como campos de enfrentamiento entre dichos grupos (*a modo de ejemplos locales de impacto público: la excarcelación de Chabán vs. vindicta pública anticipada o el apartamiento precoz de*

varios jueces en los casos de Carrascosa y Ernestina de Noble vs. la necesidad de investigar sin concesiones presuntos delitos que involucran a personas de clases adineradas o con poder), en los que los órganos judiciales de cualquier grado intervinientes, lejos de mediar en forma neutra, eligen entre interpretaciones variables de acuerdo con el resultado que consideran individualmente más justo. Debido a esto, las teorías (o escuelas) que sostienen la indeterminación general del Derecho, suelen señalar igualmente el carácter subjetivo (*a fortiori* ideológico y político) de las resoluciones judiciales y su cuestionable cientificidad.

Este contraste se evidenció muy marcado en la teoría jurídica anglosajona durante el Siglo XX como una pertinaz confrontación entre ambas posturas. Se trató, dicho de otro modo, del debate entre teorías constructivistas (o re-constructivistas) y teorías “críticas” -alternativas-. Las primeras conformaron el paradigma dominante en medios académicos y en las prácticas jurídicas, mientras que las segundas estructuraron una contra-cultura emergente y subsistente hasta ahora en amplios reductos de pensamiento jurídico alternativo.

Ya a fines del Siglo XIX y comienzos del XX el *realismo* jurídico, cuyo punto inicial fue la obra del Juez de la Corte Suprema estadounidense O. W. Holmes, titulada *The Path of the Law* (traducible como el Camino o sendero del Derecho) de 1897 –hay versión disponible en nuestro medio editada por la Editorial Lexis-Nexis-, puso en entredicho la supuesta objetividad y coherencia lógica del sistema jurídico, pues las decisiones judiciales en su opinión no se reducían a formular un sencillo silogismo a partir de la norma aplicable y los hechos del caso. Para los “realistas” las sentencias plasmaban las preferencias de un juez o un tribunal en un lugar y momento determinados.

Después de Holmes, la tarea de los realistas fue insistir en el carácter indeterminado e incompleto del Derecho y la consecuente incidencia en la decisión judicial de factores que, de acuerdo con la concepción prevaleciente, eran extra jurídicos (y por ende extra científicos, más allá que integrasen el “discurso jurídico” corriente), tales como argumentos explícitos o implícitos de conveniencia o eficacia, apelaciones al bien común o a los intereses generales, la mera posición ideológica del juez, la presión de la opinión pública, entre otros. Para los realistas, en fin, el Derecho en general y las decisiones judiciales en particular, son productos contingentes de la dinámica política y social y reproducen sus tensiones.

Hacia los 60's del pasado siglo el realismo había dado nacimiento a una pluralidad de corrientes *críticas*, caracterizadas por sus reacciones escépticas frente al Derecho y las decisiones de los tribunales de justicia y con denuncias respecto del papel de ambos en la estratificación de las desigualdades sociales existentes.

Una manifestación singular, entre estas escuelas, fue la denominada *Law and Society* (Derecho y Sociedad), que teniendo carácter intelectual e interdisciplinario – superando el marco estrecho y dogmático de nuestra disciplina-, aplicó métodos de investigación sociales para indagar lo que realmente se encontraba detrás de (y después de) la creación de normas y de los modos judiciales de decisión de conflictos.

Estas corrientes trascendieron las fronteras estadounidenses a partir de los 80's y sus formulaciones teóricas se extendieron por Iberoamérica, motivadas por la necesidad cada vez mayor del control de constitucionalidad de las leyes (coincidencia con el paradigma europeo de Ferrajoli), aunque su efectividad es todavía epidérmica o limitada a muy reducidos niveles académicos en esta zona del mundo, como dijimos.

Un autor colombiano -César Rodríguez- comentando en español la obra de Duncan Kennedy ("*Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial*") atribuye este relativo bajo eco a una compleja suma de factores:

a) En primer lugar, la adopción en el siglo XIX por la mayoría de los países latinoamericanos del sistema jurídico francés, que hizo de la ley escrita y codificada la fuente por excelencia del Derecho. En el ámbito de la teoría jurídica, tal circunstancia dio lugar a una tradición formalista aún prevaleciente, centrada en la exégesis de los textos legales y en la insistencia sobre el insostenible carácter apolítico de la decisión judicial.

b) En segundo lugar, la educación jurídica ha buscado reproducir la concepción formalista del Derecho, al concentrarse casi de manera exclusiva en el estudio de las normas positivas, marginando el análisis y eficacia de las decisiones judiciales y la interacción existente entre Derecho y Sociedad.

c) En tercer lugar, el desconocimiento del fenómeno del realismo jurídico no ha permitido en Iberoamérica estructurar con eficacia escuelas críticas del Derecho y la jurisprudencia prevaleciente. Finalmente, el peso histórico del formalismo y su fe en la racionalidad presupuesta del Derecho ha dificultado la entrada del pensamiento posmoderno (con sus más y sus menos), al ámbito de la teoría jurídica.

Como síntesis, las características definitorias de todas las corrientes alternativas (críticas) resultantes coinciden en destacar:

- * la radical indeterminación –o contradicción- interna del Derecho;
- * la dimensión política de la jurisprudencia resultante del mismo;
- * la función ideológica del dogma de la neutralidad judicial, como resultado de ser funcional al *statu quo ante*;
- * la importancia de argumentos de conveniencia y oportunidad en la jurisprudencia y
- * la tensión entre libertad y restricción en las decisiones judiciales.

Otras circunstancias de naturaleza descriptiva radican en que los numerosos trabajos críticos elaborados no constituyen sistemas teóricos orgánicos sino una red de elaboraciones sobre temas puntuales como la educación jurídica, las decisiones judiciales, o el estudio de casos con fines didácticos; el resultante es un movimiento de manifestaciones plurales, con rechazo de los análisis sistemáticos y a la construcción de estructuras referenciales. No obstante, dentro de la pluralidad de trabajos críticos (alternativos), se evidencian propósitos, tesis e intereses comunes, que conforman la médula del movimiento.

Así, los estudios críticos muestran:

- 1) un propósito que, en los términos de Kennedy, consiste en *“poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que crean el Derecho mientras se ven a sí mismos como meros instrumentos del mismo”* (destacando la conexión omnipresente entre Derecho y política);
- 2) los principios y doctrinas jurídicas son de textura abierta y pueden dar lugar a resultados naturalmente contradictorios según la posición del analista al respecto (N. del A: *Otra característica a-científica o a-racionalista del Derecho como disciplina que los tradicionalistas evitan cuidadosamente analizar o admitir*);
- 3) las decisiones judiciales expresan la dinámica interna de la cultura jurídica, siendo ésta contingente, en tanto depende de opciones temporales que privilegian determinados presupuestos y valores, mutables de tiempo en tiempo y de sociedad en sociedad (“relativismo”);
- 4) cualquier conjunto de principios jurídicos puede ser usado para conseguir resultados opuestos o sin vinculación unos con otros (punto que desarrollaremos en detalle en el Libro II de esta obra);
- 5) los análisis históricos y socioeconómicos realizados muestran cómo determinados grupos de interés, clases sociales o instituciones económicas arraigadas se benefician

habitualmente de las decisiones jurídicas a pesar (o a causa de, precisamente) la indeterminación de las doctrinas judiciales (ibídem anterior);

6) el análisis y la cultura jurídicos tradicionales legitiman sus resultados con un previsible rechazo o desconfianza hacia los aportes de otras disciplinas o realidades sociales que podrían llevar a cuestionar su dominante dogmatismo, artificialidad, vigencia y pretendida inmutabilidad de la llamada “ciencia del Derecho” (sociología, antropología, filosofía, psicología, diversidades culturales, nacionales, de minorías, clases o géneros);

7) debido a lo anterior, las corrientes críticas/alternativas pugnan por traer a luz visiones sociales nuevas o previamente desfavorecidas y defienden su realización en las prácticas jurídicas y políticas mediante su incorporación al discurso y significados naturales del Derecho.

8) en lo sociopolítico y cultural, resiste a la desigualdad y patrones sociales existentes;

9) en lo metodológico, su instrumento esencial de labor es la *deconstrucción* de los objetos de la tradición jurídica como las sentencias, los manuales de enseñanza, los desarrollos teóricos constructivistas y las opiniones dominantes de juristas y corporaciones de jueces y abogados (en especial, los dogmas sobre la coherencia del Derecho y la aplicación neutral del mismo por parte de los tribunales). Para ello se valen de un examen minucioso de los textos y prácticas provenientes de la tradición jurídica, con el fin de mostrar sus profundas inconsistencias internas y su carácter casuístico (técnica que luego empleamos en el análisis del tratamiento pretoriano de la salud laboral, por ejemplo: Libro II).

Para Kennedy, es demostrable la contradicción interna que soporta el Derecho privado, resumido en el enfrentamiento constante entre dos visiones de sociedad: el *individualismo* y lo que llama el “*altruismo*” (*solidaridad*) en lucha. La cosmovisión individualista es favorable al imperio de la autonomía de la voluntad; la solidaria (“altruista”), defiende instituciones jurídicas que establecieran obligaciones de solidaridad entre particulares. En este escenario dialéctico (autonomía de la voluntad vs. solidaridad), el predominio de una u otra visión en momentos históricos concretos aparece como una elección del legislador o el tribunal de justicia, como una realidad contingente, de la que se benefician grupos de interés concretos, habitual y paradójicamente los de mayor poder económico, político y social.

Así, los estudios críticos en su conjunto aparecen como el *pensamiento jurídico de la sospecha*. Son objetos de la misma: la tradición, el discurso dominante, la

justificación y bondad del *statu quo*, la jurisprudencia. Sobre esta última se indagan acerca de los motivos ideológicos ocultos en las decisiones judiciales que se describen (a sí mismas) como técnicas, deductivas, objetivas, racionales, impersonales o neutras y, finalmente, inevitables y esencialmente justas, aunque en esencia sean escapistas, indeterminadas, subjetivas y política e ideológicamente contaminadas en la mayoría de los casos, para favorecer o no irritar (consciente o inconscientemente) a determinados grupos con poder social consolidados o en pugna por emerger.

