II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

A532
Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line] organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-764-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5. Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica. 9.Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

Universidade Federal
do Rio de Janeiro

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado "mundo latino", com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate da racionalidade jurídica, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

Como a quantidade de trabalhos relativos ao grupo Direito, Razões e Racionalidade chegou à casa dos 40, a relatoria foi dividida entre Mariana Isern, professora adjunta de Filosofia do Direito da Universidad Nacional de Rosario e Diego Luna, professor adjunto de Filosofia do Direito e Direito Penal da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires. Por uma limitação editorial, nesta publicação serão apresentadas apenas as questões e conclusões levantadas pela relatora e pelo relator sobre os trabalhos aprovados para o congresso. As relatorias completas, no entanto, se encontram na íntegra no site do evento com as avaliações pontuais sobre cada um dos artigos apresentados.

Mariana apresenta o seu trabalho em três eixos. O primeiro diz respeito à falta de respostas adequadas para novos problemas. "Al incorporar fenómenos que antes no eran alcanzados por el Derecho, conforme a los paradigmas empleados, se requiere una nueva perspectiva (sea biocéntrica, inclusiva, multicultural, transdisciplinar, etc.). Algunos proponen caminos que se podrían recorrer, otros sugieren el rescate o reinterpretación de autores clásicos, o vuelven a las fuentes, en otros casos; en tanto que hay algunos que alertan sobre las vías inapropiadas para pensar esas alternativas.". Aqui encontram-se reunidos os trabalhos de

Diego Javier Duquelsky Gómez (Argentina), Jesús Vega López (Espanha), Maria Carolina Rodrigues Freitas (Brasil), Claudio Pedrosa Nunes (Brasil) e Juan Calvillo Hernandez (México).

Resumindo o que relata Mariana Isern, Diego Javier Duquelsky Gómez propõe a construção de um pensamento emancipatório radicalmente alternativo à racionalidade jurídica dominante. Jesús Vega López, sob uma perspectiva pós-posititisva procura reconstruir as demarcações do Direito valendo-se das noções de entorno, contorno e dintorno apresentadas por José Ortega y Gasset e Gustavo Bueno. Maria Carolina Rodrigues Freitas aborda obsolescência da teoria do direito moderno na pós-modernidade. Claudio Pedrosa Nunes trabalha temas do direito processual à luz da doutrina medieval-tomista. Juan Calvillo Hernandez procura demonstrar que a metafísica, fortemente criticada por Hans Kelsen, tem sido recuperada pelo positivismo jurídico.

Um segundo eixo traçado por Mariana Isern, na relatoria, é marcado pela busca de opções para se pensar e repensar alternativas aos paradigmas atuais do Direito, sob os parâmetros antropocêntrico e biocêntrico da dignidade e do bem viver. Aqui encontram-se os trabalhos de Wallace Antonio Dias Silva (Brasil), Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Brasil), Zabalza Alexandre (França), Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa (Brasil), Jesús Ignacio Delgado Rojas (Espanha) e Bruno Rabelo Coutinho Saraiva (Brasil).

Wallace Antonio Dias Silva estabelece uma alternativa integradora do bem viver latino-americano, sob uma perspectiva biocêntrica, propondo o cooperativismo como via superadora do problema da precarização do trabalho. Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, juntas, empregam o conceito de Stammler de um direito objetivamente justo a um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro sobre demarcação de terras indígenas, de forma a indagarem se é tarefa da justiça levar a cabo um ideal e em que grau. Para Alexandre Zabalza, a Terra ficou muito tempo alijada do conhecimento filosófico e demorou muito tempo para que entidades não humanas fossem dotadas de personalidade jurídica. Com base na literatura de Saint Exupéry, mostra que domar a natureza não significa conquistá-la, mas “domesticar”, no sentido de criar vínculos. Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa, no âmbito do “novo constitucionalismo latino-americano”, procura substituir o modelo antropocêntrico constitucional pelo biocêntrico, da dignidade. Jesús Ignacio Delgado Rojas recupera as ideias kantianas de dignidade e autonomia para enfrentar problemas atuais. Bruno Rabelo Coutinho Saraiva discute o Direito Natural, com ênfase na centralidade do ser humano.

No terceiro e último eixo, o relevo encontra-se na argumentação, especialmente, a legislativa. Com uma dose de graça, Mariana Isern destaca dos trabalhos: “Los ciudadanos no dormirían pacificamente si supieran como se hacen las salchichas y las leyes.(...) Desde entonces, el sistema de producción de embutidos há evolucionado, siendo sometido (al menos en teoria) a estrictos estándares sanitários. La producción de leyes, por outra parte, sigue siendo llevada a cabo sin el método o la organización apropriados.”

Em torno da questão da racionalidade legislativa estão os trabalhos de Mariana Barbosa Cirne (Brasil) em coautoria com Tainá Junquilho (Brasil); de João Aurino de Melo Filho (Brasil); Francesco Ferraro (Itália); José Ribas Vieira em coautoria com Fernanda Lage Alves Dantes (Brasil) e o de José Eduardo Schuh (Brasil).

Mariana Barbosa Cirne e Tainá Junquilho percebem a crise legislativa como uma oportunidade dada ao jurista para aumentar a racionalidade no processo legislativo. Segundo João Aurino de Melo Filho, a Teoria do Direito falhou ao ignorar o processo legislativo. Francesco Ferraro, ao considerar que o legislador possui, na realidade, uma racionalidade limitada por fatores de ordem pessoal e institucional, explora os conceitos de sub-inclusão e sobre-inclusão de Nino e Nowak, passando por Wróblewski e Wittgenstein. José Ribas Vieira e Fernanda Lage Alves Dantes chamam a atenção para o diálogo entre as teorias jurídicas e as teorias sociológicas, no sentido de que o Direito pode servir de mecanismo para a transformação social. José Eduardo Schuh, segundo Mariana Isern, se propõe a comprovar a possibilidade do emprego de técnicas derivadas dos estudos da Economia do Comportamento na elaboração de normas legais, com o fim de aumentar a efetividade normativa e a eficácia social.

