



Utopía y Praxis Latinoamericana

ISSN: 1315-5216

utopraxis@luz.ve

Universidad del Zulia

Venezuela

Suzano Machado, Igor

Derecho y hegemonía: una mirada post-estructuralista acerca del Derecho, la judicialización de la política y la politización de la justicia

Utopía y Praxis Latinoamericana, vol. 19, núm. 64, enero-marzo, 2014, pp. 83-98

Universidad del Zulia

Maracaibo, Venezuela

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27937087007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Derecho y hegemonía: una mirada post-estructuralista acerca del Derecho, la judicialización de la política y la politización de la justicia*

Law and Hegemony: A Post-Structuralist Look at Law, the Judicialization
of Politics and the Politicization of Justice

Igor SUZANO MACHADO

Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Brasil.

RESUMEN

Haciendo uso de la versión de Laclau y Mouffe de la categoría gramsciana "hegemonía", el objetivo del presente artículo es destacar la posibilidad de un análisis post estructuralista del derecho en el que la arena judicial se convierte en escenario de una disputa hegemónica. Según Laclau y Mouffe, esta disputa sería el movimiento político por excelencia, que se manifiesta tanto en la política hecha por movimientos sociales en las calles, como en la política hecha en los poderes Ejecutivo, Legislativo y, de acuerdo con lo que se defiende en este artículo, en el poder Judicial.

Palabras clave: Derecho, hegemonía, postestructuralismo, Laclau-Mouffe.

ABSTRACT

Using the Laclau and Mouffe version for the Gramscian category "hegemony," the aim of this article is to highlight the possibility of a post-structuralist analysis of law in which the judicial arena becomes the background for a hegemonic dispute. According to Laclau and Mouffe, this dispute would be the main feature of the political movement, manifested in politics made by social movements in the street and politics made in the executive and legislative branches; and according to what is defended in this article, also in the judiciary.

Keywords: Law, hegemony, post-structuralist, Laclau-Mouffe.

* Beca CAPES (Proc.: BEX 2181/10-0). Doy gracias a Menara Lube Guizardi, quién ha colaborado en la revisión del texto.

INTRODUCCIÓN: NUEVAS FIGURAS DEL LENGUAJE PARA UNA NOVELA MUY CONOCIDA

Mi punto de partida en este artículo es la crisis de la catacrexis de Montesquieu¹, en la que se enuncia que el juez es la "boca que pronuncia las palabras de la ley"². Esa catacrexis depende, a su vez, de una prosopopeya³: "la ley habla" y sólo necesita una boca para ser oída. Sin embargo, si la ley no habla, ¿qué se queda en su boca? Si seguimos, por ejemplo, Antoine Garapon⁴, y aceptamos que la ley no es más suficiente para guiar a los jueces en su tomada de decisión, ¿cómo podemos mantener la catacrexis de Montesquieu? Sin la prosopopeya que la fundamenta, la catacrexis de Montesquieu no sobrevive. Por lo tanto, en un contexto en el que los jueces interfieren cada vez más en la política y asumen cada vez más posiciones políticas, debiendo dar significado concreto a valores constitucionales como la libertad y la igualdad, no podemos mantener la catacrexis de Montesquieu —que es, como veremos más adelante, la base del formalismo jurídico, constituyéndose a la vez como un rasgo fundamental para la comprensión del denominado positivismo jurídico y de las demás escuelas del derecho influenciadas por él⁵.

En lugar de esta catacrexis, creo que otras figuras del lenguaje son mejores fuentes para la caracterización de la actividad judicial contemporánea. Me refiero a la metonimia y la sinécdoque⁶, que tomo prestadas de la teoría del discurso de Ernesto Laclau y Chantal Mouffe. Estos dos tropos, metonimia y sinécdoque, permiten comprender cómo en el discurso de los partidos políticos y de los movimientos sociales, y en las actuales decisiones judiciales, un grupo social específico representa la universalidad, unificando de esta manera una cadena de significados en torno a un significante vacío⁷ como *la justicia*, *la igualdad*, o *la libertad*⁸. Consecuentemente, en un contexto de judicialización de la política y politización de la justicia⁹, creo que una teoría social como la teoría del discurso de La-

- 1 Catacrexis es una figura del lenguaje que utiliza una metáfora desgastada para la caracterización de algo que determinado idioma no designa con una palabra específica, como en los casos de la "pata de la silla" o la "asa de la taza".
- 2 MONTESQUIEU, Baron de (2001). *The spirit of laws* [electronic resource]. Kitchener: Fantoche, p. 180.
- 3 La prosopopeya es una figura del lenguaje utilizada cuando es dado a animales o seres inanimados características de seres humanos o seres vivos, como en las expresiones "el gallo canta" o "la guitarra llora".
- 4 GARAPON, A (2001). *Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Revan, PP. 40-41.
- 5 Garapon destaca la inexactitud de este tipo de enfoque acerca del derecho para el conocimiento de algunos acontecimientos jurídicos contemporáneos. Sin embargo, esta falta de precisión siempre ha sido destacada por puntos de vista alternativos al positivismo jurídico, tales como el enfoque del Derecho Natural y de los Estudios Jurídicos Críticos (que no son objeto de análisis en este artículo). Luego, referida falta de precisión podría ser considerada una falla conceptual o sistémica, y no una crisis de carácter histórico. Aun así, es posible entender esta cuestión como un problema conceptual que ha sido puesto de relieve por transformaciones sociales y políticas ocurridas durante los últimos años, lo que nos permite entenderlo como parte de una crisis actual. Para un ejemplo de estudio que comprende los fallos de los enfoques formalistas en el derecho como un problema conceptual, pero radicalizado por cambios sociales y políticos relativamente recientes —y de esta manera, afectados por una crisis contemporánea, como lo estoy considerando en este artículo—, véase: CAPPELLETTI, M (1993). *Juizes legisladores?*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.
- 6 Metonimia es la figura del lenguaje utilizada en la sustitución de una palabra por otra que se relaciona con la palabra sustituida de forma contigua, cambiando el recipiente por el contenido (y viceversa), el autor por su obra (y viceversa), el efecto por su causa (y viceversa). La sinécdoque es un tipo específico de metonimia en la que el conjunto es sustituido por una de sus partes componentes, o viceversa.
- 7 La noción de significante vacío y otras categorías Laclauianas quedarán más claras a continuación.
- 8 Aquí se encuentra el carácter de sinécdoque de la política en el pensamiento de Laclau y Mouffe, y en el desarrollo de mi argumentación espero dejar claro la relación entre este carácter y el Derecho actual.
- 9 El contexto de "judicialización de la política" se caracteriza por una disminución de las fronteras y las diferencias entre las funciones del gobierno, en este caso representadas por las funciones legislativas y judiciales. Sobre el fenómeno

clau y Mouffe puede ser una excelente referencia teórica para reflexiones sobre el Derecho actual¹⁰. El objetivo del presente artículo es vincular este enfoque teórico y este objeto empírico.

