

Derecho e inclusión: diez aportes iusfilosóficos para la enseñanza jurídica

Por Marina Gorali

Profesora Adjunta de Filosofía del Derecho (UBA) - Profesora de Posgrado Facultad de Derecho (UBA) - Miembro Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD).

RESUMEN

Los profundos niveles de asimetría, inequidad y exclusión que exhibe nuestra contemporaneidad, las deportaciones masivas de refugiados, la criminalización de la indocumentación demandan más que nunca la necesidad de impulsar nuevos modos de pensar el derecho; modos que permitan forjar un derecho inclusivo, dialógico, abierto y participativo. Llevar adelante esta tarea supone, ante todo, repensar los presupuestos filosóficos sobre los que el pensamiento jurídico se asienta. Resulta así imprescindible deconstruir ciertas categorías medulares en la conformación de la Teoría Jurídica. Esto es, comprender cómo estas se constituyeron a fin de poder reconstruirlas de otro modo. El presente trabajo pretende esbozar diez contribuciones iusfilosóficas que posibiliten estos desarrollos.

Derecho e inclusión: diez aportes iusfilosóficos para la enseñanza jurídica

Por Marina Gorali

“La teoría es una reflexión acerca de lo desconocido, justamente sobre lo que nuestros saberes nos impiden saber”.
H. Meshconnic

Los profundos niveles de asimetría, inequidad y exclusión que exhibe nuestra contemporaneidad, las deportaciones masivas de refugiados, la criminalización de la indocumentación demandan más que nunca la necesidad de impulsar nuevos modos de pensar el derecho; modos que permitan forjar un derecho inclusivo, dialógico, abierto y participativo. Llevar adelante esta tarea supone, ante todo, repensar los presupuestos filosóficos sobre los que el pensamiento jurídico se asienta. Resulta así imprescindible deconstruir ciertas categorías medulares en la conformación de la Teoría Jurídica. Esto es, comprender cómo estas se constituyeron a fin de poder reconstruirlas de otro modo. El presente trabajo pretende esbozar diez contribuciones iusfilosóficas que posibiliten estos desarrollos.

1. Desplazamiento de los modelos de racionalidad instrumental

En primer lugar, necesitamos impulsar líneas de trabajo que desplacen los modelos de racionalidad instrumental (medios-fin) que han sostenido el pensamiento jurídico tradicional por nuevos paradigmas basados en racionalidades dialógicas y comunicativas. Pretensión que, en modo alguno, supone la ilusión de una transparencia en el lenguaje y de una comunidad ideal de la comunicación que permita un entendimiento intersubjetivo desprovisto de toda coacción. Por el contrario, se trata de promover modelos que den cuenta de la asimetría presente en el lenguaje mismo y problematicen este presupuesto ilustrado de paridad lingüística. Los sujetos no preexisten al lenguaje de manera de poder emplearlo como un instrumento neutro para llegar a un acuerdo. Por el contrario, es el lenguaje el que los constituye y atraviesa. Proceso que no es ajeno a las formas en que el poder opera, circula y se reproduce.

Los sujetos no preexisten al lenguaje de manera de poder emplearlo como un instrumento neutro para llegar a un acuerdo. Por el contrario, es el lenguaje el que los constituye y atraviesa.

2. Lenguaje y juridicidad

En segundo lugar, necesitamos programas de estudio que permitan pensar la centralidad del lenguaje en la estructuración misma de la juridicidad, dando cuenta asimismo los aportes que la lingüística, la semiología, la semiótica pueden efectuar al estudio del fenómeno jurídico. Como explica Culler¹, esta idea de que la lingüística puede ser útil para el estudio de fenómenos sociales, se basa en dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, que los fenómenos sociales y culturales son signos, y en un segundo lugar, que no tienen una esencia propia sino que están definidos por una red de relaciones tanto internas como externas. Algo similar puede señalarse respecto del derecho. Los preceptos y principios legales no son solo exigencias que nos formulan la sociedad, el pueblo o el soberano. Son, como bien señala Cover², también signos a través de los cuales cada uno de nosotros se comunica con otros. El derecho como práctica social discursiva se organiza en una compleja red de relaciones diferenciales según las cuales los elementos simbólicos se determinan recíprocamente. Los sentidos asignados a normas y hechos; así como las narraciones en las que se sitúan estos cuerpos normativos, no son el resultado de una esencia o atributo intrínseco. Por el contrario, el sentido es siempre un resultado, un efecto: no solamente un efecto como producto, sino un efecto de óptica, un efecto de lenguaje, un efecto de posición.