Com relação aos trabalhos sobre racionalidade judicial, a preocupação central está na formação jurídica dos encarregados de aplicar o Direito. Aqui se encontram os trabalhos de Zoraida García Castillo (Méxica), Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba (Equador), Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil), Valeria Lopez Vela (México) e Silvia Zorzetto (Itália).

Zoraida García Castillo trata da validez e confiabilidade dos resultados das provas científicas no processo, assim como a responsabilidade epistêmica do julgador ao realizar inferências sobre os fatos. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba trabalha o tema da igualdade, a partir da proporcionalidade e da analogia. Eduardo Ribeiro Moreira defende o direito constitucional comparado como técnica de interpretação. Silvia Zorzetto sustenta que a “pretensão de correção” é uma característica interna da prática juridica e necessária à sua própria existência. Valeria Lopez Vela analisa a complexidade do conceito de dignidade a partir de sua aplicação pela Suprema Corte de Justiça do México.

Diego Luna, da Universidade de Buenos Aires, é o segundo relator do grupo “Direito, Razões e Racionalidade”. Dos 23 trabalhos que analisou, ele nos diz que:

“Un primer grupo de ponencias pone su atención en la racionalidad judicial, desde marcos teóricos que ponen el acento en los aspectos retóricos de la argumentación jurídica, el razonamiento silogístico, la creación judicial del derecho y un particular ejemplo, en este contexto, de decisiones contradictorias de tribunales superiores. Agrupo acá los trabajos de Elias Canal Freitas (Brasil), Pedro Parini Marques de Lima (Brasil), Maria Lucia de Paula Olivera (Brasil), Guillerme Gomes Vieira (Brasil) e João Paulo Rodrigues de Castro (Brasil). […]

Otro conjunto de ponencias que aborda también el problema de la creación judicial del derecho, desde la perspectiva de la argumentación jurídica, pone el acento en las nociones de "derrotabilidad" y "derecho discutido" para dar cuenta de situaciones excepcionales para las reglas generales y el problema de su legitimidad, del control público de las decisiones, con una particular referencia al problema de los supuestos de aborto como ejemplo de situaciones semejantes. Reúno acá los trabajos de Claudia Roesler e Isaac Reis; Henrik Lopez Sterup; Mauricio Martins Reis y Alexandre Prevedello; Anizio Pires Gaviao Filho y Alexandre Prevedello; y Marcelo Fernández Peralta. […]

Un tercer conjunto de ponencias puede agruparse en torno de las perspectivas críticas que se ocupan en la teoría general y en la interpretación judicial del denominado giro decolonial, de los problemas de neoconstitucionalismo y el multiculturalismo e interculturalidad en la región latinoamericana, incluso desde perspectivas aparentemente disímiles como la hermenéutica y la filosofía del lenguaje. Se reúnen ahora las ponencias de Diogo Bacha e Silva; María Nazareth Vasques Mota y Carla Thomas; Dulce Alejandra Camacho Ortiz y Rina Pazos. […]

En cuarto orden, pueden presentarse los trabajos que se estructuran en torno de las nociones de casos fáciles, difíciles y trágicos para presentar a partir de decisiones concretas de tribunales superiores o constitucionales de la región modos problemáticos del razonamiento judicial y los problemas de fundamentación que ellos conllevan cuando se acude a la denominada ponderación de principios y su difícil conciliación con la aplicación de reglas. Son las ponencias de Juan Bautista Etcheverry; Renato Rabbi-BaldiCabanillas y Renato do Espirito Santo Rodrigues y Claudia Toledo. […]

En un quinto grupo de ponencias reúno cuatro ponencias que recuperan autores clásicos que se enmarcan tanto históricamente, como epistemológicamente en el debate iusnaturalismo vs.

iuspositivismo de mediados del siglo pasado (Ehrlich, Kelsen, Larenz, Radbruch) en el contexto de la segunda Guerra Mundial, el Régimen de la Alemania Nazi y el desafío epistemológico que supuso para la ciencia del derecho el juzgamiento de esos crímenes. Íntimamente relacionado con esa temática, dos ponencias se refieren al problema de la criminalización o la tolerancia de los denominados discursos de odio. Son los trabajos de José Raul Cubas Júnior y José Renato Gaziero Cella; Eduardo Javier Jourdan Markiewicz; Victor Medrado y Rafael Mello Ferreira y Marcelo Campos Galuppo. […]

Por último, un par de ponencias relativas a dos asuntos que vinculan política y derecho en el ámbito particular brasilero, aunque con repercusión regional y mundial: la discusión sobre la legitimidad y constitucionalidad del instituto del impeachment y el modelo de defensa pública gratuita, ambos contemplados en la Constitución de Brasil aunque con diversos recorridos y tradiciones históricas, políticas, jurídicas y filosóficas. Se trata de las ponencias de Margarida Maria Lacombe Camargo (Brasil) y Bernard dos Reis Alo (Brasil).”.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Vinícius Sado Rodrigues

Organizadores

AS TEORÍAS CRÍTICAS DO DIREITO COMO CRÍTICA A RACIONALIDADE MODERNA

"LAS TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO COMO CRÍTICA A LA RAZÓN JURÍDICA MODERNA"

Diego Javier Duquelsky Gómez

Resumo

El trabajo presenta una matriz de análisis basada en diez dicotomías que sirve de base paradistinguir dos grandes corrientes de pensamiento post-positivista: liberales y críticas. Como telón de fondode todas ellas aparece el debate en torno al rol de la razón en el derecho. Se pretende demostrar que unpensamiento emancipatorio sólo es posible a partir de una profunda crítica a la razón jurídica moderna.