De todos modos, como los trabajos teóricos de Laclau y Mouffe se quedan concentrados en el nivel ontológico, necesito conectar sus reflexiones ontológicas a manifestaciones del Derecho en el nivel óntico¹¹, desarrollando teorías discursivas de medio alcance para tres dimensiones del Derecho: 1) Las instituciones judiciales y su relación con el entorno socio-político; 2) Las prácticas de la jurisdicción y de la adjudicación y; 3) La decisión jurídica en sí misma. Para la primera dimensión yo me apoyaré en el proficuo estudio sociológico del Derecho desarrollado por Philippe Nonet y Philip Selznick¹² en la obra *Law and Society in Transition: toward responsive Law*. Para la segunda, usaré la teoría jurídica post-positivista de Ronald Dworkin y su reconstrucción discursiva del Derecho como una “novela en cadena”¹³. Finalmente, para la tercera, haré referencia a algunas importantes decisiones políticas del Judiciario brasileño como objetos para análisis empíricos basados en las referencias teóricas anteriores.

UNA MIRADA POST-ESTRUCTURALISTA PARA UN DERECHO MÁS ALLÁ DEL POSITIVISMO

La principal característica del positivismo jurídico es la afirmación de la separación e independencia entre el Derecho y la moral. De ahí que el enfoque positivista del Derecho se centre en las características formales y no en las características sustantivas de las normas jurídicas. Eso permite a los analistas positivistas reconocer el carácter jurídico de una norma con base en su creación bajo la dirección de ciertos parámetros formales – es decir, las fórmulas legislativas. Pese a todo lo anterior, el positivismo jurídico, con sus límites rígidos entre el Derecho y la moral, se encuentra actualmente minado por dos frentes críticos. Por un lado, la legislación post-holocausto y del Estado de bienestar social han asimilado una serie de leyes prospectivas y derechos fundamentales con un fuerte carácter moral y formulación abstracta, que han generado una paradoja en el mantenimiento de una aplicación de la ley que sea independiente de fundamentos morales. Por otro lado, en el plano teórico, autores como Robert Alexy y Jürgen Habermas han denunciado incongruencias intelectuales en la separación positivista entre el Derecho y la moral, ya que el Derecho debería necesariamente formular una “pretensión de corrección”¹⁴ o una “relación entre hechos y normas”¹⁵, ambas con un conteni-

contemporáneo de la “judicialización de la política”, véase: TATE, CN & VALINDER, T (Eds.). 1995. *The Global expansion of Judicial Power*. Nueva York / Londres, New York University Press.

- 10 Cuando uso la palabra Derecho con mayúscula, aunque no en el principio de la frase, estoy refiriéndome al campo de conocimientos y prácticas que se caracterizan por la referencia a esta palabra. La palabra derecho sin la mayúscula la utilizo cuando me refiero a determinados sistemas judiciales o prerrogativas jurídicas específicas.
- 11 Aquí, utilizo la distinción heideggeriana, asimilada por Laclau y Mouffe, en la que lo “óntico” hace referencia a las manifestaciones concretas de ciertos seres, mientras que lo “ontológico” hace referencia a un origen más abstracto y fundamental de estos seres. Para hacerlo más claro, por ejemplo, podemos decir que las reflexiones de las teorías políticas y sociales conciernen a la dimensión ontológica de la política y la sociedad, mientras que las investigaciones de la sociología y de la ciencia política se refieren a las manifestaciones ónticas de dichos fenómenos.
- 12 NONET, Ph & SELZNICK, Ph (2010). *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro, Revan. 176 p.
- 13 Esta referencia dworkiniana es lo que me permite hablar de “una novela muy conocida” en el título del presente epígrafe.
- 14 ALEXY, R (2009). *Conceito e validade do Direito*. São Paulo, Martins Fontes.
- 15 HABERMAS, J (1999). *Direito e Moral*. Lisboa, Instituto Piaget. 122p.

do moral inevitable. Por estas razones, aunque algunos autores como Luigi Ferrajoli¹⁶ insistan en un “positivismo jurídico inclusivo”¹⁷ como una manera de hacer frente a la presencia de los principios morales en los sistemas jurídicos, otros pensadores, como Ronald Dworkin¹⁸, exigen una visión “post-positivista” para el Derecho¹⁹.

De hecho, los autores más importantes del positivismo jurídico, Hans Kelsen y Herbert Lionel Adolphus Hart, han reconocido la interferencia de la moral y la política en las prácticas jurídicas. No obstante, ellos han entendido este fenómeno como una interferencia de factores extra-jurídicos en el ámbito del Derecho y no como una característica intrínseca de los sistemas jurídicos, lo que les permitió definir el Derecho como esencialmente libre de juicios morales o políticos. Así siendo, su teoría jurídica asume que es posible comprender el Derecho bajo un prisma esencialmente formal, argumento que ha respaldado una noción corriente de la actividad jurídica que la define, básicamente, como una actividad de aplicación silogística de la legislación producida por el Estado.

En este sentido, el vínculo entre el positivismo jurídico y la aplicación silogística de reglas no es estrictamente necesario, ya que es posible diferenciar la comprensión positivista del Derecho como moral y políticamente libre y su aplicación práctica como moral y políticamente cargada. Sin embargo, como este tipo de interferencia en la aplicación del derecho es considerada—desde el punto de vista positivista—una interferencia extra-jurídica en el campo del Derecho, la comprensión positivista del Derecho—que reclama la independencia entre el Derecho y la moral—y la aplicación formalista de las leyes—que entiende que la aplicación mecánica de la legislación es suficiente para determinar una sentencia judicial—por lo general van juntas, reforzándose mutuamente.

Pero la crisis actual del positivismo jurídico y de la vinculación entre el Derecho y la estricta aplicación silogística de las reglas como el horizonte de una fundamentación trascendental del Derecho mismo, puede significar más que un reemplazo del nombre de este horizonte. Esta crisis puede representar la transparencia misma de la contingencia de las articulaciones posibles para nombrar a ese horizonte. Creo que podemos, como Laclau y Mouffe hicieron acerca de la democracia contemporánea²⁰, reconocer el derecho contemporáneo como un sistema judicial que hace explícita la contingencia de sus propios fundamentos, siendo, por lo tanto, radicalmente abierto a la confrontación de diferentes esfuerzos para representar la unidad del sistema. Es decir, podemos entender el derecho actual sobre la base de otra ontología: no de la ontología de las identidades objetivas y positivas que pueden determinar las direcciones del desarrollo jurídico bajo el signo de la *necesidad*, sino que basándonos en la ontología que reconoce la imposibilidad de una fundamentación trascendental de

16 FERRAJOLI, L (2009). *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid, Editorial Trotta.

17 Lo que llamo aquí un “positivismo jurídico inclusivo”—siguiendo DWORKIN, R (2006). *Justice in robes*. Cambridge, London, The Belknap Press of Harvard University Press—es el intento de algunos autores como Luigi Ferrajoli—una referencia muy habitual en los estudios brasileños de derecho penal—, de adaptar el positivismo jurídico a una matriz menos formal, aceptando como una guía para el reconocimiento de la naturaleza jurídica de una norma su adecuación a los principios morales que se hagan explícitos en los textos constitucionales. En el caso de Ferrajoli, estas exigencias morales son las garantías constitucionales que hacen que su teoría sea conocida como “Garantismo”.