El derecho como práctica social discursiva se organiza en una compleja red de relaciones diferenciales según las cuales los elementos simbólicos se determinan recíprocamente.

3. Discurso jurídico y diferencia

Es preciso, asimismo, impulsar contenidos académicos que reconozcan el papel fundante de la diferencia. La lengua, tanto como la cultura, se organizan como un sistema de diferencias. Los elementos de la significación funcionan no por la fuerza compacta del núcleo, sino por la red de las oposiciones que distinguen y los relacionan unos a otros. La diferencia es constitutiva de la lengua misma y posibilita, a través de la ley simbólica la individualización subjetiva. En este sentido, la diferencia obstaculiza lo mortífero ya que sin ella, la individualización del sujeto sería imposible.³ Arrasar con la diferencia es, en definitiva, arrasar con la posibilidad de la subjetividad misma. La

¹ Culler, J., *La poética estructuralista*, Barcelona, Anagrama, 1979.

² Cover, R., *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, Barcelona, Gedisa, 2004.

³ La prohibición no es un dato biogenético, natural sino un fenómeno de lenguaje. Por ello, puede decirse que el sujeto está determinado estructuralmente por aquello que lo antecede simbólicamente. Sin embargo, paradójicamente, ello jamás borra el momento de su decisión. Hay, por el contrario, una decisión insondable que ninguna estructura puede eliminar. La estructura se mantendrá siempre abierta, como algo indecible, que el sujeto afrontará en su decisión; decisión que lo captará y constituirá.

ley simbólica instituye un principio de división: no somos uno, no somos completos, no somos una totalidad. Somos en relación a un Otro que nos constituye. Decir diferencia es pues decir cultura, lenguaje y ley.

Decir diferencia es pues decir cultura, lenguaje y ley.

4. Derecho y Subjetividad

La noción de sujeto moderno como fuente de sentido ha dado lugar a la elaboración de una pieza fundamental de la estructura del discurso jurídico moderno: la categoría de sujeto de derecho. Es por ello que necesitamos sostener la formación jurídica sobre nuevos modos de entender la subjetividad que adviertan el carácter fundamental de la alteridad en los procesos de constitución subjetiva. La índole esencialmente crítica del discurso filosófico insta a reconocer que su origen se sitúa excluyendo toda pretensión autofundante. En ausencia del Otro que lo despierta y constituye, el cogito es incapaz de emprender su aventura reflexiva. Dicho de otra manera: la alteridad constituye y posibilita la subjetividad misma. Esto supone asimismo desplazar la noción de sujeto unificado/ identidad original. El sujeto es, ante todo, el sujeto de una carencia, de una falta. Como resultado, cualquiera sea la identidad que tenga, puede construirse solo mediante actos de identificación.

El sujeto es, ante todo, el sujeto de una carencia, de una falta.

5. Construcción de nuevas concepciones de ciudadanía

El ciudadanía lejos de constituirse, como entiende el liberalismo, como una mera condición legal; es, por el contrario, un principio de articulación que afecta diferentes posiciones de los agentes sociales, principio que permite, fundamentalmente, reconocernos como participantes de una comunidad política. Solo como ciudadanos de una comunidad cuyos miembros tienen una participación activa pueden desarrollarse plenamente los derechos y libertades.

Solo como ciudadanos de una comunidad cuyos miembros tienen una participación activa pueden desarrollarse plenamente los derechos y libertades.

6. Comunidad e interpretación jurídica

El proceso creativo de significados es siempre una construcción colectiva o social. En *Nomos & Narrative*, Robert Cover⁴ sostiene que la creación de significados jurídicos se lleva a cabo a través de medios esencialmente culturales. El mundo normativo supone un cuerpo de normas pero