Palavras-chave: Teoría crítica, Posmodernidad, Racionalidad, Colonialismo

Abstract/Resumen/Résumé

El trabajo presenta una matriz de análisis basada en diez dicotomías que sirve de base paradistinguir dos grandes corrientes de pensamiento post-positivista: liberales y críticas. Como telón de fondode todas ellas aparece el debate en torno al rol de la razón en el derecho. Se pretende demostrar que unpensamiento emancipatorio sólo es posible a partir de una profunda crítica a la razón jurídica moderna.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Teoría crítica, Posmodernidad, Racionalidad, Colonialismo

Las teorías críticas del derecho como crítica a la razón jurídica moderna

Diego J. Duquelsky Gómez

(UBA-UNPAZ-UNDAV)

Resumen: El trabajo presenta una matriz de análisis basada en diez dicotomías que sirve de base para distinguir dos grandes corrientes de pensamiento post-positivista: liberales y críticas. Como telón de fondo de todas ellas aparece el debate en torno al rol de la razón en el derecho. Se pretende demostrar que un pensamiento emancipatorio sólo es posible a partir de una profunda crítica a la razón jurídica moderna.

Introducción

A partir de los años sesenta, tras cuatro décadas de predominio del pensamiento jurídico positivista signado por la obra de autores de la talla de Hans Kelsen o Herbert H.L.A. Hart, surgen distintas corrientes iusfilosóficas que pretenden superar los límites del pensamiento normativista. Y lo hacen desde dos grandes perspectivas o tradiciones.

Por un lado, autores como Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Robert Alexy, Carlos Nino, Manuel Atienza, Luigi Ferrajoli y Gustavo Zagrebelsky, por citar sólo algunos de los nombres que forman parte de la nómina de pensadores que comparten esa perspectiva que podríamos llamar "no positivista" o al menos "no positivista tradicional"[1].

Si tuviéramos que señalar los rasgos en común que presentan los autores precitados –con todas las prevenciones del caso- podríamos decir que todos ellos coinciden en algunos puntos tanto descriptivos como valorativos o justificativos del fenómeno jurídico.

[1] A ellos cabe agregar a una corriente bastante difundida en los últimos tiempos, el llamado "positivismo incluyente" cuyo rasgo central consiste en un intento de hacer compatibles los principios jurídicos y la incorporación de valores al derecho con el positivismo jurídico. Ver ETCHEVERRY, J, El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. un estado de la cuestión, México, UNAM, 2006. No podemos dejar de destacar, asimismo, que a partir de la publicación de Principia Iuris, Luigi Ferrajoli cada vez con más fuerza ha reivindicado muchos rasgos de su positivismo constitucional, sobre todo en oposición al "principialismo" o "neoconstitucionalismo".

En primer lugar, aunque cada uno a su modo, todos reconocen el cambio de paradigma que ha operado en los niveles más altos de los ordenamientos jurídicos contemporáneos –al menos en los países centrales- a partir de la consolidación del modelo del "Estado Constitucional de Derecho".

Por otra parte, la incorporación de principios altera la concepción positivista tradicional de que el derecho es simplemente un conjunto o un sistema de normas. En ese sentido es ilustrativa la ya clásica crítica de Dworkin a la teoría de las reglas de Hart. El eje de su propuesta consiste en señalar que, a diferencia de lo que sostiene el positivismo, el derecho no está integrado sólo por normas sino también por directrices y principios[2].

Otra característica compartida –siempre con matices, por supuesto- tiene que ver con el rechazo del emotivismo ético. La mayoría de los autores enumerados acepta la posibilidad de reflexionar e incluso fundar racionalmente juicios morales.

Como podrá advertirse, estas reformulaciones sobre el concepto mismo de derecho impactarán en forma directa no sólo en la visión sobre el papel del juez, sino también en el de la ciencia jurídica.

Sin embargo, durante los últimos cuarenta o cincuenta años -primero en el ámbito de las ciencias sociales en general y luego en el campo específico de la teoría jurídica- ha surgido también un grupo de teorías que presenta otro tipo de cuestionamientos al positivismo normativista. Se trata de un importante número de pensadores que responden a otra tradición, a la que podríamos denominar en términos generales "crítica".

Para ellos resultarán claves los insumos provistos por la crítica cultural de la Escuela de Francfurt, las relecturas del marxismo a partir de la revalorización de la obra de Gramsci, los aportes de Althousser o Poulanzas, la arqueología del saber y la genealogía del poder de Foucault, etc. Y a partir de

[2] DWORKIN, Roland, Los derechos en serio, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993., particularmente capítulos 2 y 3.

allí, será posible el desarrollo de una lectura de lo jurídico que ponga de manifiesto el papel de la ideología y del poder como determinantes en la producción del discurso jurídico.[3]

En ese contexto surgen, además, no sólo nuevas corrientes teóricas como Critique du Droit en Francia o los Critical Legal Studies, en Gran Bretaña y Estados Unidos[4], sino también movimientos motorizados por los propios operadores del sistema judicial, cuyo ejemplo paradigmático es el movimiento del "uso alternativo del diritto" surgido a inicios de los años setenta, en Italia, a partir de las ideas divulgadas por un conjunto de jueces agrupados en Magistratura Democrática, cuando comienza a teorizarse el carácter político de la actividad del jurista, al tiempo que se reafirma la politicidad del derecho[5].

El propósito de este trabajo es presentar una suerte de "tipos ideales", para encontrar rasgos en común entre dos grandes modos de construir un pensamiento post positivista. Tras esas perspectivas antagónicas encontraremos, como telón de fondo, dos modos de concebir el rol de la "razón" en el derecho.