18 DWORKIN, R (2003). *O Império do Direito*. São Paulo, Martins Fontes.

19 Es posible que Dworkin rechazara esta caracterización. Le estoy llamando post-positivista basándome en BARROSO, LR (2009). *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo, Saraiva, p. 247, y su comprensión de post-positivismo como un enfoque para el Derecho que tiene en cuenta los principios morales como características fundamentales del ordenamiento jurídico, incluso si éstos no fueran explícitos en las Constituciones—como en el positivismo inclusivo—y si no fueran considerados como derechos naturales—como en la doctrina del Derecho natural. Entendiendo el concepto de esta forma, Barroso considera que autores como Alexy y Dworkin podrían ser considerados pensadores post-positivistas.

20 LACLAU, E & MOUFFE, Ch (2006) *Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia*. 2ª ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.

las formaciones discursivas, por consiguiente entendiendo la evolución jurídica bajo el signo de *articulaciones contingentes*.

Eso es lo que me gustaría proponer en este artículo: entender la actual crisis del positivismo jurídico como una oportunidad para comprender el derecho contemporáneo como una estructura descentralizada que, como tal, puede ser analizada por un enfoque post-estructuralista. Este enfoque post-estructuralista es la teoría del discurso desarrollada por Ernesto Laclau y Chantal Mouffe, sobre todo en su trabajo conjunto en *Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia*.

Laclau y Mouffe tienen por supuesto el axioma estructuralista de que todas las identidades son relacionales y construidas negativamente. Por ejemplo, la palabra padre sólo tiene sentido en contraste con las palabras hijo, hija y madre. Y no sólo la palabra, sino también el papel del padre sólo tiene sentido en contraste con los papeles de la madre, de la hija y del hijo²¹. Sin embargo, los autores niegan que a partir de este conjunto de relaciones diferenciales pudiera resultar una estructura cerrada con un centro que la trasciende: capaz de determinar su estructuración sin ser él mismo determinado por la estructura. El centro se supone al mismo tiempo adentro y afuera de la estructura y esa paradoja no puede ser representada por una presencia plena. Por lo tanto, tenemos que empezar a pensar en la ausencia del centro, el centro no como un lugar fijo, sino como un no-lugar en el que un número infinito de sustituciones pueden ocurrir. Y “en la ausencia de un centro u origen, todo se convierte en discurso” (Derrida *apud* Torfing)²².

En este contexto, debemos entender la sociedad no como *siendo condicionada estructuralmente*, sino como *discursivamente informada*. Es por eso que Laclau y Mouffe entienden la sociedad como una construcción discursiva: una estructura irremediabilmente abierta y descentralizada, que se caracteriza por su “regularidad en la dispersión”²³; un conjunto de diferencias que, en contextos de exterioridad, pueden llegar a ser significativas como una totalidad²⁴. Por lo tanto, la sociedad no puede ser ni una objetividad presupuesta, ni un tipo de estructura determinada por su centro. Si abandonamos a Dios, al hombre, a la razón o a la economía, como posibles centros de la estructura de la sociedad, tenemos que entender la sociedad como una construcción discursiva, como lo hacen Laclau y Mouffe. Y, volviendo al tema de este artículo, si abandonamos a Dios, a la naturaleza, a la razón y a la aplicación silogística de la legislación estatal como el centro de la estructura del Derecho, tenemos que entender el Derecho también como una construcción discursiva, basándonos para esto en la ontología social que es propuesta en las obras de estos dos autores. Así, como he dicho antes, un Derecho que va más allá del positivismo y del formalismo, que ha perdido su centro fundacional –la referencia positivista a sus características formales como si éstas fueran sus características esenciales y la referencia, por consecuencia, a las reglas prescritas por el Poder Legislativo para su aplicación silogística– es una formación discursiva y, por ende, un objeto capaz de ser analizado bajo un marco post-estructuralista.

21 LACLAU, E (2000). *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*. 2ª ed. Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, p. 123.

22 TORFING, J (1999). *New theories of discourse: Laclau, Mouffe and Žižek*. Oxford, Blackwell Publishers, p. 40.

23 FOUCAULT, M (2007). *A arqueología do saber*. 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária.

24 LACLAU, E & MOUFFE, Ch (2006). *Op. cit.*, pp. 143-144.

UTILIZANDO LA TEORÍA DEL DISCURSO DE LACLAU Y MOUFFE PARA COMPRENDER EL DERECHO I: LA ARTICULACIÓN DISCURSIVA DE LA SOCIEDAD

Como afirma Laclau, el mayor progreso alcanzado por el estructuralismo fue el reconocimiento del carácter relacional de toda identidad social, pero su límite fue transformar esas relaciones en un sistema, con existencia e inteligibilidad objetivas y con una esencia. Es esta aceptación del axioma estructuralista de la dimensión relacional de toda identidad, junto con la negativa de una organización sistémica de estas identidades en torno a un centro fijo que son las características del pensamiento de Laclau y Mouffe, lo que permite que ellos sean considerados pensadores post-estructuralistas. Empero, si se mantiene el carácter relacional de todas las identidades y, al mismo tiempo, se renuncia a la fijación de esas identidades en un sistema, la sociedad se convierte en el juego infinito de las diferencias, es decir, lo que en el más estricto sentido del término podríamos llamar discurso –abandonando, por supuesto, la comprensión del discurso como algo estrictamente vinculado sólo a la habla y la escritura²⁵.

De todos modos, una formación discursiva no se caracteriza sólo por la imposibilidad de una fijación definitiva de los significados y por el flujo infinito de las diferencias. A la falta de fijación definitiva de significados, un discurso es siempre un esfuerzo para producir una *sutura* que interrumpe el flujo de las diferencias creando una totalidad significativa e inteligible, aunque provisional y precaria. La imposibilidad de fijación final de los significados implica que debe haber fijaciones parciales. De lo contrario, el flujo de las diferencias mismo sería imposible: incluso para diferir, para subvertir un significado, debe haber un significado. Si *lo social* no puede ser fijado en una realidad objetiva y apriorística como *la sociedad*, él aún existe como un esfuerzo para producir tal objeto imposible²⁶. Todo discurso es un intento de dominar *el campo de la discursividad* deteniendo el flujo de las diferencias e instituyendo un centro²⁷. Consecuentemente, si una totalidad, como la sociedad, no puede ser una suposición apriorística, aun así, debe ser considerada como un horizonte²⁸.

Por lo tanto, un discurso debe *articular* los elementos del campo de la discursividad, transformándolos en *momentos* de una cadena discursiva dotada de sentido que establece algunos *puntos nodales*. Son esos puntos nodales, que reúnen y dan unidad al conjunto de momentos asimilados, que también acaban por limitar la presencia de nuevos elementos en la cadena discursiva. Por fin, cabe destacar también que esta organización del discurso tampoco será una *mediación* que tiene como objetivo la reconstrucción de una totalidad inicial que se perdió (como Dios, la naturaleza o la razón). En realidad, ella es una actividad constructiva radical de *articulación* que cambia el significado original que los elementos tenían antes de su asimilación discursiva²⁹.