⁴ Cover, R. *Op. Cit.*

también un lenguaje y un *mythos*, es decir, narraciones en las que se sitúa este corpus normativo. Para Cover, una civilización se caracteriza por la riqueza del *nomos* en el cual está situado y al cual contribuye asimismo a constituir. El variado y complejo material de ese *nomos* establece paradigmas de consagración, resignación, contradicción y resistencia. Este material no solo presenta un cuerpo de reglas o doctrina que requieren interpretación, sino, ante todo, mundos para habitar. Así pues el derecho, cuando se lo entiende en el contexto de las narraciones que le dan sentido, deja de ser un mero sistema de reglas a ser observadas, y se transforma en un mundo en el que vivimos. Uno de los elementos constitutivos del *nomos* es lo que G. Steiner ha denominado “alternidad”.⁵ Las narrativas cumplen, en este sentido, un papel fundamental, ya que permiten integrar el dominio del conocimiento de los preceptos normativos con el dominio de visiones de futuros alternativos. Las narrativas posibilitan la integración no ya del “ser” con el “deber ser” sino fundamentalmente del “ser” y el “deber ser” con el “podría ser”.

Para Cover, mientras que las virtudes universalistas identificadas con el liberalismo moderno son fuerzas “débiles” de mantenimiento del sistema, los sistemas de vida normativos articulados en torno a diseños culturalmente específicos de significado particularista son producto de fuerzas “fuertes”. De las diversas combinaciones entre corpus, discurso y compromiso interpersonal es posible establecer dos modelos ideales de *nomos*: el “*paideico*”⁶ y el “imperial”. Frente al modelo *paideico*, donde los compromisos interpersonales se caracterizan por el reconocimiento mutuo y la aceptación de necesidades particulares, en el modelo imperial, por el contrario, los compromisos interpersonales son débiles. En este último modelo (imperial) las normas son universales y su aplicación está a cargo de instituciones. Lo interesante del planteo es que, si bien la organización social normativa en los Estado-nación modernos se aproxima al tipo-ideal imperial (circunstancia más que evidente), paradójicamente, la organización social de las narraciones que atribuyen sentido a esas normas y principios se acerca, por el contrario, al modelo *paideico*. Esta particular tensión se expresa en el hecho de que, aunque el derecho se caracterice por el control social sobre su origen, su articulación y sus efectos, las narraciones que crean y revelan los patrones de compromiso, resistencia y comprensión no están sujetas a ningún orden jerárquico formal.

Hay pues una dicotomía radical entre la organización social del derecho en tanto poder y la organización social del derecho en cuanto significado. Esta dicotomía está particularmente a la vista en una sociedad pluralista que declara “no asumir el control de las narraciones”. Este carácter incontrolado del significado (de la interpretación) ejerce una influencia desestabilizadora frente al poder. En este sentido, la proliferación de significados jurídicos se opone al esfuerzo de todo Estado de ejercer estricta superintendencia sobre la articulación de la ley como instrumento

⁵ Cfr. Steiner, G., *Después de Babel*, Madrid, FCE, 2001.

⁶ Traducción de C. Courtis. El término en inglés que utiliza Cover es *paideic*.

de control social. Conocer la ley significa entonces conocer no solo la dimensión objetivada de la legitimación sino también los compromisos de las interpretaciones que le sirven de garantía. En otras palabras conocer las narrativas que lo acompañan y constituyen.

Conocer la ley significa entonces conocer no solo la dimensión objetivada de la legitimación sino también los compromisos de las interpretaciones que le sirven de garantía.

7. Promoción de procesos de profundización democrática

J Luc Nancy hablaba de Democracia infinita: la admisión de todas las diversidades de una comunidad que no las unifica, sino que despliega su multiplicidad y con ella, el infinito en que constituyen las formas inenabrazables e interminables. No se trata entonces de una forma de formas ni del cumplimiento de una totalidad. El todo exige necesariamente un más que todo sin el que el todo implosiona. La democracia requiere así de una verdadera revolución: la transformación de la propia base de la política; revolución que supone ante todo exponerse a su falta de fundamento. Circunstancia que el propio término nombra. No hay "demarquilla": el pueblo no constituye un principio. Tampoco el "bien común" coagula en un contenido; por el contrario, se trata de un bien que solo se determina en el propio movimiento que lo inventa o que lo crea (formulando nuevamente una pregunta o inquietud acerca de lo que podría ser). Un bien que no responde a ningún destino originario ni a una unidad ontológica del ser. Un bien que consiste en la invención de las formas en las que el sentido se puede dar. Sentido que supone siempre circulación y repartición de posibilidades de experiencia; es decir, la posibilidad de una propuesta sobre el infinito. La esfera de lo común no es una: se constituye de múltiples acercamientos al orden del sentido. "Democracia" no es pues el nombre de una autogestión de la humanidad racional, ni el nombre de una verdad definitiva inscrita en el cielo de las Ideas. Es el nombre, vaya mal significante -escribe Nancy⁷- de una humanidad que se encuentra expuesta a la ausencia de todo fin determinado- de todo cielo, todo futuro, pero no todo infinito-. Expuesta, existente. La democracia sustentada en el "con" se constituye así en la posibilidad misma de la apertura del sentido. Es a este nivel que la democracia requiere ser situada, a nivel del lenguaje mismo.