Como señalábamos en un trabajo reciente[6], se trata de una clasificación sesgada, arbitraria como todas, excesivamente simplista e imprecisa. Dos tipos ideales, con rótulos que –además- adolecen ambos de vaguedad combinatoria. Difícilmente encontremos autores o escuelas que adscriban simultáneamente a todos y cada uno de los criterios clasificatorios y, además, posiblemente deberemos admitir como parte del mismo grupo a pensadores con tesis incompatibles entre sí.

La clasificación propuesta distingue entre dos grandes visiones o puntos de vista, a las que llamaremos "liberales" y "críticas", construida en base una matriz de análisis que presenta diez grandes dicotomías: a) modernos vs. posmodernos; b) racionalistas vs. irracionalistas; c) ilustrados vs. filosofía de la sospecha; d) constructivismo vs. deconstrucción; e) neocontractualismo vs. conflictivismo; f) lo individual

[3] RUIZ, Alicia, *Aspectos ideológicos del discurso jurídico*, en *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1991.
[4] Ver CARCOVA, Carlos M., *Notas acerca de la teoría crítica del derecho*, en AAVV, *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2001.

[5] Cfr. COSTA, Pietro, *La alternativa ¨tomada en serio¨: manifiestos jurídicos de los años setenta*, en Anales de la cátedra de Francisco Suárez Nº 30/ 1990.

[6] DUQUELSKY, Diego, *¿Es todavía crítico el positivismo de Ferrajoli?* (en prensa), trabajo presentado en el seminario "Principia Iuris. Diálogos con Luigi Ferrajoli" celebrado en la Facultad de Derecho de la UBA el 19/4/2018.

vs. lo colectivo; g) universalismo vs. multiculturalismo; h) integridad vs. indeterminación; i) activismo tolerable vs. activismo indispensable; y j) fe vs. desconfianza en los juristas.

En atención al eje temático seleccionado para la presentación de este trabajo (Direito, Razões e Racionalidade), y las exigencias en materia de extensión de las ponencias, desarrollaremos los primeros cuatro puntos, por tratarse de los más directamente vinculados al problema de la "racionalidad del derecho", sin perjuicio de que en todos ellos es posible encontrar también un cuestionamiento al papel de la razón en el fenómeno jurídico.

1.- Modernos vs. posmodernos

La primer distinción se basa sobre dos grandes perspectivas temporales. Podemos encontrar cuestionamientos al positivismo provientes de autores a los que podríamos llamar "modernos" y otros –con muchos resguardos, resquemores y aclaraciones "posmodernos".

No es exagerado afirmar que la crítica al positivismo es en muchos casos, simultáneamente, una crítica a la modernidad. El positivismo es el resultado de un proceso que arranca en los siglos XVII y XVIII, que fue priorizando progresivamente la racionalidad científica por sobre todas las demás[7]. Una racionalidad científica que, al momento de unirse al capitalismo, se torna fundamentalmente racionalidad productiva. Entonces todo lo que nos prometió la modernidad –libertad, igualdad, fraternidad- no funciona. Para decirlo usando la famosa expresión de Bobbio, se convierten en "falsas promesas".

Hubo otras promesas, en cambio, cumplidas en exceso. La modernidad nos prometió desarrollo científico y tecnológico y lo consiguió a punto tal de encontrarnos por primera vez en la historia, en riesgo de dejar de existir como especie humana. Es probable que esa hipertrofia de la racionalidad científico instrumental haga que pronto no tengamos agua que beber ni aire que respirar.

[7] Posiblemente Auschwitz sea el hito más visible para ejemplificar esa idea. Como señala Enzo Traverso en un fantástico libro titulado "La violencia nazi"[7] , los campos de exterminio son el punto de llegada de un proceso que se inicia con la guillotina, como modo de ingreso de la revolución industrial en el campo de la pena capital, el imperialismo como una suerte de ley natural fundada en la superioridad europea, la guerra también industrializada que abandona el campo de batalla como un campo de honor y el desarrollo de "disciplinas científicas" que permiten clasificar y reprimir a aquellos elementos "contaminantes" del campo social. Un proceso que no es patrimonio exclusivo de Alemania, sino que es propio de todos los países europeos modernos. Traverso, Enzo, La violencia nazi: una genealogía europea, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003

La distinción propuesta se vincula con la perspectiva desde dónde criticamos esa crisis de la modernidad. Hay pensadores, a los que podríamos denominar en términos generales "modernos" que dicen que en realidad de lo que se trata es de retomar los valores originales de esa tradición moderna.

Un caso paradigmático de este tipo de pensamiento es el de Habermas. Como explica Cárcova: *"aunque coincide con las críticas de Frankfurt a la emergencia de un modelo socio tecnocrático anti-humanista, basado en lógicas instrumentales y en una cultura de masas manipuladora y alienante, rechaza el radical escepticismo de la "dialéctica negativa" y comienza la tarea de estudiar las condiciones de posibilidad y los fundamentos que permitan tornar realizativas las "promesas incumplidas" de una modernidad que debe pensarse como "proyecto inacabado""*[8].

Otra característica relevante del pensamiento postpositivista "moderno", será rechazar el emotivismo ético. Lo que se le imputa al positivismo de la primer mitad del siglo veinte fue haber renunciado a la posibilidad de pretender discutir racionalmente ciertas cuestiones vinculadas a los valores, a la justicia, a la democracia, etc. Lo que le van a criticar al positivismo es esa asociación de positivismo con escepticismo moral, tal como tan acertadamente señala Carlos Nino.