Por ejemplo, el positivismo jurídico articula una gran cantidad de elementos tales como la previsibilidad, la racionalidad y la equidad reuniéndolos en torno al punto nodal de la aplicación de la ley. Estos elementos, después de su asimilación, tienen significados específicos que no son los mismos que serían si puestos afuera de este discurso –por ejemplo, la previsibilidad en la estadística, o la equidad en un discurso político socialista podrían significar algo completamente diferente– habien-

25 LACLAU, E (2000). *Op. cit.*, p. 104.

26 Es por eso que Laclau no focaliza la "sociedad", pero lo "social" que son las relaciones que tratan de dar a la sociedad un sentido provisional estable, como un todo inteligible. La dimensión de lo "social" y sus diferencias con respecto a la dimensión de lo "político" serán mejor explicadas en la próxima sección del artículo.

27 LACLAU, E & MOUFFE, Ch (2006). *Op. cit.*, p. 152.

28 LACLAU, E (2007). *La razón populista*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, p. 95.

29 LACLAU, E & MOUFFE, Ch (2006). *Op. cit.*, pp. 142-153.

dose convertido, por consiguiente, en momentos del discurso. Uno de estos momentos es la aplicación silogística de las leyes del Estado, y ese momento –un punto nodal– se pone por encima de los demás unificando sus equivalencias– es decir, sólo se podría tener previsibilidad, racionalidad y equidad derivadas del Derecho si se entiende el Derecho mismo como la aplicación de las leyes del Estado. Y este punto nodal es también lo que bloquea la presencia de otros elementos en el discurso y detiene la expansión infinita de la cadena discursiva, es decir, si el Derecho es la aplicación de un sistema cerrado de reglas objetivas, no puede admitir ser la concreción, por ejemplo, de los enunciados morales o preferencias políticas de jueces particulares.

Sin embargo, el campo de la discursividad contiene una gran cantidad de elementos, no todos ellos asimilados por los discursos en momentos específicos, algunos de ellos flotando entre los diferentes discursos, y, como toda identidad es relacional, muchos de ellos funcionando como *exteriores constitutivos* de los demás. Y si un exterior constitutivo es en cierto sentido “exterior”, también es igualmente “constitutivo”. La consecuencia de esto es una dimensión inextricable de *contingencia* inherente a todas las identidades sociales. Como la fuente de la posibilidad de todas las identidades sociales es también la fuente de la obstrucción de la constitución de sus identidades como plenitudes objetivas, toda identidad es también una fuente interminable de *antagonismos* posibles³⁰. Esto significa que la articulación discursiva del exterior constitutivo no puede ser vista sólo como el origen de la identidad, sino también como su bloqueadora, como un enemigo que debe ser desafiado. Y si no hay un centro para determinar la mediación discursiva bajo la lógica de la *necesidad*, lo que queda es la posibilidad infinita de la subversión y rearticulación discursiva de las relaciones antagonistas bajo la (no)lógica de la contingencia.

Volvamos al ejemplo del Derecho y su posible análisis según las categorías desarrolladas por Laclau y Mouffe. En el positivismo jurídico, el “justo” se articula con una idea estrictamente formal, y por esto universal, de la justicia. La forma de aplicación de la ley es su verdadera dimensión judicial y su contenido moral o político es un asunto extrajudicial. Eso excluye la discusión sobre una justicia sustantiva en el cumplimiento de la ley: el contenido sustantivo de las leyes debe ser definido solamente por el legislador. En este contexto, la justicia formal se opone a la justicia sustantiva y esa oposición respalda a la primera como el parámetro de lo “justo” en el positivismo jurídico. Sin embargo, es posible articular lo “justo” necesariamente con una noción de “justicia sustantiva”, como varios discursos antiliberales lo hacen. De ahí que, tomada como el bloqueo de la afirmación de la justicia sustantiva, la justicia formal puede ser vista como su fuerza antagonista que debe ser enfrentada y, en consecuencia, un nuevo discurso de caracterización del Derecho precisa ser articulado. Esta renovación discursiva no estaría de modo alguno predeterminada: ella podría, por ejemplo, re-articular los momentos internos del positivismo jurídico en un “positivismo jurídico inclusivo” (como lo hace Luigi Ferrajoli)³¹, o podría asimilar elementos de un discurso económico en un “pragmatismo jurídico económicamente basado” (como lo hace Richard Posner)³². Podría incluso negar estas dos opciones alternativas a favor de un “post-positivismo de base moral” (como lo hace Ronald Dworkin)³³.

30 LACLAU, E (2000). *Op. cit.*, p. 49.

31 FERRAJOLI, L (2009). *Op. cit.*

32 Richard Posner es un destacado pragmático jurídico norteamericano que destaca las insuficiencias del positivismo jurídico y del relativismo de los valores morales para apoyar el uso de criterios económicos como la orientación principal para decisiones judiciales. Véase: POSNER, R (2007). *Problemas de Filosofía do direito*. São Paulo, Martins Fontes.

33 Véase nota 13. DWORKIN, R (2006). *Op. cit.*

UTILIZANDO LA TEORÍA DEL DISCURSO DE LACLAU Y MOUFFE PARA COMPRENDER EL DERECHO II: EL MOVIMIENTO DE SINECDOQUE DE LA HEGEMONÍA POLÍTICA

De lo que hemos visto hasta aquí podemos inferir que la institución del discurso, el establecimiento de sus puntos nodales, la exclusión de sus exteriores constitutivos, la articulación de sus elementos como momentos diferenciales, constituyen operaciones que se basan en el ejercicio del poder, excluyendo y reprimiendo las alternativas que son mantenidas afuera de la cadena discursiva. Eso hace que la construcción del cerramiento precario y temporal de la sociedad sea una *actividad política*, una actividad que utiliza el poder y la represión como los únicos medios para hacer frente a la dimensión antagónica ontológica de la vida social. Aun así, algunas de estas exclusiones y represiones están tan profundamente asimiladas que su carácter político se olvida y ellas se convierten en momentos no controvertidos de ciertos discursos, permitiendo algunas referencias de gran estabilidad para la acción. En la obra de Laclau y Mouffe, esos momentos “naturalizados” del discurso corresponden a la dimensión de lo “social”. Así, una diferencia entre *lo político* y *lo social* se establece y lo político obtiene primacía sobre lo social, convirtiéndose en su dimensión de definición³⁴.

Pero Laclau y Mouffe también dedican atención a la lógica específica de la determinación política de lo social: el momento en que una nueva formación discursiva emerge para realizar una nueva sutura en una fractura social, dándole una totalidad significativa provisoria. Mientras lo social es un proceso de *sedimentación*, la política es un proceso de *reactivación*. Este proceso tiene lugar en un momento de *dislocación*, en que los discursos disponibles no consiguen dar sentido a nuevos acontecimientos o aspectos sociales. En este momento se crea una situación de inestabilidad en que el carácter contingente de las formaciones discursivas se hace explícito y sus elementos precisan ser re-articulados para formar una nueva cadena significativa³⁵. En el ejemplo de las transformaciones recientes del derecho, se puede considerar como un momento de dislocación la dificultad del positivismo jurídico de asimilar dentro de sus cadenas discursivas significativas las pretensiones morales de las legislaciones post-holocausto y Estado de bienestar social, y, conseqüentemente, la apertura de esas cadenas discursivas para re-articulaciones alternativas que puedan asimilar esta nueva realidad.