Una herramienta muy empleada desde los 80's es la *deconstrucción* posmoderna, que sostiene la posibilidad de subvertir todas las jerarquías conceptuales predominantes a través de una crítica que muestre sus inconsistencias internas. Para llevar a cabo esta crítica, los deconstructivistas utilizan lo que Derrida ha llamado "la lógica del suplemento" o "el suplemento peligroso"; esto es, la inversión o trastocamiento de las jerarquías para evidenciar la contingencia del orden establecido por éstas y la posibilidad de privilegiar el polo (suplemento) que hasta ahora fuera subyugado o soslayado.

Por todo ello, Kennedy sugiere tomar "*la ideología* (de los actores jurídicos) *en serio*". Su postura se evidencia como posmoderna pues apunta a la deconstrucción de las teorías dominantes aunque desconfía de la posibilidad de formular otras alternas. Pretende desenmascarar las concepciones de la decisión judicial declamada como neutral que la hacen parte del *statu quo* porque reproduce y refuerza las desigualdades sociales (Ver en el Libro II la investigación sobre "Intereses judiciales").

De tal modo sostiene que "*En todos los sistemas occidentales el discurso que usan los jueces, las autoridades jurídicas y los teóricos políticos para legitimar la aplicación del poder estatal niega (suprime, mistifica, distorsiona, esconde, evade) dos fenómenos claves: a) el grado en el que las reglas establecidas (contenidas en un código o en el derecho común) estructuran la vida pública y privada de tal forma que otorgan poder a unos grupos en detrimento de otros, y en general funcionan para reproducir los sistemas jerárquicos que caracterizan la sociedad en cuestión; b) el grado en el que el sistema de reglas jurídicas contiene lagunas, conflictos y ambigüedades que son resueltas por los jueces que persiguen –de manera consciente, semi-consciente o inconsciente- proyectos ideológicos relativos a dichas cuestiones de jerarquía social*" ("A Critique"...pág. 14).

En concreto, el discurso de la coherencia y la neutralidad tiene los significados de hacer parecer como justo y natural el funcionamiento de un sistema jurídico que favorece intereses de grupos que cuentan con mayor información sobre las normas y con mayor poder económico y de gestión para defender sus posiciones (para formularlo con una oración de raigambre *jauretcheana*: hasta los menos avisados intuimos que no tiene el mismo nivel de acceso a la decisión judicial el ejecutivo local de una multinacional informática que un “pibe chorro” de la Villa *Carlos Gardel*...).

Cuando discurre sobre la indeterminación del Derecho y de la doctrina jurídica, Kennedy afirma que muchas de las instituciones basales del derecho privado responden a una lógica individualista, que privilegia la autonomía de la voluntad personal. De acuerdo con esta lógica, el Derecho debe limitarse a satisfacer dos fines; de una parte, asegurar una esfera de total libertad para cada individuo, ejercida sobre los bienes que jurídicamente son de su propiedad; de otra parte, prever reglas precisas para los intercambios entre individuos, representadas en esencia por las normas sobre la formación y ejecución de los contratos y sobre la responsabilidad civil por los daños causados a otros.

Es el Derecho, así concebido, funcional a sociedades cuya dinámica dice estar fundada en la iniciativa privada y en la competencia libre entre individuos (competencia libre que los teóricos de la economía reconocen como entelequia por obra de los monopolios, oligopolios y la porción de economía informal, excluidos y corrupción inevitable y cada vez mayor e inmanejable de nuestras sociedades). Sin embargo, la teoría de este sistema jurídico insiste en dejar intactos los resultados de este juego de “libre intercambio”, restringiéndose a establecer las reglas mínimas de dicho juego. Correlativamente, los jueces habrán de limitarse a aplicar de manera neutra las reglas fijadas para incentivar el libre cambio (suponiendo que tal neutralidad fuere también prácticamente posible y verificable).

Tomando como ejemplo el campo de la responsabilidad civil, la lógica individualista inspira la institución de la *responsabilidad subjetiva*, conforme a la cual está obligado a indemnizar un daño sólo quien lo causa por negligencia o dolo. La responsabilidad subjetiva, entonces, se centra en la conducta del individuo que produce el daño (vgr. el fabricante de un medicamento defectuoso), independientemente de las consecuencias que dicho daño traiga a las víctimas (sus consumidores). Si quien causa el daño no tuvo intención de hacerlo o no actuó de manera negligente, las víctimas pudieran no tener derecho a la reparación o –como sucede en nuestros tribunales- la víctima debe

probar el dolo o la culpa del fabricante, prueba difícil o imposible si las hay, operando esta *inocente y en apariencia neutral* doctrina judicial como un medio de disminución de la responsabilidad económica y personal del victimario, que ocupa *-casualmente* casi siempre- una situación social preeminente respecto de sus damnificados.

Como también se puede apreciar con facilidad, la doctrina de la responsabilidad subjetiva acoge una de las ideas caras al individualismo, esto es el mérito; el individuo así debe sufrir o disfrutar las consecuencias que ha merecido a través de la direccionalidad axiológica de su conducta (culpa o dolo).

Kennedy, no obstante, repara que existen en el Derecho privado numerosos institutos que responden a una lógica opuesta al individualismo, de corte altruista (seguridad social, cooperativismo, fondos de garantía), que enfatizan el valor solidaridad en las relaciones sociales. Desde esta perspectiva, el Derecho debe servir como instrumento de cohesión social, estableciendo deberes recíprocos entre los individuos que promuevan la consecución de fines compartidos.

En este modelo de sociedad solidaria, el Derecho privado busca establecer remedios para proteger a las partes débiles de las relaciones sociales (p.ej. las víctimas inculpables de daños). En el ámbito de la responsabilidad civil, por ejemplo, la posición altruista promueve la creciente influencia de la doctrina de la *responsabilidad objetiva* según la cual quien causa el daño *debe responder siempre* por el perjuicio causado a la víctima, independientemente del cuidado, buena fe, intención, negligencia, culpa o dolo con que actuó.

Esta concepción –que regula en numerosos ordenamientos jurídicos los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas (transportes, actividades industriales y de servicios, deportes profesionales)- atiende fundamentalmente los intereses de la víctima inocente y apela a la responsabilidad solidaria del causante del daño por realizar una actividad concebida directa o indirectamente en su propio beneficio.

Así encontramos una de las explicaciones de Kennedy del porqué de la incoherencia (o *a-cientificidad, el agregado es nuestro*) del Derecho. El conflicto entre individualismo y altruismo/ solidaridad es radical: se trata de visiones opuestas de la sociedad que dan lugar a la convivencia de instituciones, reglas y principios contradictorios en el seno del Derecho privado. Este esquema puede trasladarse al resto del ordenamiento jurídico: así por ejemplo el conflicto entre la libertad y la

igualdad en el derecho constitucional; o entre beneficio y costo en los derechos de raigambre económica, entre libre disponibilidad y restricciones de naturaleza social en los derechos reales, etc.

A) El rol de los jueces según Kennedy.

Kennedy otorga a la magistratura como grupo profesional un rol decisivo en su teoría. Por ser el Derecho esencialmente contradictorio, el juez no tiene forma alguna de ser neutral: siempre está optando entre soluciones individualistas o solidarias, entre el dominante y el dominado, el poderoso y el inerme, el informado y el desinformado de sus derechos, el que puede pagar los mejores defensores ante los tribunales y el que no accede por carencia de medios al sistema judicial. Además, siempre está influido o condicionado por lo político contingente y las estructuras ideológicas, internas o externas.

Con el objeto de subrayar la influencia de lo político en la decisión judicial, Kennedy desarrolla tres afirmaciones:

1) Lo político incide en las sentencias a través de la presencia permanente de la *ideología* en la aplicación judicial del Derecho;

2) la ideología se evidencia por la utilización habitual de argumentos de conveniencia pública (recordar los dogmas vernáculos de raigambre pretoriana tan recurrentes como poli funcionales: *“estamos en situación de emergencia pública”*, *“los jueces no pueden juzgar acerca de la conveniencia y oportunidad de las leyes”*, *“la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio del orden jurídico vigente”*, *“debemos dejar a salvo el principio de la seguridad jurídica”*, *“no podemos caer en el gobierno de los jueces”*, *“dejo a salvo mi opinión contraria pero acato la doctrina del Superior por razones prácticas”* –haciendo jugar una aparente confusión entre nivel jerárquico o estructural con preeminencia analítica o infalibilidad en la interpretación del Derecho y su adecuación constitucional-, etc.);

3) los jueces tienen experiencias cotidianas de libertad y restricción en su intento de emitir la mejor sentencia del caso según su saber y conciencia.

La ideología es un discurso (entendiendo por tal a cuerpo de pensamiento, conjunto de texto o cualquier manifestación ordenada -no espontánea- de las ideas), que elaborado por una *élite* cohesionada pretende defender a través de él los intereses de un grupo social o funcional que entiende representar, discurso que es elaborado con significados de pretensión universal a fin de ocultar el vínculo con el

grupo de adscripción o interés representado o que se busca favorecer, a través de argumentos tales –por ejemplo- como el carácter inalienable de los derechos humanos (con énfasis en los derechos sociales) por parte habitualmente de las izquierdas y en los derechos de la libertad individual (en sus múltiples variantes de libertad económica, política y social), en los significados preferidos por las derechas.

Siguiendo la categorización de Bobbio, las llamadas “*izquierda*” y “*derecha*” se evidencian como ideologías fundamentales, insoslayables y omnipresentes en las sociedades contemporáneas (más allá de los rótulos bajo los que se difuminan), en tanto cada una constituyen proyectos políticos que abogan por los intereses de colectividades específicas (los sumergidos, perdedores, dominados o inconformistas del *statu quo*, que buscan cambiarlo formulando utopías de un orden social mejor o distinto en el caso de las izquierdas; los emergidos, triunfadores, dominadores o satisfechos del *statu quo*, que pretenden mantenerlo por medio de la seguridad jurídica y económica, para conservar posiciones, en el caso de las derechas) empleando en cada caso discursos elaborados en términos pretendidamente universales.

Cualesquiera fuese el escenario elegido, el Derecho cumple una función central, en tanto establece las reglas de juego que favorecen una u otra posición ideológica, pues la lucha ideológica se extiende al campo normativo. La definición y aplicación de las reglas jurídicas es uno de los campos de batalla esenciales entre estas ideologías opuestas. Así, el Derecho como superestructura y las decisiones judiciales como praxis, se muestran como extensión natural y habitual de la política.