En el próximo apartado veremos cómo la principal novedad de este grupo de autores va a ser su rechazo –por primera vez en el siglo XX- a la fórmula wittgensteiniana que consideraba juicios sin sentido aquellos que no eran susceptibles de verificación empírica, y recuperar –con innumerables matices- la idea de que la razón es un instrumento también para hablar de la justicia, de la democracia, de los valores. Por eso, en nuestra próxima dicotomía, estos autores serán caracterizados como "racionalistas".

Muchísimo más complejo es referirse a los autores postpositivistas críticos, y calificarlos como "posmodernos", ya que la palabra posmodernidad ha sido utilizada en variadísimos sentidos, muchos de los cuales no presentan los rasgos de discurso transformador y emancipatorio que queremos reflejar.

En oposición a los "modernos", que piensan que estamos a tiempo de recuperar los valores de la ilustración y su componente trasformador y emancipatorio, los "posmodernos" tienen otra visión sobre qué hacer ante estas falsas promesas.

[8] Cárcova, Carlos, Las teorías jurídicas post positivistas, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pag.225

Según las concepciones posmodernas predominantes, advertir la falta de soluciones modernas para los problemas de la modernidad, no es en sí mismo un problema sino su solución. Lo que es presentado como un error fue pensar que eran realizables esas promesas falsas e ilusorias. Para muchos posmodernos, ahora que sabemos la verdad, podremos finalmente reconciliarnos con la sociedad en la que vivimos, y celebrar lo que existe meramente tal cual es. Es por ello que Boaventura propone llamar a este modo de concebir la posmodernidad como "celebratorio".

Enfrentando esta concepción, el teórico de Coimbra propone lo que denomina un "posmodernismo de oposición", que lo es tanto de las posturas modernas, como del posmodernismo celebratorio.

El rasgo central del posmodernismo de oposición es la conciencia de su carácter provisional o transicional: no hay una condición posmoderna; hay un momento posmoderno. En esto se diferencia tanto de las posiciones modernistas, para las que no hay lugar para hablar de una transición, porque todas las transformaciones en marcha se dan dentro del paradigma de la modernidad; como de los posmodernistas celebratorios, para los que tampoco hay una transición propiamente dicha, porque la ya modernidad pasó.

El propósito de Santos al designar este momento como posmoderno, sólo apunta a indicar la incapacidad de caracterizar adecuadamente esta etapa de transición desde nuestra propia mirada actual. Se trata de un momento entre un paradigma que es dominante todavía –que incluso es capaz de denunciar sus irremediables contradicciones, como hacen muchos teóricos liberales– y otro paradigma o paradigmas emergentes, de los que hasta el momento sólo tenemos algunos signos.

Destaca Boaventura: *"Bajo estas circunstancias, el problema de la dirección de las transformaciones se torna crucial. Como resultado de ello, no es tan importante distinguir entre modernismo y posmodernismo; lo que es realmente importante es distinguir entre el posmodernismo de oposición y el posmodernismo celebratorio. En síntesis, para el posmodernismo de oposición que sostengo, es necesario comenzar desde la disyunción entre la modernidad de los problemas y la posmodernidad de*

sus posibles soluciones, y convertir tal disyunción en el impulso para fundamentar teorías y prácticas capaces de reinventar la emancipación social a partir de las promesas fracasadas de la modernidad. "[9]

2.- Racionalistas vs. irracionalistas

La segunda dicotomía, directamente vinculada a la anterior, pasa por el par "racionalismo/irracionalismo".

Podemos también en este punto tomar algunas ideas de Boaventura de Sousa Santos, para quien el proyecto emancipatorio de la modernidad se anclaba en tres dimensiones de la racionalidad y secularización de la vida colectiva: a) la moral-práctica del derecho moderno, b) la cognoscitivo-instrumental de la ciencia y técnica modernas y c) la estético-expresiva de las artes y de la literatura modernas.

El equilibrio entre esas racionalidades, sin embargo, nunca existió ya que la racionalidad cognoscitivo-instrumental de la ciencia y de la técnica se desarrolló en detrimento de las demás, a las que terminó colonizando. Una clara manifestación de este fenómeno lo encontramos en el campo jurídico, donde la riquísima tradición de reflexión filosófica, sociológica y política sobre el derecho de los siglos XVII y XVIII queda reducida a mera ciencia dogmática.

Por eso, como señalábamos en el apartado precedente, un amplio número de los autores que llamamos liberales y modernos, se caracterizarán por intentar revertir esa situación y buscarán recuperar la confianza en la razón como una herramienta apta no sólo para el desarrollo del conocimiento científico/tecnológico, sino también como un modo de guiar la acción, juzgar nuestras instituciones, fundamentar la democracia, etc.

Es por todos conocido el nexo entre razón y modernidad toda vez que, como señala Habermas, más allá de ser una idea presente en el pensamiento aristotélico, *"el concepto de razón práctica como capacidad subjetiva es una acuñación moderna"*[10].

---

[9] Santos, Boaventura de Sousa. Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho. Bogotá: ILSA, 2009. Colección En clave de Sur.pag 42 y sgtes.
Otra terminología que puede resultar útil para referirse a esta etapa es la de "transmodernidad" propuesta por Enrique Dussel. Ver por ejemplo Dussel, E. "Transmodernidad e interculturalidad" en http://www.afyl.org/transmodernidadeinterculturalidad.pdf

[10] Habermas, J., Facticidad y validez, Trotta, Madrid, 1998 p.63

Desde ya que no es uniforme el sentido con utilizan la idea de razón pensadores como Rawls, Habermas, Nino, o Alexy. En algunos supuestos lo hacen de manera semejante a la concepción kantiana en estado puro, otros reformulándola en términos de corrección procedimental o argumentativa, en el sentido de acción comunicativa otros, pero todos recuperando un sentido que –como veíamos en el apartado previo- había sido censurado por el positivismo lógico.

