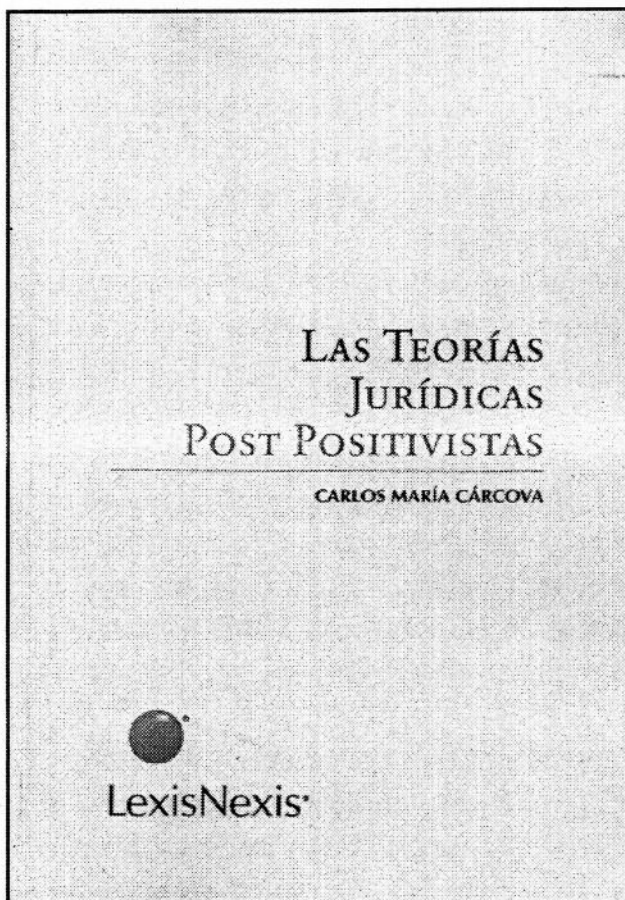


# Las Teorías Jurídicas Post Positivistas: en busca de un nuevo paradigma cognitivo

*Carlos M. Cárcova*  
*LexisNexis, Buenos Aires, 2007*

*Por Nora Wolfzun*



Si usted es un lector propenso a buscar esencias, fijaciones dogmáticas, o adhiere ideológicamente a un realismo ingenuo o a un naturalismo estructurado, el libro "Las Teorías Jurídicas Post Positivistas" lo confrontará con desafíos epistemológicos de magnitud, que tensarán al máximo su precomprensión del mundo. Si su búsqueda intelectual, por el contrario, guarda afinidades analíticas con la antinomia, la circulación de sentido, la paradoja, la ficción, el pensamiento complejo, la génesis social de la realidad, la interdisciplina, probablemente su lectura resulte un poco más "cómoda" o más acompañada. Pero en ambos casos, "Las Teorías Jurídicas Post Positivistas" constituye una propuesta abierta que invita al diálogo crítico, la reflexión pluralista y al compromiso ideológico, con miras a enrique-

cer nuestra perspectiva cognitiva y ética acerca del fenómeno del Derecho.

La obra condensa un conjunto de ensayos (muchos de los cuales fueron y son utilizados en la actividad docente de grado y posgrado) organizados por un hilo conductor: la búsqueda de insumos para la elaboración de un nuevo paradigma jurídico a partir de un "malestar en la teoría" que desde mediados de los años '70 del siglo XX produce distanciamientos de envergadura con los modelos tradicionales (específicamente el jusnaturalismo y el positivismo en sus distintas versiones). En el marco de este clima de época, comienzan a aparecer nuevas matrices teóricas que dejando de lado visiones más ontológicas o más normativistas, se inician en el debate e investigación de las dimensiones sociales, políticas y éticas del

derecho. La emergencia de la Crítica Jurídica como perspectiva alternativa pone en evidencia una serie de temáticas comunes surgidas en torno a obstáculos tanto epistemológicos como políticos: superar los reduccionismos de los modelos clásicos y sus abordajes explicativistas, poner en crisis las llamadas “filosofías de la conciencia”, combatir la neutralidad axiológica en el discurso del derecho, constituyen algunas de las nuevas problemáticas. El movimiento crítico en la Argentina, del cual Carlos Cárcova es uno de los fundadores y conspicuo integrante, surge contemporáneamente a las corrientes europeas más representativas (*Critique du Droit* en Francia; *Uso Alternativo del Derecho* en Italia; *Critical Legal Studies* de origen anglosajón). Estas perspectivas críticas entran en diálogos fructíferos con otros trabajos alternativos como los de la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas, el neocontractualismo de John Rawls, la teoría sistémica de Niklas Luhmann, las corrientes comunitaristas (Walter, Taylor, Sande, entre otros), la semiología y la teoría del discurso, estas últimas disciplinas con fuerte impacto en la teoría de la interpretación del discurso jurídico.