Toda decisión judicial en temas de cierta trascendencia produce tres clases de efecto:

- 1) Causa definición a favor de alguno de los grupos en pugna, para el caso concreto (veremos luego como este fenómeno se objetiva en el Libro II);
- 2) Lo decidido en el fallo –según el nivel jerárquico o de prestigio del tribunal- pasa a ser parte de las reglas de juego de las luchas futuras entre grupos ideológicos, afectando el poder relativo de cada uno de ellos;
- 3) Al ser los jueces, para muchos, signos sociales de autoridad e imparcialidad, sus decisiones pueden causar el “efecto de conversión”; esto es, la creencia en el público que lo establecido en la sentencia es lo correcto y equitativo.

Como los magistrados suelen redactar sus fallos con el estilo impersonal del discurso silogístico, esconden deliberadamente las motivaciones reales de sus

decisiones bajo el manto de la aplicación racional de las normas, aplicación que forma parte del paradigma dominante del rol judicial. Si se apartaren de esta concepción (por ejemplo exteriorizando alguna inclinación ideológica), serán blanco seguro de la crítica de los guardianes de la tradición o pretendida ortodoxia jurídica (colegas, corporaciones de abogados, juristas, etc.), e incluso pueden llegar a perder su cargo (destitución, juicio político).

Propone Kennedy un mecanismo para establecer la verdad subyacente en cada fallo, en base al siguiente procedimiento:

- 1) Prescindir de la interpretación literal;
- 2) Buscar una interpretación alternativa que evidencie los intereses en juego;
- 3) Si la lectura adicional (“crítica”) resulta más convincente que el texto oficial, queda demostrado el carácter ideológico de la decisión;
- 4) la existencia de argumentos “de conveniencia”, no deductivos (“cualquier verdura” en el argot tribunalicio local, “pegado” de párrafos enteros de terceros autores en las sentencias en la búsqueda de autoridad expositiva), es un fuerte indicio del predominio ideológico del discurso judicial.

La diferenciación entre argumentos deductivos y no deductivos es una categoría esencial de análisis de las corrientes críticas. Los argumentos deductivos aplican reglas jurídicas precisas a los casos cobijados por ellas, dentro de un modo de razonamiento silogístico, cuyo resultado lógico es a todo o nada en la admisión o rechazo de cada pretensión (salvo los casos de responsabilidad concurrente, en que busca determinarse precisamente tal margen de participación).

Los argumentos no deductivos apelan a la conveniencia pública de un cierto resultado, a principios generales (jurídicos, éticos, políticos e –incluso- religiosos: en nuestras sentencias vernáculas es de uso la cita de Encíclicas y otros documentos papales, discriminando de tal modo a quienes no participan de la Fe Católica) y a los derechos individuales.

El empleo de argumentos de conveniencia tiene las siguientes características:

- 1) su aplicación presupone la insuficiencia de argumentos deductivos disponibles;
- 2) apelan siempre a la deseabilidad de un resultado (escape hacia el futuro);
- 3) En vez de aplicar el silogismo, se basan en la ponderación de razones opuestas, de modo que la decisión judicial representa un compromiso entre soluciones en colisión.

Tales baterías de argumentos representan el “caballo de Troya” mediante el cual la ideología se introduce en la médula del discurso jurídico. A través de los argumentos no deductivos, se invierte el modelo silogístico de la decisión: el juez primero avizora el resultado que desea y luego busca los fundamentos jurídicos que lo justifican (tránsito de lo particular -visión de la solución- a lo general -argumentos jurídicos que sustenten *ex post facto* la solución decidida-).

¿Cuál sería entonces el mejor mecanismo de decisión judicial? Pues, centrar toda la atención en la descripción de la experiencia personal del juez en un caso concreto. Esta experiencia le permite oscilar entre la libertad para crear el derecho fundante de la decisión en base a sus vivencias y la restricción de aplicar los materiales jurídicos existentes (que son mucho más que las normas: como principios generales, convenciones sociales, jurisprudencia e, incluso, su propia percepción del cambio social operado desde la sanción de la norma aplicable). Hay generalmente una tensión entre la sentencia a la que el juez quiere llegar y lo que el marco normativo y jerárquico interno pareciera indicar.

Los modos de restricción más comunes serían:

- 1) Percibir a las normas como una atadura para llegar a una solución más justa (dilema entre una decisión mecánica acrítica o la sensación de fracaso por no haber logrado una solución más justa);
- 2) Falta de correspondencia entre la decisión y lo que el juez supone que la comunidad jurídica o la sociedad espera del caso;
- 3) Evitar colisiones con los tribunales superiores para no ver revocada su sentencia;
- 4) Eludir colisiones abiertas con la tradición jurídica, dado que ello podría poner en peligro su permanencia en el cargo por instrucción de un proceso disciplinario bajo la imputación de haber desconocido el Derecho vigente, Derecho que como vimos resulta de manera habitual la normatividad funcional al *statu quo* de los grupos de mayor poder social.

Se pueden soslayar tales restricciones por medio de una estrategia argumentativa compleja que desemboque en la construcción de nuevas y convincentes tesis jurídicas que sustenten la decisión buscada (desde el punto de vista de la experiencia del juez, el Derecho podría mostrarse así no como esencialmente determinado o indeterminado, sino en un rol dinámico).

El Derecho es visto de esta forma como un material moldeable, dúctil, al que el juez intenta darle la forma que estima más adecuada en cada pleito. Tal labor es llevada a cabo mediante varias estrategias propias del oficio judicial: a) La selección de las normas (reglas o principios) más relevantes para llegar a la solución apetecida, y el correlativo descarte de las otras de signo inconveniente; b) identificación de jurisprudencia que apoye la decisión buscada y marginación de la opuesta; c) construcción de argumentos de conveniencia en sustento del fallo a que se quiere llegar y eventual refutación de los adversarios.

Los jueces redactan sus fallos en el lenguaje despojado propio de la neutralidad, pese a que los motivos ideológicos continúan subyaciendo en sus decisiones. *¿Significa esto que los magistrados mienten para ocultar su impronta ideológica bajo la retórica tradicional?*

La respuesta del profesor de Harvard es afirmativa (la experiencia personal del autor como abogado de parte y juez coincide con esta conclusión). Agregando que, de hecho, esta ocultación es una parte esencial de las decisiones de los jueces en las democracias contemporáneas. En términos psicológicos, los magistrados son conscientes de tal situación, hasta el punto que su disfraz bajo la retórica de la neutralidad del fallo es un ejemplo de la forma típica como las personas suelen resolver las angustias causadas por sus tensiones internas: o sea, negar su existencia.

Esta práctica en apariencia cínica parece ser, sin embargo, la única salida para el juez, dado que los costos personales de las otras dos posibilidades –reconocer abiertamente la influencia de la ideología o simplemente renunciar al caso o al cargo– parecen muy gravosos y poco prácticos.

De otro modo, porqué este discurso de ocultación deliberada es aceptado por la comunidad jurídica como por el público en general; en otras palabras: ¿porqué, si existen evidencias constantes de la política en las decisiones judiciales, no se deslegitima la práctica judicial hipócrita? La respuesta de Kennedy es que tanto los especialistas como los legos en Derecho quieren conservar la imagen del juez neutral, en tanto que ésta es el símbolo social por excelencia de la imparcialidad.

El Juez es posiblemente la imagen paradigmática de la coherencia, el referente que compensa en el nivel simbólico la incoherencia omnipresente en la vida cotidiana.

La retórica de la neutralidad se mantiene, en fin, porque la mayoría gusta creer que ella es cierta... (César Rodríguez, op. cit., pág. 88).

4. III. III. *Debate sobre el efectivo acceso a la Justicia.*

Mauro Cappelletti (italiano) y **Bryant Garth** (inglés) han realizado profundos estudios sobre el acceso a la justicia y la tendencia universal para hacer efectivos los derechos. Es la más “sociológica” de las tres propuestas analizadas, en la medida en que hace un *racconto* de las investigaciones sociales efectuadas a partir de la década de los ‘70s del pasado siglo sobre los esfuerzos públicos y privados en numerosos países para hacer efectivos los derechos proclamados en Tratados y Constituciones y el grado concreto de acceso a la justicia por parte de sus habitantes.

Comienzan su exposición con un aserto impactante: “*Ningún aspecto de nuestros sistemas jurídicos modernos es inmune a la crítica*”, para luego reconocer en dicha actitud crítica el aporte interdisciplinario efectuado por sociólogos, antropólogos, economistas, politólogos y psicólogos, a los que aconseja no combatir desde la trinchera de la profesión jurídica sino aprovechar en lo valioso que tiene dicha contribución para el añoso movimiento de lucha por el “acceso a la justicia”.

Más allá de una definición, el término “*acceso a la justicia*” puede emplearse para focalizar los dos propósitos básicos de cualquier sistema jurídico en el cual la gente pueda hacer valer sus derechos o canalizar sus conflictos, bajo los auspicios generales de cada Estado. Ellos son: a) que el sistema deba ser igualmente accesible para todos y b) que deba proporcionar resultados individual y socialmente justos. Se infiere que una de las premisas ínsitas en tal esquema es que la justicia social, como la buscan las sociedades modernas, presupone que todos tengan un acceso efectivo a la justicia.

Este concepto de “acceso a la justicia” es contingente y ha sufrido grandes modificaciones en los últimos tres siglos. Así, en los Estados liberales burgueses de fines del siglo XVIII y todo el XIX, los procedimientos para los litigios civiles reflejaron la filosofía esencialmente individualista de los derechos que por entonces prevalecían. Una garantía de acceso a la protección judicial implicaba esencialmente la aptitud meramente formal del quejoso a litigar o defender una pretensión. Había un reconocimiento de derecho, teórico, formal, más no de hecho.

La teoría predominante por entonces era que, aun cuando el acceso a la justicia pudiese ser un “derecho natural”, los derechos naturales no exigían una acción estatal afirmativa para su protección (postura funcional para los grupos y factores de poder que de tal manera veían consolidado el *statu quo ante* y la posición preeminente e inmodificable que detentaban). Acorde a ello, el Estado mantenía una actitud pasiva en relación a cuestiones tales como la capacidad que en la práctica tuviere un sujeto para conocer sus derechos y hacerlos valer o defenderlos de manera eficaz. Aliviar la “pobreza legal” (o sea, la incapacidad de gran número de individuos para hacer cabal aprovechamiento del sistema jurídico y sus instituciones) no constituía por entonces preocupación de estos Estados. La protección del Derecho, como otras *mercaderías* en el sistema de *laissez faire, laissez passer*, sólo podía ser adquirida por aquéllos que pudieran pagar su costo de mercado; los que no pudiesen hacerlo, serían considerados únicos responsables de su destino (*darwinismo social*).