Del mismo modo en que era polémica la utilización del término "posmoderno", ocurre con el uso de la expresión "irracionalista", cuya fuerte carga emotiva negativa hace que difícilmente sea aceptada de buen grado incluso por muchos juristas autodenominados críticos. Por eso la importancia de intentar clarificar el concepto.

Primero, se cuestiona la idea de una única racionalidad. Sostener que existe un modo único de concebir la razón es una de las manifestaciones del "epistemicidio" provocado por el proceso colonizador.

A partir de la conquista de América –fenómeno que se extiende con las sucesivas fases del colonialismo- el pensamiento occidental moderno trazó una línea divisoria (abismal en términos de Boaventura de Sousa Santos) [11] condenando a magia o superstición toda forma de conocimiento que no respondiera a los cánones europeos. Las dificultades de desarrollar un pensamiento crítico radical vienen de la mano del hecho que el fin del colonialismo político no significó el fin del colonialismo epistemológico.

También el movimiento de los Critical Legal Studies acepta la expresión "irracionalismo" -aunque con un sentido más restringido- como rasgo característico de una de sus corrientes internas, dando cuenta de cómo para un importante grupo de miembros del movimiento, la voluntad de desestabilización prima por sobre la voluntad de formar una escuela sobre premisas coherentes y una jerarquía interna[12].

[11] Ver Santos, Boaventura de Sousa, Descolonizar el saber, reinventar el poder, Ediciones Trilce, Extensión universitaria: Universidad de la República, Montevideo, 2010. CAPITULO 2

[12] KENNEDY, Duncan, Notas sobre la historia de CLS en los Estados Unidos, en Doxa Nº 11, 1992pag. 286

En palabras de César Rodríguez, para los críticos posmodernos *"todas las jerarquías conceptuales que privilegian un polo del discurso por sobre otro son características de la racionalidad moderna, cuya médula consiste justamente en construir categorías conceptuales opuestas (v.gr. sujeto-objeto) para luego favorecer una de ellas sobre la otra (v.gr. sujeto/objeto). El resultado de esta práctica es la tiranía del orden conceptual existente que, gracias a que reclama estar fundado en la razón, parece natural, necesario."*[13]

3.- Ilustrados vs. Filosofía de la sospecha

El tercer rasgo en común que queremos destacar de los autores que denominamos post-positivistas liberales, modernos, racionalistas es su reivindicación explícita de la influencia recibida de los pensadores ilustrados, fundamentalmente de Kant.

Esa influencia no sólo aparece marcadamente en el pensamiento continental europeo, como en el caso de Habermas, sino también en el mundo anglosajón, paradigmáticamente en la obra de John Rawls, e incluso en América Latina, como en el caso de Nino. Probablemente el caso de Rawls sea el más curioso, ya que implica romper con el predominio del utilitarismo y la filosofía analítica en el campo de la filosofía jurídica, moral y política anglosajona, que durante más de un siglo fue determinante.

Es lógico que aquellos pensadores que buscan recuperar el uso de la razón para ámbitos vedados por el positivismo lógico y su emotivismo, recalen en el filósofo que con mayor trascendencia desarrolló modernamente tanto la idea de razón práctica como de autonomía moral. También han sido rasgos atractivos e influyentes el carácter procedimental de conceptos como el imperativo categórico y su contractualismo como modo de legitimar el poder estatal.

Aunque es verdad que la idea de "crítica" ocupa un lugar de privilegio en el pensamiento kantiano, quienes en nuestra matriz denominamos "críticos" han sido influenciados –siguiendo con las dicotomías- por los pensadores que defienden una "filosofía de la sospecha".

[13] RODRIGUEZ, Cesar, Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces, Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial, Estudio Preliminar en KENNEDY, Duncan, Libertad y restricción en la decisión judicial, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1999. pag. 51

La expresión "maestros de la sospecha"[14] fue usada por primera vez en 1965 por Paul Ricoeur, para referirse a la tríada de pensadores integrada por Karl Marx, Friedrich Nietzsche y Sigmund Freud y a partir de allí se popularizó la expresión para referirse a esta curiosa "escuela" de autores que –como admite el mismo Ricoeur- podría pensarse que se excluyen entre sí, pero en los que predomina una perspectiva, punto de vista o actitud: la desconfianza.

Aunque si los consideráramos sólo en términos históricos, estaríamos frente a pensadores eminentemente modernos, su ideas vienen a romper muchos de los presupuestos de la racionalidad occidental inaugurada por el iluminismo, fundamentalmente a partir de cuestionar al sujeto, su autonomía y su racionalidad.

Según Ricoeur*: "Si nos remontamos a su intención común, encontramos allí la decisión de considerar en primer lugar la conciencia en su conjunto como conciencia "falsa". Por ahí retoman, cada uno en un registro diferente, el problema de la duda cartesiana, para llevarlo al corazón mismo de la fortaleza cartesiana. El filósofo formado en la escuela de Descartes sabe que las cosas son dudosas, que no son tales como aparecen; pero no duda de que la conciencia sea tal como se aparece a sí misma; en ella, sentido y conciencia del sentido coinciden; desde Marx, Nietzsche y Freud, lo dudamos. Después de la duda sobre la cosa, entramos en la duda sobre la conciencia."*[15]

Nietzsche, al estudiar la relación entre el saber y el poder, Marx a través de su concepto de ideología como "falsa conciencia" y Freud con su concepto de "inconsciente" nos introducen el germen de la sospecha y debilitan hasta hacer derrumbar la posibilidad de explicar el mundo en términos exclusivamente racionales.

4.- Constructivismo vs. deconstrucción

La siguiente de las dicotomías planteadas es casi una consecuencia lineal del planteo formulado: la oposición entre constructivismo y deconstrucción, como tarea primordial de las dos corrientes hasta aquí perfiladas.

