

Desarrollo Económico

Revista de Ciencias Sociales

ISSN 0046-001X

NOTA EDITORIAL

Luz Carlos Bresser Pereira

La reforma del Estado de los años noventa.
Lógica y mecanismos de control,

Torcuato S. Di Tella

De opciones racionales y confabulaciones.
Por una teoría crítica de la política.

**Victor Saler, Guillermo Rozenwurcel,
Edgardo Cenzone, Carlos Galperín y
Javier**

La distorsión en la industria telefónica
argentina.

Guillermo V. Alonso

Democracia y autoritarismo: las tensiones entre
decretismo y deliberación. El caso de la
reforma presidencial argentina

Elmar Altvater

La ecología del nuevo orden mundial.

NOTAS Y COMENTARIOS

Joseph Hodara

Las confesiones de Don Raúl. El capitalismo
periférico.

IN MEMORIAM

Juan José Llovet

Salud reproductiva y sexualidad: el Estado, la
sociedad civil y otros actores sociales.

INFORMACION INSTITUCIONAL

INFORMACION DE BIBLIOTECA

150

38

JULIO-SETIEMBRE

1998



Instituto de Desarrollo Económico y Social

"La opacidad del Derecho"

Carlos María Cárcova

Presentación: Juan Ramón Capella
Editorial Trotta, Madrid, 1998, pp. 190

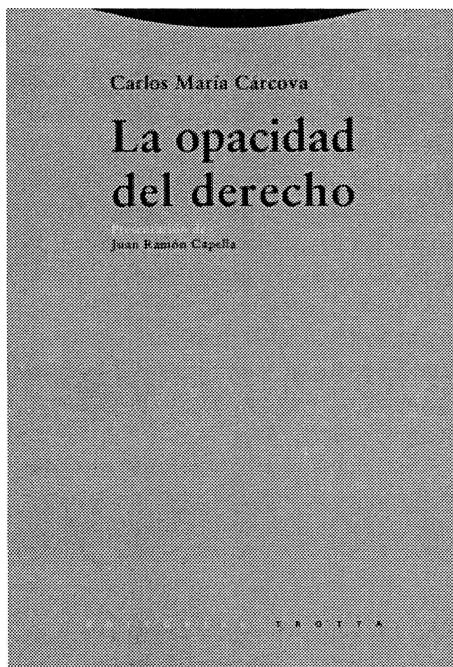
Comentario de *Diego J. Duquelsky Gómez*

Quienes hayan seguido de cerca el desarrollo de las Teorías Críticas del Derecho en la Argentina, sabrán que la preocupación por el fenómeno de la "opacidad" o "no comprensión" del derecho, no es nueva para Carlos Cárcova. Ya en 1985, un breve ensayo presentado en un Seminario del Grupo de Derecho y Sociedad de CLACSO -publicado algunos años después en *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho'* - dejaba entrever las que serían más tarde las hipótesis principales del trabajo que nos ocupa.

Una segunda versión, corregida y aumentada -aunque todavía bajo la forma de ensayo breve- apareció en 1996, ya bajo el nombre de *La opacidad del derecho*, integrando el libro titulado *Derecho, Política y Magistratura'*. Allí se retorna la temática

Volumen colectivo que incluye además trabajos de Enrique Marí, Ricardo Entelman, François Ost y Alicia Ruiz, entre otros. Abeledo Perrot, Bs.As., 1991

Cárcova, Carlos M., *Derecho, Política y Magistratura*, Biblos, Bs. As. 1996.



inicial, enriquecida fundamentalmente por un nuevo nivel de análisis, asociado con los desarrollos sistémicos provenientes de la teoría de Niklas Luhmann.

Hoy, *La opacidad del derecho*, publicada por Editorial Trotta, es ya un trabajo monográfico en el que se desarrollan de manera más profunda y sistemática las ideas que en los referidos artículos se habían apenas esbozado. En las propias palabras del autor "el problema consiste en que los hombres, sujetos de derecho, súbditos que deben adecuar sus conductas a la ley, desconocen la ley o no la comprenden. Esto es, desconocen el estatuto jurídico de los actos que realizan o no lo perciben con exactitud o no asumen los efectos generados por tales actos o tienen confusión respecto de unos o de otras. Son formas distintas de este fenómeno que venimos llamando "no comprensión" o "efecto de desconocimiento" u "opacidad" del derecho, que obedece a múltiples y heterogéneas razones y que se manifiesta de diversa manera según las características de cada formación histórico-social y, obviamente, de las condiciones concretas, sociales y personales, de cada individuo o conjunto de individuos".