Enmarcado en parámetros post positivistas y críticos, este libro propone la elaboración de un nuevo paradigma cognitivo que –al mismo tiempo que da cuenta de la especificidad de lo jurídico–, pone de manifiesto su dimensión social, histórica, ideológica, política y la complejidad de su rol en las sociedades del siglo XXI. Es entonces, una perspectiva sistémico-estructural, de corte comprensivista y constructivista, multi y transdisciplinaria, la que organiza el abordaje del fenómeno jurídico expuesto en los diversos ensayos de este libro.

Dividido en cuatro partes, la primera de ellas desarrolla temáticas de naturaleza epis-

temológica, a fin de contrabalancear la sostenida presencia de una perspectiva jurídica dogmática y sensibilizar la mirada hacia la búsqueda y análisis de nuevas categorías, conceptos, presupuestos y marcos teóricos que expliciten el rango epistémico del derecho. Siguiendo esta línea, en el primer ensayo, referido a la idea de obstáculo epistemológico de Gastón Bachelard, hay un énfasis puesto en la dimensión histórica e ideológica de las prácticas científicas articuladas (su objeto de estudio) y los diferentes modos de construcción de la verdad al interior de cada ciencia particular. Asimismo y sobre la base del debate actual entre los modelos del absolutismo y el relativismo cognitivo, se examinan algunas ideas acerca de la socialización lingüística y los juegos del lenguaje de Peter Winch, el círculo hermenéutico de Hans Gadamer, la inconmensurabilidad de los paradigmas de Thomas Kuhn, el anarquismo metodológico de Paul Feyerabend y el discurso hermenéutico de Richard Rorty, con aportes que enriquecen y complejizan el panorama epistémico actual.

El tercer ensayo de esta primera parte pasa revista a las diversas historias acerca de los modos en que se ha construido la verdad científica (adecuación, correspondencia, coherencia, aceptabilidad racional), poniendo también el acento en el rol históricamente precario de la verdad jurídica frente a la solidez del entramado ficcional que conforma el basamento del derecho moderno.

La Parte 2 del libro encara tres problemáticas que refieren a las dimensiones políticas del derecho. La primera de ellas examina la brecha existente entre la democracia formal y la real en torno al tema de ciertas garantías constitucionales. Específicamente, el acceso a la justicia, es decir, los beneficios de la jurisdicción no están al alcance de enormes contingentes de individuos excluidos por

razones de pobreza extrema, falta de trabajo y condiciones mínimas de salud y vivienda, que el autor minuciosamente examina para finalmente sugerir un abordaje alternativo.

El segundo texto da cuenta de los desafíos a que nos enfrenta el fenómeno de la globalización y su radical transformación en las dimensiones de tiempo y espacio: revolución tecnoinformática, incremento exponencial de los flujos comunicacionales, grandes migraciones, emergencia de nuevas subjetividades, entre otros temas, conforman un marco contradictorio y complejo, de grandes polaridades, frente al cual la teoría jurídica deberá responder con nuevos criterios hermenéuticos.

En el último texto de la Parte 2, se hace referencia al Estado Social de Derecho, correlato jurídico-institucional del Estado de bienestar, cuya emergencia en el siglo XX remonta a debates ideológico-políticos decimonónicos. Su consolidación por espacio de treinta años desde la segunda posguerra (estado interventor, con fuerte ingerencia en la economía y metas de redistribución equitativa del producto social), comienza a desgastarse a partir de la crisis del petróleo de mediados de los '70, acosada igualmente por el triunfo de la "revolución conservadora". Frente al fracaso histórico del neoconservadurismo y ante la imposibilidad de reconducir el ESD, el autor reflexiona en torno a un posible modelo de Estado radicalmente democrático, que privilegie, entre otras metas, la participación popular, la lucha frontal contra la corrupción, una fuerte intervención en la actividad económica con miras a una mayor equidad, análisis que permite sortear el falso dilema "reforma o revolución".