[14] "Esto es aún más cierto, sin duda, en la escuela de la sospecha que en la de la reminiscencia. La dominan tres maestros que aparentemente se excluyen entre sí: Marx, Nietzsche y Freud", Ricoeur, Paul, FREUD: UNA INTERPRETACIÓN DE LA CULTURA, siglo XXI, México, 1970, pag. 32.
[15] Ricoeur, op. cit., pag. 33

Referirnos a "constuctivismo" implica apelar a una expresión marcadamente ambigua, aunque como suele pasar en la mayoría de los casos de ambigüedad, los distintos sentidos del término no son por completo independientes.

Mucho más que en el ámbito estrictamente jurídico, es en el campo de la filosofía moral y política donde el constructivismo aparece más directamente ligado al pensamiento post positivista. Así, tanto Habermas como Rawls y Nino son reconocidos como constructivistas.

Si tuviéramos que pensar en características comunes, o arriesgar una definición mínima, podríamos afirmar que los constructivistas no rechazan la posibilidad de afirmar la corrección de juicios morales universalmente válidos, pero lo hacen sin caer en posturas realistas en términos morales, ya que dichos juicios no serían juicios descriptivos estrictamente verdaderos o falsos, sino que se trataría de juicios racionalmente justificados.

Además, se trata de teorías procedimentales que parten de presupuestos artificialmente construidos de los cuales de derivarían racionalmente las soluciones "justas", como la "situación ideal de diálogo" habermasiana o la "posición originaria" de Rawls.

Si la palabra clave para los liberales, modernos, racionalistas es el constructivismo, del otro lado la palabra clave será la deconstrucción y la deconstrucción no es otra cosa que buscar lo oculto. Lo que está detrás de las apariencias. Así como los postpositivistas modernos reprochan al positivismo el haber renunciado a usar la razón para el campo de la moral o la política, los críticos denunciarán todas las cosas que el positivismo normativista ha ocultado, ya que detrás de una prolija y ordenada "Teoría Pura del Derecho", o de unos racionales y lógicos "Sistemas Normativos", se escondía la ideología, las relaciones de poder, la dominación, la explotación. O sea, de lo que se trata es correr un poquito y mirar abajo de la alfombra, hablar de lo que no se habla.

Seguramente, el sentido en que con mayor fuerza las teorías críticas del derecho latinoamericanas han continuado la tradición del pensamiento marxista, ha sido presentar al derecho como

un discurso ideológico[16]. Por eso una tarea central del pensamiento jurídico crítico ha consistido en mostrar los vínculos entre derecho e ideología, derecho e historia, derecho y poder. En develar el carácter político de la función judicial, el papel de la formación jurídica como mecanismo para general opacidad, para reproducir hegemonía, etc.

En una línea análoga, el movimiento de los Critical Legal Studies ha hecho de la deconstrucción una herramienta clave profundizando muchos de los señalamientos que a principios del siglo XX ya habían sido esbozados por el realismo jurídico norteamericano. Así como Holmes, Frank o Lewellyn son precursores en mostrar como elementos no estrictamente "jurídicos" influyen en la decisión judicial, los CLS incorporan la dimensión ideológico-política para realizar una tarea de "demolición" del material jurídico como sentencias, libros, manuales, etc.

5.- Las dicotomías restantes y una invitación final

Como podrá sospecharse, las restantes dicotomías enunciadas guardan una estrecha relación con las oposiciones hasta aquí expuestas y su hilo conductor implica un posicionamiento sobre el rol de la razón.

La "democracia deliberativa" de Nino; "la comunidad ideal de diálogo" de Habermas; o la "posición originaria" de Rawls son de un modo u otro una suerte de "contratos sociales". Sostener tesis neocontractualistas presupone, desde ya, una idea de sujeto. El derecho, la moral y la política se construyen alrededor de un sujeto individual dotado de racionalidad y autonomía.

Del otro lado, se encuentran teóricos a los que podríamos denominar genéricamente "conflictualistas". Autores como Ernesto Laclau, Chantal Mouffe o la propia Judith Buttler, que no van a concebir al conflicto como una patología social y como un obstáculo para la democracia, sino como algo inherente a las relaciones sociales. Las relaciones sociales son relaciones conflictivas, el conflicto es ineliminable y el modelo de democracia deliberativa liberal no hace otra cosa que ocultarlo o trasladarlo a la esfera de lo privado.

[16] En muchos aspectos claramente el pensamiento jurídico crítico se ha distanciado de las lecturas marxistas ortodoxas, ver al respecto CARCOVA, Carlos, *Acerca de las relaciones entre derecho y marxismo*, en *Derecho, Política y Magistratura*, Biblios, Buenos Aires, 1996.

La crítica a los límites de la democracia liberal es determinada también por el modo en que se deconstruye el concepto de sujeto. No sólo el sujeto no es preexistente a la sociedad, al sistema político y particularmente al discurso jurídico, sino que será ese mismo discurso el que constituya su propia autoconcepción. Al mismo tiempo, la adopción de un pensamiento crítico implica el reconocimiento de subjetividades e identidades colectivas.

Tratando de simplificar algunos de los términos del debate, es posible pensar que hay una línea argumental común que hace desembocar a las características previas de las concepciones liberales del lado del universalismo y, por el contrario, a las teorías críticas cercanas al reconocimiento del multiculturalismo.

Ello es así en la medida que, si defendemos algún tipo de pretensión cognitiva en materia de razonamiento moral, si establecemos ciertos procedimientos o mecanismos que aíslan las circunstancias coyunturales, si realizamos ciertas construcciones intelectuales, etc., lo es, precisamente, para garantizar el carácter universal de nuestros resultados.