La democracia requiere así de una verdadera revolución: la transformación de la propia base de la política; revolución que supone ante todo exponerse a su falta de fundamento.

⁷ Nancy, Jean Luc., "Democracia finita e infinita" En *Democracia ¿en qué estado?*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2010.

Poner en cuestión la noción de totalidad cerrada (que no es sino asumir la falta), libera a la lengua de su dependencia vertical, desarmando así toda jerarquía, todo imperio pontifical. Como bien indica Ost "... es en la teoría del derecho como circulación de sentido en la que hay que centrarse. Un sentido sobre el cual nadie, ni el juez ni el legislador, tiene privilegio".⁸

8. Formulación de matrices de ampliación de derechos e implementación de herramientas que los tornen operativos

Entre la multiplicidad de relaciones sociales que pueden estar en el origen de antagonismos y de luchas; la cultura, la vivienda, el trabajo, el medio ambiente, el consumo, el género, la orientación sexual, la etnicidad y demás diversidades pueden todas ellas constituir terrenos para la lucha contra la desigualdad y la reivindicación de nuevos derechos. Esto supone la redefinición de la noción misma de ciudadanía pero, ante todo, la comprensión del carácter paradójico de la función jurídica⁹ (esto es, su doble dimensión conservadora y transformadora a la vez). Se trata de repensar el derecho de manera que acompañe las reivindicaciones de los grupos sociales subalternos y movimientos que luchan por alternativas a los paradigmas neoliberales pero lejos de toda lectura fácil y simplista. Los estudios de derecho alternativo suelen presuponer la idea de una supuesta conciencia insurgente, concepto que conduciría a un cierto terreno firme, a algo que puede ser revelado. Sin embargo la conciencia no es una conciencia-en-general, sino una forma política e historizada de esta.¹⁰

Se trata de repensar el derecho de manera que acompañe las reivindicaciones de los grupos sociales subalternos y movimientos que luchan por alternativas a los paradigmas neoliberales pero lejos de toda lectura fácil y simplista.

9. Categorías que posibiliten repensar la idea de comunidad

La esfera de lo común lejos de ser una, se constituye de múltiples acercamientos al orden del sentido. Ha sido la tradición de la filosofía francesa con autores como Maurice Blanchot, Jean Luc Nancy y George Bataille los que han abordado en los años 80 la arista de este complejo desafío, rehabilitando el debate acerca de la comunidad a partir de una crítica radical a cualquier noción de lo común que se constituya como fundamento último. Desplazando la noción de comunidad de toda referencia esencialista (la comunidad sería una sustancia, un origen a añorar o un destino a prefigurar) como contractualista (la comunidad sería un acuerdo colectivo que une individuos

⁸ Ost, Francois, "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez", Revista *Doxa*, N. 14, 1993, pp. 169-194

⁹ Ver Cárcova, C. M., *Las teorías jurídicas pospositivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

¹⁰ Sobre el tema de conciencia subalterna ver Gayatri Chakravorty Spivak. "Can the subaltern speak?", en Cary Nelson y Lawrence Grossberg (comp.), *Marxism and the interpretation of cultura*, University of Illinois Press, 1988.

previamente constituidos), para La comunidad lejos de ser un todo, un pleno, una esencia, se constituye entonces como falta, modalidad carencial que posibilita toda praxis, toda acción. Es ello precisamente lo que nos acomuna, nos subjetiva, nos mantiene entre, nos pone con. Entendiendo que el “con” no es ninguna sustancia ni ningún en sí-para-sí. Tampoco un acuerdo colectivo que une individuos previamente constituidos. Como escribe J. L. Nancy”, “Ser con es ser lo abierto, lo expuesto. Abierto que no es simplemente ante todo generosidad, amplitud en la hospitalidad y largueza en el don, sino en principio la condición de coexistencia de singularidades finitas, entre las cuales –a lo largo, al borde y en los límites, entre afuera y adentro– circula indefinidamente la posibilidad del sentido”.¹¹ La condición de coexistencia de singularidades entre las cuales circula indefinidamente la posibilidad del sentido constituye pues la comunidad misma.