La tercera parte del libro expone brevemente la vida y obra de dos jusfilósofos descolantes del siglo XX. Ellos son: Hans Kelsen, jurista fundamental en el campo del jusposi-

tivismo, y Carlos Cossio, fundador de la escuela egológica surgida en 1941 en la Universidad de La Plata y hoy receptada en distintas universidades de Europa y América. En la biografía intelectual de Kelsen, se examinan, por un lado, sus grandes contribuciones: la ruptura epistemológica de corte "voluntarista" que su obra opera sobre las anteriores corrientes "intelectualistas"; el carácter constitutivo y creador de la actividad jurisdiccional; la descripción y análisis magistrales de los conceptos centrales de una teoría general del derecho; la contundencia de su esfuerzo por superar los falsos dualismos. Las principales críticas a su marco teórico provienen del reduccionismo en el que Kelsen incurre al excluir del fenómeno jurídico toda dimensión social, histórica, ética y política, como así también la radical escisión entre facticidad y validez que lo lleva a forzar argumentaciones para mantener a ultranza su postura normativista, si bien poco antes de morir, produce novedades conceptuales que habilitan a una profunda reformulación de toda su teoría.

En el marco de la concepción egológica de Carlos Cossio, el ensayo enfatiza el papel constitutivo de la actividad del juez bajo el concepto de pragtognosis (conocimiento de protagonista), experiencia judicial calificada que abarca tanto saber como intuición. Su desarrollo en la problemática hermenéutica es de gran lucidez, como también es fructífero su abordaje (tan distinto del kelseniano) del tema de la ideología al que dedicó varios ensayos y una obra póstuma que continúa inédita.

La Parte 4, que da nombre al libro de Carlos Cárcova, condensa en dos apartados, los aportes jurídicos post positivistas surgidos a partir de la crisis de los modelos tradicionales. En ella se examina la emergencia de las distintas corrientes de la Crítica Jurídica y

sus temáticas comunes, en el marco de un derecho multívoco, ideológico, histórico y complejo. También se expone un análisis funcional del derecho que enfatiza la potencialidad tanto conservadora como transformadora del fenómeno jurídico, paradojalidad que ancla en las relaciones entre el derecho y la historia, la ideología y el poder, dejando al descubierto algunas posibles articulaciones entre ciertas categorías del discurso marxista y la teoría jurídica crítica.

Dos textos pertenecientes al primer apartado examinan diversos enfoques en torno a la hermenéutica judicial, desde visiones tradicionales jusnaturalistas y positivistas, la escuela egológica, pasando por el pensamiento dworkiano, hasta los aportes críticos, las perspectivas narratológicas, la semiología y la teoría del discurso. Estas nuevas articulaciones que Cárcova plantea y desarrolla, nos ofrecen categorías y recursos conceptuales orientados a captar el derecho en su multidimensionalidad, desde una perspectiva dialéctico-comprensiva.

El segundo y último apartado condensa las ideas fundamentales de tres conspicuos interlocutores de la teoría crítica: Jürgen Habermas (teoría de la acción comunicativa, el papel del derecho en el proceso de integración social, crítica constructivista de la "democracia realmente existente"); John Rawls (teoría normativa de la sociedad justa) y Niklas Luhmann (teoría de sistemas

autopoiéticos, nociones de complejidad, paradojalidad, autorreferencialidad), privilegiando en esta interlocución tanto los acuerdos conceptuales como las turbulencias ideológicas.

Como dijo Gastón Bachelard, lo simple no es nunca sino lo simplificado. El mundo en que vivimos constituye una explosión fenoménica de gran magnitud y diversidad, frente a la cual visiones reduccionistas sólo colaboran en profundizar un estado de anemia semántica que una epistemología abierta como la propuesta por este libro pretende superar. En el marco de esta complejidad existencial, el fenómeno jurídico es mucho más que un conjunto de normas: es facticidad y validez, convención y azar, orden y transformación, verdad y ficción, tecnología y práctica social, agencia y sistema, consenso y coerción.

Las opciones epistemológicas siempre conllevan compromisos éticos: el nuevo paradigma cognitivo piensa al derecho como una trama de discursos y de prácticas que va produciendo condensaciones de sentido epocales, para luego relanzarse a nuevas significaciones; un derecho abierto a desafíos, nuevas problemáticas, a intercambios reflexivos que nos inviten a pensar, dudar, opinar, decidir, antes que a aceptar y simplificar acríticamente. Este libro constituye una verdadera aventura jusfilosófica, un itinerario intelectual de indispensable lectura.