En gran medida, la articulación política que se producirá en un momento de dislocación será una articulación *hegemónica*, es decir, una articulación en la que una particularidad asume el lugar de lo universal. Sin una referencia trascendental para ser mediada por las prácticas discursivas, esa referencia será necesariamente una particularidad, pero una particularidad que puede asumir el lugar de la universalidad en una especie de relación similar a la relación de *hegemonía* de Gramsci, en la que una clase social trasciende sus propios intereses corporativos para representar a un grupo social más amplio³⁶. Utilizando categorías de la retórica, podemos decir que la metonimia puede ser utilizada para ampliar la cadena discursiva de equivalencias, articulando nuevas relaciones de contigüidad, y un tipo específico de la *metonimia*, la sinécdoque, es especialmente representativa del movimiento de la hegemonía. Como la *sinécdoque* constituye una metonimia en la que la relación de contigüidad representada es una entre la totalidad y una de sus partes, la sinécdoque es exactamente la representación retórica de las relaciones de hegemonía.

34 LACLAU, E (2000). *Op. cit.*, pp. 50-51.

35 *Ibid.*, p. 60.

36 En Gramsci, sin embargo, esta particularidad que puede representar la universalidad sólo puede ser el proletariado, ya que para él, la economía es el fundamento último de la sociedad, siendo las clases sociales los únicos sujetos que podrían verdaderamente transformarla. Pero esta centralidad de la economía, diferentemente de lo que encontramos en Gramsci, es negada por Laclau y Mouffe. Cfr. LACLAU, E & MOUFFE, Ch (2006). *Op. cit.*, pp.13-14.

El funcionamiento de la sinécdoque de las relaciones hegemónicas es posible porque la totalidad, aunque no pueda ser representada por una identidad objetiva y positiva, puede ser simbolizada por algunos signos de una plenitud ausente. Estos signos son *significantes vacíos*, significantes cuyo excedente de significados les pone más allá del alcance de contenidos específicos³⁷. Por ejemplo, en un contexto de total desorden, el significante "orden" se convierte en el signo de la plenitud ausente. Pero el "orden" sólo existe como órdenes específicos. Así, aunque represente una dimensión universal de la sociedad —la falta causada por el desorden— un orden social será siempre un orden específico, es decir, una particularidad —como un orden liberal, o un orden conservador³⁸. Esta es la sinécdoque de la hegemonía: una particularidad que, aunque sin renunciar a su particularidad, representa una totalidad trascendente, obviamente contaminada por su origen particular. Y cuando la determinación del contenido del significante vacío se encuentra bajo la presión de dos o más cadenas discursivas diferenciales —en nuestro ejemplo, discursos liberales y conservadores sobre el "orden"— nosotros tenemos un *significante flotante*, un significante que flota entre los discursos antagónicos que buscan a la hegemonía política³⁹.

Hablando del Derecho una vez más, podemos considerar por ejemplo, los modelos del "positivismo jurídico inclusivo", del "post-positivismo jurídico de basamento moral" y del "pragmatismo jurídico de orientación económica", referidos anteriormente⁴⁰, como formaciones discursivas que compiten por la hegemonía en el campo jurídico. Todos ellos podrían hablar de "justicia", un significante vacío que flotaría entre todos los tres discursos y haría referencia a la ausencia de justicia como el problema de un positivismo jurídico exclusivamente formal. Un positivista inclusivo podría afirmar que la justicia es contigua a la imparcialidad, y la imparcialidad sólo sería posible mediante la restricción de las normas jurídicas a la legislación promulgada por el Estado. De lo contrario, un post-positivista podría afirmar que la justicia es contigua a la rectitud moral, ampliando el conjunto de normas jurídicas hacia principios morales, aun cuando estos principios no estén explicitados en la legislación. Por último, un pragmatista económico podría afirmar que la justicia es contigua al aumento de la riqueza y que esto debería ser la única referencia para cualquier decisión judicial. La justicia no se limita a estas metonimias, pero sólo puede ser efectiva como un tipo particular de justicia, como es el caso para estos ejemplos. Por lo tanto, la "hegemonización" del discurso sobre el Derecho sólo será posible por la operación de sinécdoque de llamar la justicia de "imparcialidad", o de "corrección moral", o de "aumento de la riqueza".

Creo que la explicación y los ejemplos proporcionados anteriormente pueden demostrar la apropiación y la utilidad de un enfoque para el Derecho que esté basado en una teoría del discurso, como la proporcionada por Laclau y Mouffe. Es por esto que creo que un Derecho descentrado, derivado de la crisis de los fundamentos del positivismo jurídico, podría hacer uso de nuevas figuras del lenguaje, especialmente la sinécdoque —la representación retórica de la lógica de la hegemonía— en sustitución a la catacresis de Montesquieu. Pero en este punto es necesario hacer una observación.

En las obras de Laclau, la catacresis es considerada el movimiento retórico en sí, es decir, el acto de nombrar algo con un término figurativo que no puede ser reemplazado por un literal, como en

37 Aquí utilizo la distinción de la semiótica entre los significantes —los símbolos— y el significado —el contenido posiblemente diferenciado, de contexto para contexto, que pueden tener esos símbolos.

38 LACLAU, E (1996). *Emancipation(s)*. Londres, Verso, p. 44.

39 LACLAU, E (2004). "Construyendo la universalidad". In: BUTLER, J; LACLAU, E & ŽIZEK, S (2004). *Contingencia, hegemonía, universalidad: diálogos contemporáneos en la izquierda*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina. pp. 302-305.

40 Consultar el final de la sección anterior.

la "pata de una silla"⁴¹. Ya que esa función se lleva a cabo por cualquier figura retórica, prefiero considerar la catacresis como una metáfora desgastada. Considero así que, en sus primeras utilidades, "pata de una silla" era una metáfora, pero, después del desgaste causado por su uso repetido, se ha convertido en una metáfora ya desgastada, o sea, una catacresis. Por lo tanto, la catacresis es una figura del lenguaje más cercana a lo social que sus hermanas metáfora, metonimia y sinécdoque, más explícitamente vinculadas a lo político⁴². Cuando propongo reemplazar la catacresis de Montesquieu por la metáfora, la metonimia y la sinécdoque, lo que propongo es la reactivación del carácter político y contingente de la construcción discursiva del Derecho en todos sus niveles.

VINCULANDO LOS NIVELES ONTOLÓGICO, ÓNTICO Y EMPÍRICO

Como mencioné anteriormente, Laclau y Mouffe realizan sus reflexiones intelectuales en el nivel ontológico. Por esto, Jacob Torfing, concluyendo su libro sobre la teoría del discurso de Laclau y Mouffe, dice que:

Although the concepts and arguments of the new theories of discourse are developed in specific analytical contexts, they are pitched at a highly abstract level. That is to say, because discourse theory has a metatheoretical character, it is often difficult to apply it in an unmediated way in concrete empirical studies. Discourse theory provides us with a basic understanding of the key aspects of discursive world formation, but has no ambition of furnishing a detailed and fully operationalized framework for the study of all kinds of social, cultural and political relations. I would thus warn against attempts to apply discourse theory directly and instrumentally in empirical studies⁴³.