Desde el punto de vista metodológico, el texto combina dimensiones de análisis muy variadas: factores socioeconómicos, elementos histórico-antropológicos y étnico-culturales, formaciones ideológicas y mecanismos de producción y reproducción de la hegemonía, diferenciación y evolución social del derecho en la perspectiva sistémica, etc. Tal diversidad de enfoques responde, sin duda alguna, al programa epistémico que las teorías críticas del derecho han desarrollado desde hace ya

largos años. En tal sentido ha sostenido Cárcova, refiriéndose al surgimiento de estas corrientes: "Permeaba la idea de que, para dar cuenta de la especificidad de lo jurídico, era menester comprender la totalidad estructural que lo contenía, es decir, la totalidad social, y que para ello se necesitaba constituir un saber multi y transdisciplinario que se desplegara como lugar de intersección de múltiples conocimientos."⁴ Si nos preguntásemos acerca de los desarrollos de la ciencia jurídica tradicional en torno al fenómeno de la no-comprensión del derecho, verificaríamos que el mismo ha sido tratado hasta hoy -fundamentalmente en el ámbito de los estudios de naturaleza dogmática- bajo la problemática de la *ignorantia juris*. En este sentido, vale la pena recordar que ya los romanos habían acuñado la fórmula *nemini licet ignorare ius*; y que un sistema jurídico como el inaugurado por la modernidad, basado en la universalidad, generalidad y abstracción de las leyes, no podría funcionar sin apelar a la ficción que subyace a este viejo principio.

Claro que, así como como la recordada máxima romana es de antigua data, también lo son las críticas a este principio. En los primeros apartados del capítulo inicial de la obra, el autor recoge tractos importantes del debate en torno a la *ignorantia iuris* que van del propio Savigny al insigne Francisco Suarez, pasando por Jeremy Bentham, y entre las que se destacan -por curiosas y agudas- las citas de Joaquín Costa, gran jurista aragonés de entre siglos.

El interés teórico y la riqueza de las reflexiones se multiplican, sin embargo, llegados al análisis de las elaboraciones de

³ Cárcova, Carlos M. , *La opacidad del derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 1998, p.20

⁴ Cárcova, Carlos M. *Teorías Jurídicas Alternativas en Derecho, Política y Magistratura*, op. cit., p.28.

la dogmática contemporánea. Porque "frente a las tendencias de contenido crítico que postulaban la admisibilidad de error de derecho, en virtud de que el presunto conocimiento de la ley por el hecho de su publicación no era más que una quimera y de que la legislación actual es tan vasta y compleja que ni aun los expertos pueden conocerla de manera integral, se ha argumentado que no juega en el caso el conocimiento de la ley, sino tan sólo el hecho de que ella es obligatoria".

Puede verificarse, entonces, un cambio de rumbo en torno a la justificación de la obligatoriedad de la ley, propio de un modelo según el cual la legitimidad de los mandatos está asociada exclusivamente a su origen, dejando de lado sus formas, sus efectos y, particularmente, los contenidos que transmiten. A partir de la consolidación del iuspositivismo como paradigma dominante en la teoría jurídica, el derecho pasa a ser entendido, en forma más o menos explícita, como "mandato del soberano" (Austin).

Esto obliga a Cárcova a adentrarse en el análisis del proceso que subyace a esta función dogmática de la ley por la vía de lo que Max Weber y otros autores han tratado bajo el concepto de *positivación*. Este fenómeno sería el resultado de un proceso inmanente al derecho que implicaría una "evolución" desde un irracionalismo mágico hasta una racionalidad lógica estricta, a

medida que la aplicación del derecho pasa de profetas jurídicos carismáticos a funcionarios técnicos con formación académica. El núcleo central de este primer capítulo está constituido por el estudio de este proceso, abordado desde dos lecturas que no necesariamente deberían ser consideradas antitéticas: la habermasiana, por un lado, la luhmanniana, por otro.