Por aquel entonces los teóricos del Derecho, en su mayoría europeos occidentales, al igual que los sistemas judiciales más eficaces, estaban alejados de las preocupaciones reales de la mayoría de la gente, en similar manera a lo que sucede en nuestro país actualmente, donde en este aspecto estamos todavía en el siglo XIX. Los movimientos sociales y los nuevos órdenes económicos y políticos surgidos por la primera gran posguerra generaron transformaciones radicales en las luchas de las sociedades nacionales por la universalidad y eficacia de los derechos. En síntesis, la nueva tendencia en este punto ha sido hacia el reconocimiento cada vez más amplio de los derechos y las obligaciones sociales interactuadas entre gobiernos, comunidades, asociaciones y simples individuos.

El Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 ejemplifica estos nuevos derechos humanos como los necesarios para hacer realmente accesible a todos los individuos los demás derechos proclamados. Desde entonces se ha vuelto un lugar común observar que la acción afirmativa (políticas activas) por parte del Estado es necesaria para garantizar el disfrute de estos derechos sociales básicos para todos. Tal concepción implica analizar la manera en que opera la ley sustantiva en cada caso, en base a los siguientes interrogantes esenciales: ¿con qué frecuencia ella se aplica, para beneficio de quienes y con qué impacto social? De tal modo, los investigadores del fenómeno del acceso a la justicia deben ampliar su visión mucho más allá de los estrechos marcos del derecho procesal y aprender a utilizar la información proveniente de los métodos analíticos sociológicos, políticos, psicológicos, económicos y de otras disciplinas; incluso de otras culturas.

Teniendo en cuenta que toda igualdad perfecta es utópica porque las diferencias entre los individuos forman parte del estado real de las cosas y nunca se pueden erradicar por completo, se hace menester para atenuar dichas diferencias identificar como primer paso las barreras que dificultan tal apriorístico utópico acceso. Dicho de otro modo, la identificación de las barreras es la primera tarea para dar significado al acceso “eficaz”.

De manera general, tres factores aparecen como los principales condicionantes:

- a) El costo del litigio;
- b) Las diferencias entre el poder de los litigantes y
- c) Los problemas especiales generados por los “intereses difusos”.

Con referencia al tema de los costos, los gastos para litigar son una de las principales barreras de acceso en sistemas como el nuestro en que “el ganador se lleva todo” (se refiere al concepto que el perdedor carga con las costas, salvo supuestos excepcionales de “prudente apreciación judicial” en que el juez puede eximir de todo o parte de los costes al vencido). Cuando el perdedor paga los gastos judiciales comunes, y el litigante es de baja condición económico social, este riesgo es un límite muy duro para acceder a la defensa de sus derechos.

En todos los sistemas conocidos los gastos en orden de importancia son:

- 1) Honorarios de abogados;
- 2) Honorarios de peritos;
- 3) Tasas e impuestos por actuación judicial (en algunos países como el nuestro no es gratuito el acceso a la Justicia, salvo excepciones). Ello supone la existencia de un gasto mínimo o de alguna importancia para litigar que para muchos individuos puede ser disuasivo al momento de encarar una acción judicial.

Vinculadas al tema de los costos están otras circunstancias como:

- a) Las reclamaciones pequeñas, a las cuales la existencia de elevados costos fijos para litigar hace que los afectados desistan de hecho en accionar y soporten constantes y reiteradas violaciones a sus intereses (generalmente en cuestiones vinculadas a derechos del consumidor y calidad y garantía de productos elaborados o servicios prestados);
- b) El tiempo del litigio, que en la mayoría de los países el acceso a la justicia requiere un mínimo de dos a tres años para obtener decisiones jurisdiccionales, obra

como un poderoso factor disuasivo para la parte económicamente más débil, que urgida por las necesidades es proclive a abandonar sus reclamos o a resignar parte sustancial del mismo en aras de una pronta solución (*N. del A. Este fenómeno se constata en el caso de conciliaciones –acuerdos “voluntarios” del trabajador en el proceso laboral cuanto en materia recursiva y como sus efectos negativos para el litigante sin poder pueden demostrarse con métodos muy simples de investigación social*).

Las *diferencias de poder* entre los litigantes hacen que ciertos individuos o corporaciones disfruten de ventajas estratégicas en los litigios. Ellas se basan en:

1) La situación económica desahogada posibilita elegir los abogados más caros (y presumiblemente más poderosos, con capacidad de influir o impresionar mejor a los tribunales); permite soportar las consecuencias de la duración de los litigios y facilita la articulación y el eventual pago de pruebas más sofisticadas y costosas, mejorando las posibilidades de defensa y éxito final. Al depender de las partes para la investigación y presentación de pruebas y para el desarrollo y discusión del asunto, la posición pasiva de los jueces –habitual en los procesos civiles de impulso de parte- e independientemente de sus aspectos axiológicamente ponderables, exacerba los problemas mencionados.

2) La eficiencia para reconocer y hacer valer una demanda o una defensa, aunque se relaciona asimismo con los recursos financieros, está también ligado a parámetros como la educación, experiencia, condición social (en el caso de litigantes individuales) e infraestructura organizativa (en el caso de personas jurídicas).

El primer paso radica en la posibilidad de reconocer un derecho que se pueda hacer valer legalmente, ya que existen muchos intereses, reclamaciones y problemas potenciales que son bien comprendidos por los miembros de la población en algunos casos, mientras que otros no se comprenden o perciben como tales. La necesidad de información jurídica masiva y sencilla aparece entonces como primordial y prioritaria, pues en ciertas investigaciones públicas (Cappelletti y Garth citan estudios británicos) se constató que parte importante de los pobladores jamás acudirían a abogados por desconfianza hacia ellos. *“La complicación del procedimiento, los detalles en la forma, los tribunales intimidatorios y jueces y abogados prepotentes hacen que el individuo que quiere hacer valer su derecho se sienta perdido, prisionero en un mundo extraño”* (op. cit., pág. 19). Finalmente, se constata que resulta difícil movilizar a las personas a fin que usen el sistema legal para buscar la protección de derechos jurídicos no tradicionales.

3) Otra de las diferencias radica en el contraste entre litigantes “ocasionales” y litigantes “repetitivos”. En este último caso, se cuenta con las siguientes ventajas:

- a) La experiencia con el sistema judicial le permite plantear mejor el litigio;
- b) el litigante repetitivo logra economías de escala porque tiene más casos (abogados contratados a retribución periódica, distribución de las cargas económicas en el tiempo por manejo de las eventuales transacciones;
- c) el litigante repetitivo o sus abogados permanentes, gozan de oportunidades de crear relaciones informales con miembros de los tribunales que toman las decisiones (lo que en el argot tribunalicio vernáculo se denomina posibilidad de efectuar “alegatos de oreja” o de “tener llegada” al/los magistrado/s del litigio);
- d) puede distribuir el riesgo del pleito entre más casos (es común en el fuero laboral, en casos de litisconsorcios activos, en que interviene un mismo Estudio por los trabajadores, transar los mismos mediante un arreglo global –un “paquete”- donde los resultados individuales son apenas un porcentaje del reclamo original, so pretexto de garantizar un resultado uniforme y acortar los tiempos de duración del reclamo);
- e) permite ensayar estrategias con casos particulares de escaso riesgo económico para adquirir experiencia en casos similares futuros de mayor importancia (elegir un caso para explorar resultados posibles);
- f) como conclusión global, los litigantes organizados son más eficientes que los individuales.

En cuanto a los *intereses difusos*, que pueden entenderse como intereses colectivos o que afectan a un gran número de personas en principio indeterminadas (como la protección del medio ambiente o de los consumidores), los principales problemas radican en que aparece dudoso o cuestionable el derecho de muchos afectados para el planteo del reclamo (dudas o ausencia de reglas frente a la “personería” para litigar) o bien que el interés de cada uno es demasiado pequeño para determinarlo a emprender una acción. Aunque desde el punto de vista del interés socio-jurídico es muy necesario, se muestra como reconocidamente difícil movilizar la energía privada para superar las debilidades de la maquinaria gubernamental en la protección de los intereses difusos (precisamente porque son demasiados los casos en que las autoridades públicas con sus decisiones afectan los intereses difusos del individuo).

Cappelletti y Garth concluyen su panorama introductorio en el sentido que “*los obstáculos creados por nuestros sistemas jurídicos son más pronunciados para las reclamaciones pequeñas y para los individuos aislados, en especial para los pobres*”

(op. cit., pág. 22). Así, los nuevos derechos sustantivos que son características del Estado moderno, incluyen paradójicamente esfuerzos por apoyar el poder de los habitantes contra los gobiernos, así como también de los consumidores contra los comerciantes, de la población contra los contaminadores, de los inquilinos contra los propietarios y de los empleados contra los patrones (y los propios sindicatos).

Este nuevo paradigma nos lleva al problema siguiente: aun suponiendo que exista la voluntad política de movilizar a los individuos para hacer valer estos derechos (tema que en Argentina no tiene una respuesta eficaz todavía), la cuestión fundamental es cómo se puede lograr, qué mecanismos o sistemas emplear y cuáles reformas instrumentar para ponerlos en vigencia.

4. III.IV. *El aporte local.*

En una obra colectiva que va por su segunda edición (*“Materiales para una Teoría Crítica del Derecho”*) un grupo de pensadores argentinos (Enrique Marí, Carlos Cárcova, Diego Duquelsky Gómez, Ricardo Entelman, Marcelo Raffin y Alicia Ruiz), en conjunto con otros autores extranjeros, demuestran que el pensamiento crítico entre los juristas nativos es algo más que una cuestión académica; ya tiene entidad propia.

Del conjunto de sus posturas extraeremos algunos lineamientos teóricos que nos sirven –también– como referencia súper estructural a nuestras investigaciones y desarrollos. Con respecto a las obras extranjeras encontramos mucho más decantadas y aplicables las propuestas de los connacionales, además de estar formuladas con claridad y concisión destacables y ser totalmente referentes a nuestra realidad concreta, maguer su vuelo teórico. He aquí su síntesis.