La condición de coexistencia de singularidades entre las cuales circula indefinidamente la posibilidad del sentido constituye pues la comunidad misma.

10. Fortalecimiento de políticas que garanticen el acceso a la justicia de las personas

Las relaciones de mercado siguen conllevando profundas asimetrías y desigualdades estructurales que afectan masivamente los derechos. El Derecho como práctica social discursiva reconoce un nivel normativo pero también un nivel de interpretación acerca de esas normas y fundamentalmente, un tercer nivel compuesto por un complejo conjunto de mitos, rituales y ficciones que lo tornan operante. Es a este nivel al que es preciso apuntar. Fortalecer políticas que asuman la complejidad del funcionamiento y composición del discurso jurídico.

Políticas que garanticen el acceso a la justicia de las personas y generen un reparto más equitativo e igualitario de las posibilidades.

El Derecho como práctica social discursiva reconoce un nivel normativo pero también un nivel de interpretación acerca de esas normas.

Reflexiones finales

Nuevas racionalidades, el reconocimiento del papel fundante de la diferencia, la reinscripción de nuevas concepciones de ciudadanía, la promoción de procesos de profundización democrática, el fortalecimiento de políticas que garanticen el acceso a la justicia de las personas y fundamentalmente una resignificación de la subjetividad a la luz de la alteridad, serán condición de posibilidad para el desarrollo de un derecho inclusivo, dialógico, abierto y participativo.

¹¹ Nancy, J. L. *Op. Cit.*

Necesitamos más que nunca repensar las categorías que conforman la Teoría Jurídica, estar a la altura de las preguntas de nuestro tiempo. El derecho, como toda puesta en escena, constituye el marco a través del cual una comunidad se lee y comprende a sí misma; se ve, se autopercebe. Es allí donde se juegan las representaciones, las paradojas, los mitos y las ficciones. Asumir la complejidad del discurso jurídico puede constituir la base para un buen comienzo. La enseñanza del derecho debe ciertamente orientarse en tal sentido: reflexionar sobre lo que nuestros saberes nos impiden saber.

Referencias bibliográficas

- Arendt, H., *La condición humana*, Buenos Aires, Paidós, 2005.
- Arendt, H., *La vida del espíritu*, Buenos Aires, Paidós, 2002.
- Bajtín, M., *Hacia una filosofía del acto ético. De los borradores y otros escritos*, Universidad de Puerto Rico, San Juan, Anthropos, 1997.
- Bhabha, H., *Nuevos minorías, nuevos derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.
- Cárcova, C. M., *Las teorías jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- Chakravorty Spivak, G., "Can the subaltern speak?", en Nelson y Grossberg (comp.) *Marxism and the interpretation of culture*, University of Illinois Press, 1988.
- Cover, R., *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- Culler, J., *La poética estructuralista*, Barcelona, Anagrama, 1979.
- Gorali, M., "Hospitalidad y hostilidad: apuntes para pensar el poder", en *Revista de Filosofía del Derecho*, Año I, N° 1, Buenos Aires, Ediciones Infojus, 2012.
- Gorali, M., "Derecho, comunidad política e interpretación" En *Los derechos fundamentales en la Constitución: interpretación y lenguaje. Número Especial Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, mayo 2014.
- Legendre, P., *El inestimable objeto de la transmisión*, México, Siglo XXI, 1996
- Legendre, P., *La société comme texte: Linéaments d'une anthropologie dogmatique*, París, Fayard, 2001.
- Levinas, E., *Diffícil libertad*, Buenos Aires, Editorial Lilmod, 2008.
- Meschonnic, H., *Ética y política del traducir*, Buenos Aires, Leviatán, 2009.
- Nancy, J. L., "Democracia finita e infinita" En *Democracia ¿en qué estado?*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2010.
- Ost, F., "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez". *Revista Doxa*, N° 14 ,1993, pp. 169-194.
- Sperling, D., *Filosofía para armar*, Buenos Aires, Emecé, 2014.

Sousa Santos, B. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009.

Steiner, G., *Después de Babel*, Madrid, FCE, 2001.