Esta es la razón por la que David Howarth afirma que la noción de articulación desarrollada por Laclau se podría ampliar a un nivel descriptivo y explicativo, siendo un excelente punto de partida para la conexión entre los niveles óntico y ontológico: sin subsumir lo concreto en lo abstracto, y sin regresar a un empirismo vacío de fundamentos teóricos. Sin embargo, continúa Howarth, esto requeriría la elaboración de una serie de conceptos y teorías de "medio alcance" sobre las instituciones políticas y organizaciones económicas situadas en contextos históricos específicos⁴⁴. Por consiguiente, para cumplir mi tarea de hacer posible vincular la teoría del discurso y los estudios empíricos sobre el derecho contemporáneo, yo debo desarrollar, o traer a discusión, algunos "conceptos y teorías de medio alcance" que podrían hacer esto posible. Sin embargo, antes de empezar, me gustaría dejar claro en qué niveles del Derecho esta vinculación puede tener lugar y dónde es necesario desarrollar algunas observaciones sobre el puente ontológico-óntico.

El primer nivel equivale al nivel teórico. Como la teoría del discurso es de alguna manera meta-teórica, centrada en el nivel ontológico, podemos utilizar sus conceptos para analizar las varias

41 LACLAU, E (2007). *Op. cit.*, p. 96.

42 Véase la distinción hecha en el comienzo de esta sección entre lo "social" y lo "político" en el pensamiento de Laclau y Mouffe, y su relación con las dimensiones de "sedimentación" y "reactivación" de los discursos.

43 TORFING, J (1999). *Op. cit.*, p. 291. Traducción castellana: "Aunque los conceptos y argumentos de las nuevas teorías del discurso hayan sido producidos en contextos específicos de análisis, ellos fueron lanzados a un nivel muy abstracto. Es decir, debido a que la teoría del discurso tiene un carácter metateórico, a menudo es difícil aplicarla de una forma no mediada en estudios empíricos concretos. La teoría del discurso nos ofrece una comprensión básica de los aspectos claves de la formación discursiva del mundo, pero no tiene la ambición de proporcionar un marco detallado y plenamente operacionalizado para el estudio de todo tipo de relaciones sociales, culturales y políticas. Me gustaría, pues, advertir contra los intentos de aplicar la teoría del discurso directa e instrumentalmente en los estudios empíricos".

44 HOWARTH, D (2004). "Hegemony, political subjectivity, and radical democracy", in: CRITCHLEY, S & MARCHANT, O (2004). *Laclau: a critical reader*. New York, Routledge, p. 267.

nuevas teorías jurídicas que intentan reemplazar o reformar el enfoque del positivismo jurídico estrictamente formal. Por ejemplo: podemos analizar, como construcciones discursivas específicas, la teoría jurídica de autores como Luigi Ferrajoli⁴⁵ y su positivismo jurídico inclusivo, basado en el concepto de garantías, o Richard Posner⁴⁶ y su pragmatismo jurídico económicamente fundado. Mis ejemplos anteriores de aplicación de la teoría del discurso al Derecho se concentraron en este nivel.

No obstante, me gustaría distinguir otros tres niveles propiamente empíricos donde creo que sería posible efectuar una aproximación entre la teoría del discurso y el Derecho a través de otras teorías más específicas. Para tanto, seguiré la intuición de la escuela de Birmingham, de Norman Fairclough y de Teun Adrianus van Dijk en sus estudios de los medios de comunicación de masas basados en una teoría del discurso y citados por Jacob Torfing⁴⁷. De acuerdo con Torfing, la escuela de Birmingham, Norman Fairclough y Teun Adrianus van Dijk no analizan *el discurso sobre los medios de comunicación de masas* o *el discurso de los medios de comunicación de masas*, pero, en realidad, los medios de comunicación de masas como discurso, distinguiendo para esto tres niveles de análisis empírico: el *nivel micro*, el *nivel meso* y el *nivel macro*.

En el nivel micro, los estudios discursivos sobre los medios de comunicación de masas deben concentrarse en el propio texto, comprendiendo el texto en un sentido amplio, incluyendo señales habladas, escritas y audiovisuales. En el nivel meso, la atención debe centrarse en las formas institucionales de producción, distribución y consumo de los mensajes de los medios de comunicación y las intertextualidades producidas por estas “reglas” de producción, distribución y consumo. Por último, en el nivel macro, lo que se debe analizar son las prácticas socio-culturales que organizan el campo de los medios de comunicación de masas como un todo, como las normas políticas y económicas sobre la propiedad y el control de estos medios⁴⁸.

Podemos hacer un paralelo entre este enfoque de tres niveles discursivos para los medios de comunicación de masas y un enfoque similar de tres niveles discursivos para el Derecho. En el nivel micro, el nivel del “texto en sí”, podríamos situar las decisiones de los tribunales, las sentencias de los jueces o las peticiones de los abogados. En el nivel meso, el nivel de “las formas institucionales de producción, distribución y consumo”, podríamos situar las reglas y lógicas de la jurisdicción y la adjudicación. Por último, en el nivel macro, el nivel de “las prácticas socio-culturales que organizan el campo”, podríamos situar las relaciones entre las instituciones judiciales y su entorno social y político. Retroactivamente, podemos hablar de las instituciones judiciales (nivel macro), la jurisdicción y la adjudicación (nivel meso) y la decisión o petición judicial en sí mismas (nivel micro).

Con esa distinción y el reconocimiento de estos tres niveles, podemos encontrar algunas reflexiones sobre el nivel óptico del Derecho que tienen afinidades con la teoría del discurso de Laclau y Mouffe y nos permiten llevar a cabo investigaciones empíricas basadas en la orientación ontológica y meta-teórica de estos autores. Con respecto al nivel macro, el nivel de las instituciones judiciales, creo que una buena referencia es la obra de Philippe Nonet y Phillip Selznick. Haciendo referencia al nivel meso, de la jurisdicción y la adjudicación, esta reflexión podría ser encontrada en la teoría jurídica de Ronald Dworkin. Por último, sobre el nivel micro del texto de la decisión o de la petición judicial, un análisis del texto basado en las reflexiones teóricas anteriores surgiría como la vía ideal para su análisis empírico.

45 FERRAJOLI, L (2009). *Op. cit.*

46 POSNER, R (2007).

47 TORFING, J (1999). *Op. cit.*, pp. 212-213.

48 *Ibid.*, pp.213-215.

DERECHO Y SOCIEDAD EN TRANSICIÓN EN EL NIVEL MACRO: REFLEXIONES SOBRE LAS INSTITUCIONES JUDICIALES

En 1978, Philippe Nonet y Philip Selznick escribieron un proficuo libro llamado *Law and society in transition: toward responsive law*⁴⁹. En el libro, los autores desarrollan una interesante reflexión sociológica sobre la situación del derecho y de las instituciones judiciales de los Estados Unidos en aquel momento. Como los Estados Unidos han diseminado su influencia política por todo el mundo, las cuestiones del libro se convirtieron en referentes importantes para una gran cantidad de países que han organizado sus instituciones políticas y jurídicas influenciadas de alguna manera por el sistema estadounidense. Fundamentalmente, Nonet y Selznick argumentan en su libro que podemos clasificar las instituciones judiciales como las instituciones de un *derecho represivo, autónomo o responsivo*.