En el segundo capítulo -el más extenso del libro- se analiza la función de la marginalidad, la anomia y la aculturación como factores generadores de opacidad. La primera parte, desarrollada bajo el subtítulo de "Marginalidad, pobreza y ajuste", comprende un análisis de la situación socio-económica mundial a partir del predominio de las políticas neoconservadoras y sus deletéreos efectos en América Latina, en particular los relativos a la problemática de la desocupación. Las tesis más significativas de este segmento del texto, sin embargo, no se reducen meramente al plano económico. A partir de los aportes teóricos de autores como Kessler, García Canclini, Castells o Tenti Fanfani entre otros, Cárcova dirige su atención al hecho de que "una estrategia política y económica que dualiza, que desintegra, que disuelve vínculos, que expulsa fuera del sistema a cientos de miles de almas, comporta, ciertamente, privarlas de derecho. Pero no sólo en tanto carecen de acciones concretas en defensa de su condición de vida, de su trabajo o de su salud; también en cuanto lo jurídico aparece como exterior, ajeno, extraño, impropio. Y con ello, inaprehensible e incomprensible".

La segunda parte de este capítulo aborda una problemática cara a las teorías jurídicas alternativas: el "pluralismo jurídico". Tanto la antropología como la sociología jurídica,

Cárcova, Carlos M., *La opacidad del derecho*, op.cit., p.28.

Así, por ejemplo, la norma fundamental kelseniana y la regla de reconocimiento de Hart tienen como función definir que expresiones integran válidamente el sistema jurídico. Pero lo definen no por vía de la caracterización de la forma de las expresiones o su referencia, sino por vía de la designación de quienes pueden decirlos. Cfr. Entelman, Ricardo, *Discurso normativo y organización del poder*, en *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, op.cit., p.302 y sgtes.

⁷ Cárcova, Carlos M., *La opacidad del derecho*, op.cit., p. 56 y sgtes.

han llamado la atención desde hace tiempo sobre esta situación que se da siempre que en un mismo espacio geopolítico rija (oficialmente o no) más de un orden jurídico⁸. Este tipo de investigaciones tuvo una remota inspiración en la tradición romántica antiformalista de finales del siglo XIX y principios del XX (derecho vivo de Eugen Erlich; escuela del derecho libre) y una inspiración muy próxima a la antropología jurídica anglosajona.

Cárcova comprende, sin embargo, que el tema se ha complejizado en tal medida que ya no es dable entenderlo tan sólo como propio de aquellas sociedades en que conviven un *derecho ancestral* y un *derecho moderno*. Los procesos migratorios, las sociedades multiculturales, la nueva *lex mercatoria* internacional, son todos ellos fenómenos actuales que generan conflictos normativos y coadyuvan a la opacidad de lo jurídico. De particular interés resulta en este punto el pormenorizado análisis de las tesis sostenidas al interior del movimiento conocido como "Derecho Alternativo", frente a las cuales el autor no deja, por otra parte, de defender su postura teórica particular.

El tercer capítulo -"Función ideológica y desconocimiento"- está dedicado al estudio de otro de los factores generadores de opacidad, quizás el más tradicional de los desarrollados hasta aquí, la *ideología*. Diversas líneas o niveles de análisis pueden

reconocerse en esta parte del texto. En primer lugar, el concerniente a los desarrollos clásicos que van de la teoría de los *Idola* de Bacon a las vicisitudes de Destutt de Tracy y sus seguidores en el período napoleónico. No puede estar ausente en esta etapa un repaso a los puntos nodales de la obra de Marx; ni el posterior abordaje de la problemática ideológica en la sociología del conocimiento, particularmente desde la obra de Mannheim.

Un párrafo aparte merece el subcapítulo destinado a la relación *Ideología y derecho*, vinculado al tratamiento que dos de los más grandes juristas del siglo, Kelsen y Cossio, han dado al tema. La novedad central en este punto radica en que Cárcova cuenta con el manuscrito de "Ideología y derecho", obra del filósofo egológico que hasta hoy se mantiene inédita y, consiguientemente, desconocida no sólo para el gran público, sino también para especialistas e investigadores.