Pese a ser una obra multi-autoral, *“Materiales...”* permite detectar una serie de ideas cohesionantes en la mayoría de los trabajos realizados. Las principales enunciadas, de corrido, son:

- * Para pensar el Derecho es lícita la intersección de los saberes o *disciplinas*,
- * Es menester declarar inexcusable la indagación teórica del poder (*poder-potestad*) para explicitar las funciones de la ley;
- * Para ello, resulta necesario poner en crisis los modelos canónicos de la ciencia (*teoría*) jurídica.

* La herramienta propiciada es la “teoría crítica del derecho”, porque denuncia la función ideológica que encubre la fundamentación de lo jurídico por lo divino (*iusnaturalismo*) o por su sucedáneo: la razón (*racionalismo en sus diversas variantes*).

* Impugna el reduccionismo normativista que opera con preterición y olvido de lo social.

* Existe una necesidad de dar cuenta de las condiciones históricas de aparición del discurso de la ley, los modos de su producción, circulación y apropiación y la articulación de este proceso con los intereses que están en su base.

* Se cuestiona la pretendida pureza metódica que conduce a la construcción de un objeto vaciado de sus condiciones socio-históricas y a una concepción formalizante, presuntamente “neutral”.

* La matriz teórica alternativa sólo puede plantearse como multi y tras-disciplinaria.

* La pretensión de Kelsen de elaborar una teoría “científica” del Derecho devino en que su pretensión auto-fundante de lo jurídico, conduce a una justificación de lo inmanente que escapa a la discusión pública, al debate democrático y asegura su reproducción ideológica (*además de caer en la inmanencia iusnaturalista que dice superar.*).

En lo particular, son significativos los dos artículos de **Enrique Marí** (“Una lectura freudiana de Hans Kelsen: a la búsqueda del banquete perdido” y “Hans Kelsen: la teoría del eros platónico como un tratado freudiano de sexualidad”), donde indaga sobre el pasado freudiano y psicologista de varios trabajos juveniles de Kelsen, incoherentes con el positivismo en que luego devino.

Alicia Ruiz, por su parte, en “Aspectos ideológicos del discurso jurídico”, con citas de Althusser, afirma que la *ideología* es mostrada como una *práctica social*, práctica que puede ser entendida como un sistema de discursos que se caracteriza por el empleo de un mecanismo (reconocimiento-desconocimiento), productor de un efecto específico: *representaciones*.

Ve también la ideología como un sistema de nociones, ideas, principios morales, leyes, arte, teoría, etc. presentes de una manera práctica desde el “sentido común” hasta las instituciones (jurídicas, políticas, educativas) y de una manera teórica (discursos morales, teológicos, filosóficos).

Lo ideológico se muestra como una dimensión de análisis, pues es factible leer lo ideológico en un sistema de comportamientos cotidianos, tanto como en formas ritualizadas de la conducta de grupos o individuos. Desde esta perspectiva no sería en sí mismo y solamente un discurso, sino que constituiría una dimensión que puede descubrirse en cualquier discurso marcada por sus condiciones sociales de producción, condiciones en que hay un vínculo efectivo con el poder, puesto que lo ideológico y el poder están en todas partes.

Todo fenómeno social (y el Derecho lo es), puede ser apreciado en relación con lo ideológico y el poder. Advierte sobre el punto, sin embargo, dos posturas nítidas: a) Mientras las teorías tradicionales dejan de lado toda alusión a la sociedad, al poder, al conflicto, al modo en que los hombres viven sus relaciones sociales (no como ellas son sino cómo se las imaginan, *como intentan re-crearlas a través de la imposición normativa, agregamos nosotros*); b) En la visión de la autora, aspecto éste que compartimos, ideología, discurso, poder, son espacios de confrontación teórica y lo que de ellos puede afirmarse está dicho a partir de una convicción básica: se trata de tópicos problemáticos acerca de los cuales no es sencillo arribar a acuerdos ni sostener las propias posiciones como si fueren verdades definitivas.

Si las prácticas jurídicas son parte de la realidad social, su comprensión habrá de lograrse ubicadas en dicha totalidad en la cual, y sólo en la cual, pueden ser interpretadas de modo significativo. Esto exige al jurista una renuncia a trabajar en un coto cerrado donde la "realidad" fuese sólo la norma positiva o ideal. Tal renuncia abre el camino a la interdisciplinariedad, al aporte de otros conocimientos y con ello a una distinta comprensión de lo meramente normativo.

También, conceptualizar lo ideológico como un nivel de análisis –y no como una base de hechos empíricos- equivale a presuponer que otros niveles de análisis de lo social (que excluyen por hipótesis a lo ideológico) son, no sólo posibles, sino también necesarios (vgr. el económico, el político, el jurídico).

Los abordajes tradicionales de lo jurídico se evidencian así insuficientes pues omiten toda consideración al tema del poder, mantienen la insuperable distinción entre el ser y el deber ser y las definiciones des-contextuadas de lo histórico. Así, la teoría crítica alude al Derecho, por un lado, como una *práctica social específica* y, por el otro, como un *discurso del poder*: tal discurso engloba a esa práctica social específica y la constituye al mismo tiempo. Lo ideológico se muestra como una condición de

producción necesaria del discurso jurídico (en esta visión de Ruiz la teoría crítica se acerca a la sociología jurídica en la evaluación del binomio poder-Derecho).

Por contraste, las visiones tradicionales acerca del Derecho omiten habitualmente hacerse cargo de su naturaleza social (como práctica y como discurso), de su constante dimensión ideológica y de su función legitimante de la distribución del poder en cada grupo o sociedad humanas. Se limitan al análisis del plano formal del ejercicio de los derechos por los individuos y soslayan por inconveniente toda indagación teórica acerca de la distribución y el ejercicio del poder y de sus consecuencias más visibles: los nuevos autoritarismos.

>> Una de las hipótesis habituales del pensamiento crítico, que expone Ruiz y que asimismo compartimos, consiste en ver al Derecho en su aspecto legitimante del poder en el Estado moderno, evaluando sus valores simbólicos, en la medida en que suplanta el lugar del mito (en todas sus variantes: mágicas, religiosas, axiológicas) en las sociedades como las nuestras, que dicen estar marcadas por la impronta de la “racionalidad occidental”. Así, las formas y las categorías jurídicas expresan tanto un modo del control social cuanto las relaciones de dominación (N. del A. Uno de los modos en que esto aparece nítido es en el Derecho Laboral y su esencial dicotomía: empleador/principal – trabajador/dependiente, pues donde hay dependientes hay dominados, aunque fueren por un precio en dinero –salario- y con límites –legales- a tal dominación.) <<

El axioma que el Derecho aparece como un discurso legitimador del poder se verifica aún en aquellos casos en que su ejercicio alcance los máximos grados de arbitrariedad, discrecionalidad e impunidad (vgr. nuestros vergonzantes “Estatuto del Proceso de Reorganización Nacional”, las múltiples “leyes” de represión al comunismo o a las “organizaciones subversivas”, de “emergencia nacional”, de “estatización de la deuda privada” -Cavallo, 1982-, de “obediencia debida y punto final”, de indulto a los genocidas condenados, de impunidad tácita para los grupos políticos que multiplican y socializan reiteradamente la deuda pública cualesquiera fuese la pertenencia partidaria o sectorial que exhiban, etc.).

Afirma Alicia Ruiz: “Tras las múltiples formas en que el poder se manifiesta, está la violencia desnuda, que el Derecho disimula, oculta, disfraza, atomiza, limita, aísla en esos actos de fuerza. Esa violencia es determinante del poder aunque no se actualice de manera permanente en su ejercicio”... “Porque el Derecho legitima al poder no sólo

a través de la consagración explícita de quienes son sus detentadores reconocidos. También lo hace de manera más sutil, cada vez que determina que, sólo mediante ciertos mecanismos, es posible producir actos jurídicos”.

Este poder se ejerce también impidiendo puertas adentro de la magistratura, con sus mecanismos de censura. Son poseedores privilegiados del conocimiento de poder “decir” el Derecho y de decirlo ligados a determinados intereses en que la sociedad se divide. El discurso jurídico legitima al poder y lo disfraza, como al conflicto inherente en este último, tornándolo neutral.

*“El desplazamiento, el silencio, la censura, la exclusión, son propias del discurso jurídico, que construye una red racional de ficciones, mitos y creencias, a partir de lo cual el orden oculta al poder” ... “Este discurso peculiar se organiza de modo tal que parece **autosuficiente y autorregulado** en su producción”... (pág. 119). De tal modo aparecen enmascaradas los rastros de la ideología en el discurso jurídico y ello hace desaparecer toda posibilidad de vínculo con lo social.*

Pero el Derecho cumple también funciones de comunicación simbólica, con funciones de mito y ritual: es justo lo que el Derecho dice, transformando al poder en orden. El Derecho es un gran constructor de ilusiones: la realidad es reemplazada por un discurso mitológico que nos permite actuar como si todos fuésemos libres e iguales, como si tuviésemos igual acceso a la justicia o igualdad de oportunidades... mucho más que el mundo del “deber ser” es el mundo del “como si”, en lugar del mundo del “sí”.

Por eso el Derecho está cargado de historicidad: la humanidad, la vida humana, lo humano, el hombre, no son realidades dadas de una vez y para siempre. Son definiciones culturales en tanto se muestren contextuadas y de suyo, relativizadas.

4. V.- Función de los “Valores”.

Las diferencias de abordaje entre las dos escuelas jurídicas que comentamos se hacen muy notorias respecto al tema de los **valores**, término sobre el que necesariamente nos detendremos en unas breves reflexiones, pues ello condicionará la extensión con que consideramos el fenómeno contractual. Podemos **significar** por *valor*, en una concepción amplia, *a todo lo que interesa o tiene importancia para un*

*sujeto humano. En un sentido más restringido hace referencia a aquellas concepciones **sobre lo deseable** que influyen en el comportamiento selectivo.*

Acerca de este concepto se advierte que establece una distinción entre lo deseado (impulsivo) y lo deseable (constructo racional), identificando esto último con lo que *debe o se estima apropiado* desear según los valores elegidos. Los valores regulan de tal manera la satisfacción de los impulsos de acuerdo con toda la serie de objetivos jerárquicos (ordenados por importancia relativa) y duraderos de la personalidad, con un presupuesto de orden -tanto por parte de de la personalidad individual cuanto del sistema sociocultural- y con la **necesidad de interactuar en tolerancia** (con-vivencia) con los demás intereses individuales y grupales. Esta noción de valores así socializada, desecha -por ejemplo- las acciones puramente hedonistas o egoístas.