Las corrientes críticas, en cambio, advierten la complejidad del debate en torno a los derechos humanos que pueden concebirse desde dos puntos de vista: como un localismo globalizado o como un cosmopolitismo subalterno e insurgente[17]. Por eso es necesario apartarse de las miradas eurocéntricas, aun aquellas autopercibidas como críticas y asumir que la única alternativa para superar la dicotomía universalismo/ particularismo es el intento de una reconstrucción genuinamente intercultural de los derechos humanos.

Las últimas tres dicotomías que aquí apenas esbozaremos también se encuentran íntimamente relacionadas.

[17] Santos reconoce cuatro formas de globalización. Llama "localismo globalizado" al proceso por el cual un fenómeno local es globalizado con éxito (por ejemplo el uso de la lengua inglesa como lingua franca). Globalismo localizado, que consiste en el impacto específico de las prácticas transnacionales en las condiciones locales (por ejemplo, el uso turístico de tesoros históricos, desforestación y deterioro de recursos naturales para pagar deuda, etc), Denomina "cosmopolitismo" a prácticas globales contrahegemónicas (por ejemplo organizaciones sindicales sur/sur, foros antiglobalización) y finalmente "herencia común de la humanidad" a los asuntos que afectan inexorablemente a toda la humanidad (problema nuclear, sida, etc.). Ver Santos, Boaventura de S., La globalización del derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1999, pags. 48 y sgtes.

La idea de integridad o coherencia del orden jurídico, implica que aun cuando los principios puedan parecer contradictorios, realizando adecuadamente la compleja práctica argumentativa en la que consiste la labor jurídica, es posible arribar a una respuesta correcta. En algunos casos se tratará de aplicar adecuadamente una fórmula, como en el caso de Alexy, en otros como Dworkin, de una tarea hercúlea de búsqueda en la tradición jurídico política de la comunidad.

Con múltiples variantes, además, y dicho con terrible liviandad, podríamos sostener que varios de autores piensan en dicha actividad como un ejercicio de la razón práctica y por lo tanto, que también hay un vínculo entre la solución moral y jurídicamente correcta.

Aunque estas concepciones se alejan abiertamente de las tesis formalistas, que piensan en la actividad judicial como meramente mecánica a partir de la subsunción, mantienen la idea de integridad, coherencia y racionalidad y en consecuencia sigue habiendo lugar para tener "fe" en los juristas.

Del otro lado, las corrientes críticas hacen hincapié en la indeterminación del derecho, producto en primer término de los problemas del lenguaje. Pero también de los aspectos de comprobación fáctica donde algunas de las vertientes del pensamiento jurídico crítico han echado mano de la teoría literaria y la narratología.[18] Así, comprender que el proceso judicial no deja -ni puede dejar de ser- un relato, permite estar atento y develar los niveles de distanciamiento entre lo narrado y lo acontecido, que siempre se acerca al proceso en forma parcial, fragmentada, seleccionada.[19]

Comprender que el discurso jurídico es un campo más de disputa ideológica y jurídica implica aceptar -con todos los riesgos que ello conlleva[20]- que muchas veces se torna indispensable un

[18] Esto no implica que haya una identidad automática entre el movimiento "derecho y literatura" y el pensamiento jurídico crítico, pero no deja de ser cierto que muchos autores críticos forman parte del mismo. Ver Roggero, Jorge (comp.) Derecho y Literatura. Textos y contextos, Eudeba, Buenos Aires, 2015.

[19] Un trabajo pionero en la materia es el clásico texto de Marí, E. Moi Pierre Rivière y el mito de la uniformidad semática de las ciencias jurídicas y sociales en V.V.A.A., El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos, Hachette, Buenos Aires, 1982.

[20] Sobre la tensión entre garantismo, activismo y decisionismo, ver DUQUELSKY GÓMEZ, D., 2016: <<Amilton Bueno de Carvalho: el personaje que encontró al autor>>, Carvalho, S.; Carvalho, D.; Carvalho; G. & Costa, R. (orgs). Para Além do Direito Alternativo e do Garantismo Jurídico: ensaios críticos em homenagem a Amilton Bueno de Carvalho. Rio de Janeiro. Lumen Juris: 405-420.

cierto grado de activismo judicial para hacer operativos los derechos económicos, sociales y culturales[21], como también para avanzar en el campo de las libertades civiles de otros grupos desaventajados, como ha sido en el caso del matrimonio igualitario, la identidad de género, derechos reproductivos, entre otros.

Ello no implica en modo alguno abandonar cierta desconfianza en los juristas, quienes no sólo son parte de las sociedades desiguales en que viven, sino que además, mayoritariamente, pertenecen a los sectores más aventajados y su poder radica, en buena medida, en manejar un discurso indisponible para los demás.

Desde hace mucho tiempo, las teorías críticas han sostenido que el papel del derecho dependerá de una relación de fuerzas que permite determinar que *"en manos de los grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y de reconducción de sus intereses y finalidades; en manos de los grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política".*[22]

Para que ese rol emancipatorio sea posible, es necesario también construir un pensamiento radicalmente alternativo a la racionalidad jurídica dominante. Pocos lugares parecen ser más adecuados para esa tarea que un encuentro que desde su concepción reconoce las particularidades culturales y cuya propia presentación se plantea como objetivo *"es producir epistemologías y referencias conceptuales a partir de contextos latinos, de modo que contribuyan en la formación de las instituciones jurídicas, políticas y sociales."*[23] La matriz de análisis propuesta no tiene más pretensión que la de servir de excusa para reconocernos en nuestra diversidad y, desde allí, afrontar esa ardua tarea.

[21] Para un profundo desarrollo del tema, ver ABRAMOVICH, 2002.

[22] CARCOVA, Carlos M., *Notas acerca de la teoría crítica del derecho*, en AAVV, *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2001.

[23]https://www.conpedi.org.br/eventos/ilatina/#apresenta%C3%A7%C3%A3o