Se abordan, para finalizar el capítulo, nuevas dimensiones de la ideología -de Gramsci a la teoría del discurso- que dan forma a los postulados centrales de las teorías críticas, en cuanto a la concepción del derecho como una práctica social de naturaleza discursiva; como un mecanismo instituyente en tanto discurso ideológico y discurso de poder.

Finalmente, el último capítulo de *La opacidad del derecho* retorna algunas de las tesis de la teoría sistémica de Niklas Luhmann que habían sido anticipadas en las primeras páginas del libro -entonces, para el análisis del proceso de positivación del derecho-; pero ahora con el objeto de profundizar en la noción de "complejidad". Concepto clave ya que «el problema de la complejidad en las sociedades del capitalismo maduro, es también observable en las nuestras, aun cuando no hayan alcanzado aquel estadio de madurez, porque ellas

⁸ Santos, Boaventura de Sousa, *El derecho en la favela. Notas sobre la historia jurídico-social de Pasárgada*, en *No Hay Derecho* N°6, p.17

⁹ Santos, Boaventura de Sousa, *La transición posmoderna: derecho y política*, en *Doxa*, 6, Alicante, 1989. Para una revisión histórica del problema del pluralismo jurídico, puede consultarse el erudito estudio de Antonio Carlos Wolkmer, *Pluralismo Jurídico*, Ed. Alfa Omega, San Pablo, 1994, p. 168 y sgtes.

exhiben una realidad singular, en la que conviven tradicionalismo y posmodernidad; miseria y consumismo; relaciones productivas precapitalistas y desarrollos tecnológicos de punta; analfabetismo y sofisticación intelectual, en una caleidoscópica mixtura que se constituye en dato peculiar de nuestra propia complejidad»¹⁰

El desarrollo pormenorizado y sistemático de cada uno de estos *tópicos*, de estos espacios problemáticos asociados a la producción de opacidad jurídica, ponen de manifiesto que el fenómeno del *desconocimiento* o *no comprensión* del derecho van mucho más allá de la simple ignorancia de la ley. Que ciertos principios básicos de la modernidad, son resignificados al interior de nuestras sociedades multiculturales,

complejas y diferenciadas, generando incerteza y perplejidad al interior del sistema jurídico, que se proyecta sobre los súbditos en términos de opacidad. Para quien enarbole un pensamiento que se pretenda crítico, estas conclusiones exigen, sin dudas, una toma de posición. Y nuestro autor no elude el desafío. En este punto, entonces, parece oportuno concluir apelando a sus propias palabras: "Mientras tanto, es necesario ratificar, por si fuera el caso, que una parte de la opacidad del derecho no es fatalidad. Es manipulación, ocultamiento, monopolización deliberada del saber, estrategia de reproducción del poder. Y que tal estado de cosas es susceptible de ser democráticamente modificado. Y que vale la pena modificarlo" . ■

¹⁰ Cárvoa, Carlos M., *La opacidad del derecho*, op. cit., p. 165. El mundo ofrece al hombre, según Luhmann, una cantidad prácticamente ilimitada de posibilidades de experiencia y acción, a la cual corresponde una capacidad muy reducida de percibir, elaborar informaciones y actuar. Para el autor de Sistemas Sociales la «complejidad» es el exceso de las posibilidades del mundo, o sea la diferencia entre el número de las posibilidades potenciales y el número de las mismas actualizadas. En tal sentido, la complejidad significa necesidad de selección. Más específicamente por complejidad la teoría sistémico-cibernética entiende: 1. el número y variedad de los elementos de un sistema; 2. la extensión y la incidencia de las relaciones de interdependencia de los elementos de un sistema; 3. la variabilidad en el tiempo de los elementos de sus relaciones. Cfr. Zolo, Danilo, *El léxico de Luhmann*, en *Sistemas Políticos. Temas del debate italiano*, Compilador Marco Cúppolo, UNAM, México, 1986, p. 224.

Cárvoa, Carlos M. , *La opacidad del derecho*, op.cit., p. 183.