Estas definiciones del derecho corresponderían a tres tipos ideales que podrían ser utilizados para clasificar los sistemas judiciales específicos, en la medida que se identifiquen en ellos características más represivas, autónomas o responsivas⁵⁰. Estas características serían reacciones al medio ambiente socio-político donde las instituciones judiciales estarían inseridas. En el caso del derecho represivo, las instituciones judiciales se insertarían en un contexto de consolidación de una instancia política. Por lo tanto, estas instituciones tendrían por objeto imponer y mantener un orden político deseado por las élites políticas y no por toda la comunidad⁵¹.

Como la coerción y el mantenimiento del orden son características de cualquier sistema judicial, el derecho represivo tiene similitudes con todos los ordenamientos jurídicos. Pese a esto, habría que considerar que el Derecho no se reduce a la utilización de la coerción, sino que combina referida utilización con una reivindicación de legitimidad del poder político. Y en lo que dice respecto a la dimensión de ser una instancia de legitimación del poder político, el derecho represivo es en gran parte débil. Es por eso que Nonet y Selznick presentan, como una evolución del derecho represivo, el derecho autónomo, que tiene como objetivo proporcionar una base más sólida para la legitimidad del poder político en una sociedad más compleja y diversificada⁵².

El objetivo del derecho autónomo, como una evolución del modelo represivo, sería establecer un gobierno de leyes, más que un gobierno de hombres. En el modelo autónomo, todos, gobernantes y gobernados, están sujetos al mismo orden jurídico y al sistema judicial. Este carácter universal de su "modelo de reglas" proporciona al derecho autónomo las herramientas para el mantenimiento de la legitimidad política en una sociedad compleja. Aun así, su justicia estrictamente formal y procedimental se ha mostrado incapaz de hacer frente a algunas injusticias sustantivas ya fuertemente establecidas.

Centrándose en sus procedimientos y atado a la estricta obediencia a las reglas prescritas por la legislatura, un sistema judicial autónomo se vuelve insensible a las demandas sociales por justicia sustantiva y su autonomía degenera en aislamiento. Si, por un lado, el derecho represivo en su deseo de mantener el orden ha sido insensible a la dimensión necesaria al Derecho de promoción de la legiti-

49 NONET, Ph & SELZNICK, Ph (2010). *Op. cit.*

50 Los tipos ideales son construcciones intelectuales en las que algunas de las características especialmente importantes de un objeto específico —una institución social, una relación social, o una acción social— se radicalizan para permitir que el analista entienda su manifestación concreta mediante la comparación entre los fenómenos observados y la construcción conceptual que él ha desarrollado idealmente. La metodología de los tipos ideales fue creada por Max Weber, a quien Nonet y Selznick utilizan como referencia metodológica.

51 NONET, Ph & SELZNICK, Ph (2010). *Op. cit.*, p. 75.

52 *Ibid.*, p. 100.

dad, por otro lado, el derecho autónomo, con el objetivo de superar los problemas del derecho represivo, ha terminado por dejar de lado otra dimensión esencial al Derecho: la promoción de la justicia.

Dentro de este contexto, surge la demanda por un nuevo tipo de derecho. Nonet y Selznick llaman a este nuevo tipo de derecho el derecho responsivo. Por lo tanto, la transición del derecho autónomo al derecho responsivo implica una apertura de las instituciones judiciales a su medio ambiente, entendido éste como una fuente de auto-corrección. El modelo de reglas se debilita, la equidad ya no es ciega a las desigualdades sociales y la desobediencia no es siempre considerada una ofensa al orden jurídico. Sea como fuera, esto hace del derecho autónomo un modelo de derecho maleable, pero puesto a la vez en constante peligro⁵³.

La transformación y la evolución sociológica del Derecho, descrita por Nonet y Selznick como la transición del derecho represivo para el derecho autónomo y del derecho autónomo para el derecho responsivo –recordando que los tres modelos son tipos ideales que no reflejan las realidades empíricas exactamente– tiene consecuencias en las reflexiones de la teoría jurídica. Por ejemplo, la transición entre el derecho autónomo y el derecho responsivo tiene como consecuencia el paso de una teoría jurídica positivista a una teoría jurídica que intenta ir más allá del positivismo. Del mismo modo que he sostenido que esta transformación de la teoría jurídica puede ser entendida bajo un marco de la teoría del discurso, sostengo que las transformaciones de las instituciones jurídicas también pueden hacerlo. El trabajo de Nonet y Selznick se presenta como una interesante reflexión en la que podemos percibir eso.

En realidad, las transiciones entre el derecho represivo, el derecho autónomo y el derecho responsivo implican una rearticulación de elementos discursivos bajo nuevas cadenas de sentido. Esto se ve muy claramente en la cadena discursiva unificada bajo el significante vacío “orden” (en el derecho represivo), que es subvertida por una cadena discursiva unificada bajo el significante vacío “legitimidad” (en el derecho autónomo). Es menos claro, no obstante, en la transición entre el derecho autónomo y el derecho responsivo. Tal vez porque el sistema judicial responsivo es más que el sistema judicial contemporáneo, siendo como una promesa aun a ser alcanzada. Pese a todo lo anterior, considero que esto se debe más a la apertura típica del derecho responsivo que en lugar de dar al Derecho un nuevo principio de cierre, pone de relieve la contingencia de ese principio. Al igual que la política democrática, el derecho responsivo haría más visible el carácter hegemónico –y contingente– de la articulación de su contenido.

HEGEMONÍA E INTEGRIDAD EN EL NIVEL MESO: REFLEXIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN Y LA ADJUDICACIÓN

La transición de un derecho autónomo a un derecho responsivo se refleja en la transición de una teoría jurídica positivista a una teoría jurídica que intenta ir más allá del positivismo. De hecho, podemos entender las reflexiones teóricas contemporáneas sobre el Derecho como un intento de dar a los agentes judiciales un marco para llevar a cabo sus tareas en las instituciones judiciales de un derecho responsivo. Estos marcos pueden variar desde mantener la fe en el modelo positivista de reglas, hasta la aceptación de la apertura del sistema jurídico como un llamado a la transformación social radical operada por jueces. Como creo que las actividades de los agentes judiciales, si comprendidas bajo los lineamientos de la teoría del discurso, deben ser entendidas de manera ni tan restringida, ni tan libre –en realidad, el sujeto en la teoría del discurso actúa sobre una estructura sólo

53 *Ibid.*, p. 127.

parcialmente dislocada⁵⁴— considero que estas dos visiones extremas sobre la actividad judicial deben ser rechazadas.