Las escuelas positivistas o neopositivistas, dogmáticas o auto-tituladas “puras”, en su mayoría, descartan la existencia de valores en la concepción y aplicación del Derecho. En el sistema del *common law* anglosajón muchas de sus corrientes, en cambio, por vía de la experiencia histórica, las tradiciones, el realismo, etc., reconocen la acción de los valores de cada época y sociedad en la validez y vigencia del Derecho.

Este último aspecto incide en otra cuestión de suma importancia: *si hemos de sostener la existencia o no de valores o derechos universales que hayan de ser garantidos por todos los sistemas normativos*, hecho totalmente posible acorde determinadas escuelas jurídicas y relativizado o cuanto menos acotado por la antroposociología jurídica.

Entre los muchos datos perturbadores que las investigaciones sociológicas o sociológico-jurídicas evidencian para determinados estudiosos, cualesquiera fuese la escuela o ideología de pertenencia, encontramos estas afirmaciones:

I) Todo juicio de valor contenido en un derecho o garantía (vgr. intangibilidad de la vida humana) está culturalmente condicionado o determinado, y esto limita, salvo excepciones, su validez y eficacia al contexto sociocultural del que proviene;

II) Es imposible establecer un criterio universalmente aceptable de derechos y garantías para todos los sistemas jurídicos (China y Estados Unidos, Argentina y Samoa, entre cientos de comparaciones posibles), para no hablar de su eficacia práctica, en que allí las diferencias son notables de un país vecino a otro (recordar la ancestral reivindicación de los pobladores originarios de Bolivia por su sistema

normativo étnico por oposición a la “justicia de los españoles”, que Evo Morales - presidente e indígena- trajo otra vez a la consideración pública);

III) por lo tanto, hay que pensar que todos los sistemas de derechos y garantías tendrían, en principio, similar validez o debieran ser susceptibles de similar tolerancia (re-conocimiento) por las otras sociedades.

La verificación práctica de la existencia de sistemas jurídicos que establecen derechos y garantías dispares, llevaría a reconocer un *primer valor universal* practicable, que precisamente es la *tolerancia-aceptación* de la coexistencia de tales sistemas morales en el marco de cada sociedad. El *segundo valor universal* derivado del anterior sería el respeto de los valores culturales (que incluye los sistemas normativos de cada sociedad). Así, su dis-valor opuesto, la *intolerancia*, se evidencia como producto de un prejuicio acrítico, etno céntrico, a favor de la validez absoluta o prioritaria de los valores culturales propios, entre los que se incluyen los sistemas normativos (u orden jurídico, en su versión más limitada-dogmática).

4.V.1.- Reglas morales.

Si entendemos que la *moral* (como concepto de conocimiento, no como contenidos específicos) también sería un *universal cultural* necesario para la existencia de cada sociedad, surgen de manera natural sus otras características:

a) los integrantes de cualquier sociedad dada debieran estar obligados a respetar -salvo arbitrariedad manifiesta- las reglas impuestas por la misma, por el sencillo y utilitario motivo que sin tal obediencia sería imposible la vida en colectividad;

b) Cada sociedad debe, a su vez, admitir la existencia de normatividades distintas en otras sociedades o que se establezcan para la tolerancia de grupos distintos internos, en interés y posibilidad de interrelación, convivencia pacífica y eventual integración (vgr. inmigrantes, refugiados políticos, víctimas de genocidios, minorías preexistentes);

c) Predisposición de obediencia y un grado eficaz de **consenso** hacia el sistema normativo colectivo debieran ser imperativos culturales, una vez que nos socializamos.

Así, es posible verificar la existencia de la *moral-concepto* (reiteramos: no confundir con la *moral-contenidos*) como otro posible absoluto universal cultural, pues todas las culturas y sociedades se basan en un sistema de moral para dar sentido y coherencia a su acción histórica.

Cada sistema moral concibe un determinado número de patrones universales-relativos (como *estructura*, hacia el universo de sus agentes sociales y como *pretensión* o modelo de vinculación con otras sociedades): por ejemplo: qué es lo que se entiende por un buen ciudadano, qué es (su concepción de) la verdad, cuáles son los cánones del (su) *Estado de Derecho*, etc., etc.,...

Estos patrones son definidos culturalmente y se verifica que varían de una cultura a otra y de una sociedad a otra, pues como contrasentido, no hay normas o patrones universales absolutos aceptados como válidos por todas las culturas, por el sólo hecho de provenir de una cultura, superestructura internacional o sociedad diferentes.

Lo expresado no impide que algunos de los valores que reflejan los sistemas culturales guarden cierta semejanza en todas partes y sus mayores diferencias consistan en la importancia relativa dada a tales valores y en la extensión de su aplicación. Por ejemplo, en todas las culturas la perpetuación de la sociedad prima sobre la vida de cada individuo; ninguna sociedad de la actualidad deja de reprimir en mayor o menor medida la traición, el asesinato, la violación o el incesto entre sus integrantes. La idea está implícita en el supuesto que existe una especie de armonía preestablecida de las sociedades nacionales que enuncia (aunque no siempre fuere así) que todas deban coexistir en un mundo pluralista y tolerante.

4.V.2.- Alteridad.

La posibilidad de un etnocentrismo excesivo debiera ceder ante la necesidad de vinculación entre diversas sociedades (culturas) y el subsiguiente entendimiento (reconocer al "alter", al otro; *alterarse* en su etimología original: ser por momentos "el" otro para comprenderlo e interactuar con él). La creencia que nuestros valores, nuestro orden jurídico, sus derechos y garantías son universales por ser mejores, más *científicos* o más *puros* que los de otras sociedades, o porque son mejores tienen alcance universal, mientras las otras están sumidas en el materialismo, en el relativismo, el fanatismo, ateísmo o en el abandono de los grandes principios morales, constituye la falacia habitual del etnocentrismo, el garantismo dogmático y la justificación *a fortiori* de todas las intervenciones e interferencias de una sociedad nacional o supranacional (verbigracia las Naciones Unidas) sobre otras más débiles o de culturas exóticas o minoritarias.

Sostener determinada superioridad cultural o normativa podría significar un aval, por ejemplo, a la pretensión colonialista y prepotente de algunos Estados u organismos supranacionales de imponer sus valores, sistemas jurídicos, estilos de vida, políticos, religiosos y económicos sobre las naciones de menor poder relativo, como lo evidencian demasiados ejemplos históricos y actuales (guerras de Vietnam, invasión de Irak, invasiones inglesas al Río de La Plata, para tomar algunos de los miles de ejemplo al respecto conocidos por los lectores).

5.- ESCUELAS Y SISTEMAS JURIDICOS TRADICIONALES Y CRITICOS: PRINCIPALES DIFERENCIAS.

A esta altura del desarrollo expositivo habremos de efectuar otras precisiones de naturaleza sociológica. Existen grandes diferencias de sistemas jurídicos entre, por ejemplo, los anglosajones (*common law*) por un lado, y los europeos continentales y latinoamericanos por otro.

El *common law* ha sido definido como “el gobierno de los jueces”, en la medida en que la costumbre, el precedente recogido y verificado por cada juez como norma consuetudinaria, es una medida de la coherencia del sistema. Si un magistrado, basándose en la supuesta preexistencia de una regla consuetudinaria resuelve el caso de una forma puntual, y otro colega, con similares contenidos fácticos lo hace de manera diversa, se dice que uno de los dos cayó en equivocación al constatar el precedente aplicable o, para justificar la existencia de diferencias decisorias, se suele decir que los casos eran distintos (aunque ello no fuere así). Sólo cuando se reconoce de forma taxativa la existencia del precedente, se debe resolver en la misma forma que lo hiciera su antecesor.

En el sistema aplicado entre nosotros (llamado también de la *dogmática jurídica*), si bien la costumbre y la jurisprudencia aparecen como fuentes de Derecho, lo son únicamente en defecto o atribuida oscuridad de la norma escrita. El juez está obligado antes que nada por la letra de la ley (gobierno del Legislador) y si se apartara de ella (decisión *contra legem*) podría incluso cometer un delito y ser sancionado (en este sistema jurídico el juez tiene menos –o prácticamente nula- libertad formal para apartarse del texto del derecho positivo).

En los países de tradición anglosajona y los escandinavos han surgido escuelas jurídicas que tomaron algunos o varios de los caracteres sociológicos que identificamos, por obra de autores pertenecientes tanto a las disciplinas jurídicas (Ihering, J. Bentham, O.W.Holmes, Duguit, Ehrlich, R. Pound, Alf Ross) cuanto a las sociológicas (Weber, Durkheim, E.A.Ross, W.G.Sumner).

Las expresiones más significativas de estas tendencias fueron el *historicismo*, el *instrumentalismo*, el *antiformalismo* y el *pluralismo*.

El *historicismo* puso en primer plano la investigación de las ideas e instituciones jurídicas en su devenir temporal; las pautas de la evolución jurídica se contemplan como productos resultantes de la interacción de las fuerzas sociales. La postura historicista apunta hacia dos objetivos: I) Identificar los anacronismos jurídicos, cuando se trata de argumentar en base a reglas o conceptos transmitidos sin elaboración; II) realizar el análisis de tendencias históricas subyacentes como vehículo apto para la interpretación de acontecimientos contemporáneos.

El *instrumentalismo* propugnó la valoración del Derecho conforme a propósitos o fines sociales definidos (teleología), buscando desentrañar sus significados en la aplicación real. Estimula la incorporación del conocimiento social al Derecho. Ve a las leyes como instrumentos, por lo que deben estar abiertas a la interpretación y a la revisión a la luz del cambio social operado. Considera que el Derecho cumple más de una función: no es únicamente el vehículo para mantener el orden y dirimir conflictos, sino que facilita transacciones y acuerdos voluntarios, confiere legitimidad política, promueve la educación para la convivencia y la participación cívica y contribuye a definir roles sociales.

Para el *antiformalismo* (también llamado “realismo” en Estados Unidos), las normas y conceptos jurídicos tienen una naturaleza no realista, porque ellas son necesariamente abstractas y generales y porque existe una considerable distancia fáctica entre la prescripción normativa y el grado de acatamiento por sus destinatarios. Además, toda visión del orden jurídico como un sistema aislado y autosuficiente, lo distancia en forma injustificada del entorno de aplicación. Así, el olvido de las fuerzas históricas y culturales que inciden sobre el Derecho no sólo deforma la realidad sino que da al orden jurídico una dignidad excesiva, lo aísla de la crítica y proporciona a la sociedad un mecanismo que puede retardar la evolución de sus instituciones y costumbres (recordar sobre este último aspecto en la Argentina la diferente capacidad

reconocida por Vélez Sarsfield en la redacción originaria del Código Civil a varones y mujeres o a hijos legítimos e ilegítimos, distinción que perduró por décadas, y que ni la misma Eva Perón pudo o supo alterar totalmente).

El *pluralismo* sostiene la idea que el Derecho se corporiza en la sociedad, más allá de los órganos políticos de gobierno. Para algunos de sus expositores extremos (vgr. Eugen Ehrlich), es falso que el Derecho fuere creación exclusiva e incluso predominante de las autoridades político-formales, pues él está siempre presente en la costumbre y en la organización social: es en las regularidades de la vida colectiva donde puede manifestarse el “derecho vivo”. Los elementos jurídicos que infunden autoridad a la legislación formal han de buscarse en las realidades de los grupos sociales, porque el Estado no es el único receptáculo de la autoridad normativa.

6. COMO COLOFON, UNA PROPUESTA: PENSAR DE OTRA MANERA.

En las facultades de Derecho nuestros profesores nos enseñan a emplear a través de innumerables ejemplos, estudio de casos y preguntas de exámenes, muchas veces sin explicitarlo, el método del *silogismo deductivo*.

Pero en los hechos, se nos pide emplear una variante inespecífica del llamado en Lógica y Filosofía *método inductivo*. Explicaremos este evidente galimatías: nos presentan alguna situación jurídica, rodeada de determinadas circunstancias de hecho y prueba y el profesor inquiere entonces acerca de cuál sería la solución más apropiada acorde a Derecho. Debe el azorado estudiante ir de lo particular (el caso planteado) a lo general (la solución posible), bucear en breves instantes por el inmenso universo del orden normativo y dar la respuesta por *inducción*, que generalmente admite no una sino múltiples variantes.

Lo descrito se repite en la práctica cotidiana de jueces y abogados (principalmente de los primeros), quienes para arribar a la solución que han prefigurado (prejujado) en su mente -como bien lo describe Duncan Kennedy (*Libertad y restricción en la decisión judicial*)- suelen emplear el camino siguiente:

- a) Eligen, entre las posibilidades que brinda el orden jurídico, aquellas normas que entrevén como más adecuadas para la solución del caso;
 - b) están autorizados por las doctrinas pretorianas dominantes a priorizar aquellas pruebas necesarias para formar convicción, de entre todas las existentes en la causa;
-

c) recurren con frecuencia a argumentos de conveniencia para redondear sus decisiones, con lo cual afectan la pureza metodológica de su “deducción silogística” impuesta por el dogma “científico” de Derecho.

De tal modo sentencian tomando en cuenta aspectos parciales que han seleccionado apriorísticamente para fundamentar un fallo (percepción individual de hacer justicia en el caso particular).

No extraña entonces que una misma situación fáctica genere tanta jurisprudencia contradictoria, complementaria o dispar y que para cada tema puedan adoptarse posturas variadas y que todas (salvo arbitrariedad manifiesta) encuentren sustento en el derecho positivo. Es lo que Kennedy llama la *radical indeterminación del Derecho*.

Según enseña la Lógica tradicional, la **inducción** es un proceso discursivo consistente en inferir lo universal partiendo de, o desde, lo particular. Para la teoría del método, es un conjunto de procedimientos que van del hecho a la ley (ley en sentido físico-matemático) que rige su comportamiento; es decir, que permiten obtener enunciados universalmente válidos a partir de proposiciones empíricas.

Desde los inicios y con base en Aristóteles, se conocieron dos variables de la inducción: la *completa* y la *incompleta*, (o *científica*). La primera es aquella en que, después de atribuir una propiedad a todos los individuos de una clase y de afirmar que éstos constituyen la *totalidad de ellos*, se pasa a atribuirle a la clase. Así establecido, tiene un evidente parentesco formal con el silogismo deductivo.

El segundo tipo de inducción es aquel en que de la enumeración de un número limitado de casos se infiere la universalidad de la conclusión; se utiliza para formular la mayor parte de las leyes científicas. Aunque su utilidad y empleo en las ciencias exactas o naturales queda fuera de duda, sólo suele generar **validez probable** que admite prueba en contrario (posibilidad de *falsación*). En lógica formal, tal variable de inducción se considera uno de los casos de la *reducción*, con riesgo o probabilidad de caer en la *falacia de reduccionismo* o simplificación excesiva.

En el mecanismo ortodoxo de la práctica del Derecho este esquema opera de manera precisa:

- a) El caso planteado es el dato particular o fenómeno a ser considerado;
-

b) Para llegar a la solución del caso el Tribunal tiene dos variables de características dispares para evaluar: I) Los hechos de la causa, que suelen responder a circunstancias de dispar naturaleza (accidentes de todo tipo, delitos, casos económico-financieros, vicios ocultos de las cosas, etc., etc., etc.) los cuales tienen un mecanismo de acaecer que responde de manera abrumadora al conocimiento de las ciencias aplicadas, las que son ajenas a las incumbencias profesionales del juzgador; II) La decisión jurídica en sí misma (sentencia, fallo, acuerdo), cuya estructura debe responder al sistema normativo que cada sociedad eligió para darles validez, única que es materia propia de la formación del magistrado.

c) Con la elección, descarte e interpretación posterior de los hechos remanentes de la causa que habrán de ser tenidos por fundantes, el juez practica la inducción (va de lo particular –hechos en sí mismos- a lo general –derecho aplicable-); cuando sentencia, ha de practicar la deducción silogística. Nace entonces el batiburrillo de soluciones dispares para situaciones parecidas por uso de dos metodologías contradictorias.

d) Como otro aporte a la confusión general, la jurisprudencia reiterada sobre casos similares (reduccionismo) opera a modo de ley revelada por los experimentos (opiniones) de los sabios jurisconsultos (preferentemente Tribunales superiores que ejercen el poder disciplinario o funcional jurídico) para ilustrar y/o condicionar las decisiones de los magistrados de nivel inferior y los planteos de los abogados interesados en el punto;

e) Todas las variantes del orden jurídico son objeto de reduccionismo por obra de la interpretación dominante, del cual se infiere la siguiente ley: *en todos los casos de tipo A, la única (o la más apropiada, o la obligada a priori) solución en Derecho es la "XJ" (por ejemplo);*

f) En aras del dogma revelado llamado *seguridad jurídica*, no es conveniente la inferencia de otros conocimientos ajenos al Derecho, ni el análisis multifactorial de las probabilidades de ocurrencia y los vínculos entre hechos, prueba y normas, o la ponderación del cambio social, o la libertad interpretativa, cultura y experiencia personal de los magistrados de grado, que pudieren a la postre colisionar con la *interpretación dominante* de la ley, que obra a manera de garrote disciplinador de disensos o desvíos de las *verdades oficiales* (emanadas de tribunales superiores de origen y raigambre política acorde a nuestro sistema judicial, que únicamente selecciona por concurso de antecedentes y oposición a los magistrados de nivel inferior).

De tal modo que el *componente político en todo fallo de trascendencia social* emanado de los tribunales superiores supera o se sobrepone los componentes jurídico puro y de las ciencias aplicadas correspondientes a la causa, pues -en los infortunios de trabajo a modo de ejemplo- termina, salvo contadísimas excepciones, adjudicando a la víctima inocente -el sujeto más débil de la relación- la carga de la prueba del evento dañoso, cualesquiera fuese la vía reparatoria elegida: ya fuere *objetiva* (identificación de la cosa riesgosa o de la operatividad riesgosa) o subjetiva (culpa o dolo del victimario).

Haremos un ejercicio de utilizar el método **deductivo** de manera genuina (no dogmática), aunque adaptado al Derecho. Se trata de otro proceso discursivo que va de lo general a lo particular, o persigue inferir lo particular de lo general (aspecto este último útil a las disciplinas jurídicas). Es un proceso según el cual a partir de ciertos enunciados (en nuestro caso: premisas formuladas a modo de interrogantes) se derivan otros (conclusión). Se utiliza en todas las ciencias, en particular en las más formales, como la Matemática y la Lógica, puesto que permite pasar de axiomas a teoremas demostrables y establecer conclusiones válidas desde el punto de vista formal.

La deducción aplicable a lo jurídico reviste a menudo, aunque no siempre, la forma del silogismo que parte de una verdad universal (o concepto generalmente aceptado como podría serlo un derecho o garantía constitucional básicos o estructurales para esa sociedad-), de la que se extrae una verdad (en realidad, conclusión) particular (solución del caso).

La **deducción adaptada al Derecho**, desde esta visión crítica o alternativa para la resolución de un determinado conflicto (nuevamente: un infortunio de trabajo), parte de ciertos supuestos u obligaciones *universales* garantizadas por el orden jurídico aplicable: en el punto, el *derecho a la vida* o a la *integridad física del trabajador* y a la aplicación irrestricta de las normas de *seguridad e higiene en el trabajo*. Así, el método a emplear constituiría una serie de *interrogantes* específicos, lógicamente articulados, que van como en todas las situaciones desde lo más general -premisas- a lo particular -conclusiones, planteo, defensas o sentencia-, vgr.:

a) ¿Los obligados (*empleador, aseguradora de riesgos laborales, el Estado como garante de esos derechos-verdades universales para este tipo de sociedad y momento histórico*), han seguido las conductas (acciones) que el orden jurídico pone a su cargo?

b) ¿Han adoptado los métodos científicos exigibles para preservar *la integridad psicofísica del trabajador: médicos, hígidos, de diseño de operaciones, procesos, operaciones de labor y ambientes de trabajo, eliminando los riesgos del puesto y efectuando controles periódicos de salud?*

c) ¿El obligado directo (*empleador*) ha seleccionado al agente (*trabajador*) más adecuado *al perfil de requerimientos del puesto (posibilidad de culpa in eligendo)*, *lo ha instruido convenientemente y supervisado en su desempeño indemne (posibilidad de culpa in vigilando)?*

d) ¿Se puede descartar que tras los pasos anteriores no exista ningún eximente de responsabilidad en *el principal* o de culpa probabilísticamente imputable a la víctima (*dependiente*)?

e) ¿El íter descrito nos lleva naturalmente a la solución del caso? (por dimensión de análisis de las generalidades previas).

Las respuestas a los apartados a), b), c) se fundarán en las constancias de autos, la mayoría de las cuales responden fenómenos de las ciencias aplicadas (de Ingeniería laboral, médica, psicológica, contable, informática). En los incisos d) y e) son empleadas las normas de Derecho.

>> No se nos escapa que la modalidad alternativa que proponemos requiere un cambio en lo sociocultural que se refleje en la práctica de la profesión y la magistratura jurídica. Necesitamos abogados mucho mejor preparados que los que el foro y el Poder Judicial nos ofrece en promedio. Menos *generalistas* y más *especializados*, pero a la vez mucho más *cultos* en ciencias aplicadas vinculadas e interactuantes con cada situación a resolver. <<

Si ponderar, a manera de ejemplo, un infortunio laboral requiere conocer acabadamente los modos en que los diferentes factores vinculados han contribuido a la producción del mismo (ambiente, procesos de labor, contaminantes, esfuerzos, estado de salud y de instrucción general y específico, eliminación de riesgos y peligros, etc.), los abogados y jueces afectados no pueden conformarse para abordarlos con el bagaje *kelseniano* clásico (centrado únicamente en el conocimiento y exégesis del derecho positivo y las soluciones que propone la aristotélica deducción silogística), pues producirán tantas de esas decisiones formales, tardías, incompletas y parciales a que nuestro sistema nos tiene acostumbrados, en prácticamente todos los fueros.

El cambio preconizado no será fácil ni rápido pues depende de muchos factores: atenuación de la resistencia al cambio, modificación de paradigmas académicos, profesionales y personales, percepción del agotamiento de este modelo de praxis profesional y del desempeño judicial, aceptación y respuesta eficaz a los reclamos sociales y, en definitiva, un nuevo orden de valores que privilegie el conocimiento y la excelencia de la abogacía y sus necesarios saberes complementarios por sobre la corrupción, burocratización, la inercia, el conformismo y el materialismo predominantes.

Aclaraciones acerca de conceptos empleados y autores citados:

* A fin de evitar sesgos polisémicos, el significado de “**dogma**” empleado en este trabajo es el de aquella “proposición que se tiene por firme y cierta y como principio innegable de una disciplina”; “**dogmatismo**” es aplicado con los siguientes alcances: “presunción de aquellos que quieren que sus aseveraciones fueren tenidas por verdades inconcusas” o “creencia del intelecto humano como que él fuere capaz de alcanzar la certeza absoluta y el conocimiento de la realidad tal como ésta es”.

* Empleamos el término “disciplina” para referirnos al Derecho; el desarrollo del trabajo funda el porqué del distingo efectuado. Para una acabada visión académica de un sociólogo del Derecho local, sostenedor de la existencia de una “ciencia del Derecho”, recomendamos ver en Google “Cuaderno de Investigaciones 10 Felipe Fucito”, publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho (UBA), 1989 que mantiene a nuestro parecer indudable vigencia, no obstante el viraje del autor en obras posteriores hacia posturas más críticas. El Dr. Fucito ha efectuado asimismo una brillante investigación de campo por cuenta del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires denominada “Perfil del Abogado Bonaerense”, 2 tomos, La Plata, 2000, donde devela la realidad profesional de jueces y abogados provinciales con impecable metodología.

* El vocablo **eficacia** aquí empleado lo es en el sentido de “aquello que logra concretar los propósitos declarados de la mejor manera posible, según las condiciones objetivas de realización”.

* Diego E. López Medina, presentación de la obra de Kennedy “Libertad y restricción en la decisión judicial.” Ed. Universidad de los Andes, Bogotá, 1998.

* Michel Foucault, “Genealogía del racismo”, Ed. Altamira, La Plata 1996.

* El conjunto de las obras de Kennedy: Form and Substance in Private Law Adjudication (1976, Harvard Law Review); Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. A Polemic against the System (1983, Cambridge, A Far Press); en colaboración con Karl Klare: Bibliography of Critical Legal Studies (1984, Yale Law Journal); Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology (1986, Journal of Legal Education); Notas sobre la historia de CLS (Critical Legal Studies) en Estados Unidos (1992, Doxa 11); A Critique of Adjudication (1997, Cambridge, Harvard University Press).

* Acerca de Bobbio ver sus obras “Izquierda y Derecho”, Siglo XXI, Buenos Aires. 2010 y “Derecha e Izquierda. Razones y significados de una distinción política”, Ed. Taurus, 1995, Madrid.

* El silogismo es una inferencia deductiva estudiada por Aristóteles y ya implícita en Platón. Los escolásticos medievales contribuyeron mucho al desarrollo de la doctrina silogística y los lógicos modernos la han llevado al campo de la lógica simbólica.

Está constituido en su forma clásica por tres proposiciones: dos *premisas* (mayor y menor), una *conclusión* que se sigue a éstas y tres *términos*: término mayor (que aparece en la premisa mayor, término menor (que aparece en la premisa menor) y término medio, que se repite en ambas y no aparece en la conclusión.

Todo silogismo posee cuatro modos y cuatro *figuras*, relacionados entre sí, respectivamente. Los modos resultan de la combinación de las proposiciones según su cantidad y cualidad, es decir, si son universales y particulares, afirmativas o negativas; las diferentes opciones resultantes dependen de la posición que ocupa el término medio como sujeto o predicado. Aristóteles dividió los silogismos en categóricos, hipotéticos o modales.

Simplificando, un ejemplo de la estructura de la argumentación silogística es: llamando M al término medio, P al término mayor y S el término menor, tenemos a) Premisa mayor: si M es P; b) Premisa menor: y si S es M; c) la conclusión es: entonces S es M. Las diferentes combinaciones dan cuatro variables de silogismo categórico, que es el mayormente aplicado en el positivismo dogmático. Funciona como una teoría de la *consecuencia lógica inexorable*.

Como argumentación deductiva su aparición sistemática comenzó en el "Organon" aristotélico.

* Ranking de corrupción: Argentina ocupaba el puesto 69, sobre 101 países relevados, en un ranking sobre "percepción de corrupción" elaborado por la consultora Gallup. El sitio de mejor país (Nº 1) se lo llevó Finlandia ("Clarín" de Buenos Aires, 06/12/2006, página 10).

(*) El Autor:

* Abogado, especializado en Derecho Laboral 1969-1996. Magister en Sociología, Universidad Católica Argentina. Juez de los Tribunales del Trabajo Nos. 5 (1996-2008) y 2 (2008-2011) de La Matanza. Presidente (1978-1982) del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Morón. Consejero del Consejo Superior (1978-1992) del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

Integrante de la Junta de Gobierno de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (1978-1982), en su carácter de Presidente del Colegio de Abogados de Morón.

Co-redactor de la Ley 8904 (Buenos Aires) de Aranceles Profesionales de Abogados (1976-1977).

Coautor de las obras: "Ruido y Vibraciones, enfoque técnico, médico y jurídico", Ed. Círculo Carpetas", Buenos Aires, 1998 y "Tratado de Medicina Legal", 6 tomos, Ed. Proa Editores, Buenos Aires, 2009, Capítulo: "Salud Laboral, aspectos jurídicos". Publicó alrededor de 80 trabajos jurídicos en revistas especializadas.

Dictó alrededor de 70 cursos y conferencias de posgrado para abogados y delegados sindicales, 34 de ellos en el Colegio de Abogados de Morón.

El presente trabajo ha sido brindado como material de apoyo a los participantes en diversas exposiciones y cursos impartidos por el autor.

Bibliografía:

Andino, C. I- "Justificación, efectos y resultados del primer ensayo de *ingeniería social* en la Argentina", en el 7º Congreso Internacional de Política Social, Laboral y Previsional, Buenos Aires 1995. **II-** "*Violencia económico laboral*", en Revista de Derecho Laboral, Lexis Nexis, Nº 22, Diciembre 2005, págs. 1816/23.

Cuartango-Marcasciano, "Globalización y mundo de trabajo" en "Empresas trasnacionales y mundo del trabajo", Varios autores. Ed. Trabajo y Utopía, Bs.As. 1998, pp.29/54.

Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales Aguilar. Tº VI, Artículo: "Judicatura" (Comportamiento Judicial), Glendon Schubert, pp. 343/50.

Ferrajoli, Luigi. "*Derechos y Garantías: la ley del más débil*", E. Trotta, Madrid, 4º Edición, 2004. "*Jurisdicción y democracia*", Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2004.

Filmus, D. "Tanto educas, tanto creces", "Clarín", 28-07-1998, pág. 17.

Freeman, A. "El fracaso de la globalización", "Clarín", 05/05/2002, pp.30/1 (Economista inglés experto en finanzas internacionales, Profesor de la Universidad de Greenwich y asesor del alcalde de Londres Ken Livingstone –del ala izquierda del Partido Laborista-, vino a Buenos Aires invitado por el Instituto Argentino de Desarrollo Económico, I.A.D.E.)

Friedmann, G. "Siete estudios acerca del hombre y la técnica". Ed. Gonthier, París, 1966, pp. 7-69 y 203-206.

Gianibelli, G. "Algunos intentos explicativos sobre el Derecho del Trabajo", en "Materiales", pp. 125/46.

Hernández Sampieri R., y otros. "Metodología de la investigación", 2ª Ed., Mac Graw-Hill, México, 2001.

Kennedy, Duncan. "*Libertad y Restricción en la decisión judicial*", Ed. De los Andes, Bogotá.

Labourdette, S. I- "*El Poder: hacia una teoría sistemática*", Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1984; II- "*Política y Poder (problemas de teoría social y política)*", A-Z Editora, Buenos Aires, sin fecha.

Marí, Enrique et alters. "*Materiales para una teoría crítica del derecho*", Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 43/4.

Ost F. y Van de Kerchove M. "La referencia a Dios en la teoría pura del Derecho", en "Materiales", pp. 43/74.

Rocher, G. "*Introducción a la Sociología General*", Herder, Barcelona, 12ª Ed., 1996.

Romero, L.A., "Breve historia contemporánea de la Argentina", Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001.

Rocher, Guy. "*Introducción a la Sociología General*", Herder, Barcelona, 12ª Ed. 1996, pp. 38/40, 54, 230-41, 248, 374/5, 377/9, 509

Russell, Bertrand. "El poder en los hombres y en los pueblos". Ed. Losada, Buenos Aires, 1939.

Vasilachis de Gialdino, I. "Enfermedades y accidentes laborales"; Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