En lugar de una insistencia en el modelo positivista de reglas, como reivindicado por autores como Ferrajoli, o una visión totalmente económicamente instrumental de las normas jurídicas reclamada por autores como Posner, creo que una visión más precisa sobre la actividad judicial es proporcionada por Dworkin y su modelo del *Derecho como integridad*. La propuesta de Dworkin es que la jurisdicción—la actividad de los jueces y tribunales—y la adjudicación—la actividad de los abogados y los procuradores—deben ser entendidas como tareas interpretativas que intentan materializar los valores de una comunidad política fraternalmente unida por principios morales. La sustancia utilizada para realizar esta tarea es la cultura institucional de la comunidad, es decir, sus decisiones políticas pretéritas. Al tratar con un caso judicial concreto, los agentes implicados en el juicio deben ver en las decisiones políticas del pasado no sólo las reglas aplicables, sino también los principios que deben hacer efectivos. Y estos principios pueden exigir la revisión de algunas reglas que podrían socavarlos y la aceptación de otras reglas que, mismo no estando explícitas en la legislación, serían necesarias para que estos principios se pudieran concretizar⁵⁵.

Dentro de este contexto, la actividad judicial sería exactamente la de proporcionar un significado concreto a los principios derivados de los meta-principios de la igualdad y de la libertad. Y la fuente de construcción de las cadenas significativas que deberían llenar los significantes igualdad y libertad con significados específicos, sería la cultura institucional de la comunidad, es decir, sus decisiones políticas pasadas—como las leyes o los precedentes judiciales. Es esto lo que hace que las actividades judiciales, según las comprende Dworkin, puedan ser entendidas como prácticas de articulación de elementos discursivos para la construcción de una nueva totalidad coherente, a la que referido autor llamaría exactamente de una novela: la novela en cadena que él argumenta que los jueces escriben cada uno un capítulo, a través de sus decisiones⁵⁶.

Acerca de la política entendida bajo un marco de la teoría del discurso, Jacob Torfing señala que:

The structural context of meaning and action contains numerous rules. These are neither rigid nor aprioristic, but flexible, and in the last instance simply an instance of their usage. Nevertheless, they cannot be changed arbitrarily, but have to hegemonize, to a certain extent, the previous instances of usage. As such, we can change the rules of the game in collective wage negotiations in many different ways, but we have to take the pre-existing rules into account and show how they are either compatible or incompatible with the new rules⁵⁷.

54 LACLAU, E (1998). "Desconstrucción, pragmatismo, hegemonía", in: MOUFFE, Ch (1998). *Desconstrucción y pragmatismo*. Buenos Aires, Paidós, pp. 119-120.

55 DWORKIN, R (2003). *Op. cit.*

56 Aunque Dworkin tenga el foco en las actividades de los jueces, él reconoce que los legisladores también son autores de la novela en cadena. De hecho, dentro de la actividad legislativa, son ellos quienes escriben los primeros capítulos de la novela que los jueces continuarán en los tribunales. De ahí que su pensamiento pueda ser aplicado a las dos grandes tradiciones jurídicas del Occidente: la tradición de la *Common Law*—en la que la jurisdicción se basa principalmente en las decisiones judiciales anteriores—y la tradición de la *Civil Law*—en la que la jurisdicción se basa principalmente en los códigos de leyes hechos por los legisladores—.

57 TORFING, J (1999). *Op. cit.*, p. 64. Traducción castellana: "El contexto estructural del significado y de la acción incluye numerosas reglas. Estas no son ni rígidas, ni apriorísticas, pero flexibles y, en última instancia, simplemente un ejemplo de su uso. Sin embargo, no es posible cambiarlas arbitrariamente, sino que ellas debieran hegemonizar, en cierta medida, los casos anteriores de su uso. Como tal, podemos cambiar las reglas del juego en las negociaciones salariales colectivas de muchas maneras diferentes, pero tenemos que tener en cuenta las reglas preexistentes y mostrar la forma en que ellas son compatibles o incompatibles con las nuevas reglas".

Eso es básicamente lo que los abogados y jueces comprometidos con lo llamado “Derecho como integridad” hacen en el ámbito de la adjudicación y jurisdicción. Así, aunque Dworkin sea ambiguo sobre si esta búsqueda de la integridad debiera resultar necesariamente en una novela políticamente liberal o no, creo que si nosotros respondemos a esa pregunta de forma negativa y entendemos la integridad del Derecho como un proceso de articulación hegemónica y no de mediación liberal, la noción de Derecho como integridad de Dworkin es la mejor comprensión de la jurisdicción y adjudicación para una vinculación entre la teoría del discurso y el Derecho en el nivel meso.

HACIA UN ANÁLISIS DE CASOS EMPÍRICOS EN EL NIVEL MICRO: REFLEXIONES SOBRE DECISIONES JUDICIALES EN UN CONTEXTO DE JUDICIALIZACIÓN Y DE POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Teniendo en cuenta las observaciones teóricas anteriores, ¿qué tipo de investigaciones en el nivel micro se podría realizar? Aunque no sea posible desarrollar el punto aquí, me gustaría dar sólo algunos ejemplos de “textos en sí mismos”, retirado de las decisiones judiciales y que podrían ser provechosamente analizados bajo un marco de la teoría del discurso. Considerando la realidad brasileña, me gustaría poner de relieve las decisiones del Supremo Tribunal Federal –Corte Suprema de Brasil– sobre:

1. El derecho de huelga de los funcionarios públicos (MI⁵⁸ 670, 708 y 712);
2. La posibilidad de investigaciones científicas con células madre (ADI⁵⁹ 3510); y
3. La fidelidad de los candidatos a sus partidos políticos (ADI 3999 y 4086).

En el primer caso, existe lo que se ha denominado “activismo judicial”, ya que en esta decisión los jueces han fijado los términos del derecho de huelga de los funcionarios públicos establecido por la Constitución brasileña, pero sin regulación infra-constitucional. En el segundo, hay la asunción judicial de la actividad de un “papado laico”, en la que se decide un polémico dilema moral, tradicionalmente decidido por otras instancias políticas y religiosas. En el tercero, hay la intervención judicial en la competición política, ejemplo clásico de “judicialización de la política”. Estas decisiones son ejemplos de tres de las más controvertidas interferencias judiciales en el mundo político⁶⁰. Y, como decisiones propiamente políticas, creo que debieran ser analizadas con respecto a las prácticas hegemónicas realizadas en su interior, es decir, con respecto a la metonimia y la sinécdoque que se realizan en su texto, a pesar del peso que aún pueda tener el espectro de la catacresis de Montesquieu.

En este contexto, el ámbito judicial aparece como un nuevo espacio para las disputas políticas. Por ejemplo, incapaces de regular su derecho a la huelga bajo los tradicionales procedimientos legislativos, algunos servidores públicos brasileños buscaron a los jueces constitucionales como autores políticos capaces de reforzar derechos constitucionales abstractos que podrían representar los intereses particulares de estos funcionarios, es decir, significantes vacíos que ellos podrían intentar hegemonizar. Así, es posible cuestionar: ¿qué tipos de reivindicaciones políticas los parlamentos son actualmente incapaces de articular? ¿Qué tipos de reivindicaciones políticas están siendo mejor articuladas en las instituciones judiciales? ¿Qué tipos de decisiones políticas tomadas por

58 M.I. = “Mandado de injunção”. Es una especie de proceso constitucional brasileño en que se solicita una respuesta jurídica a un vacío legislativo.

59 ADI = “Ação Direta de inconstitucionalidade”. Es uno de los medios de revisión judicial en Brasil, un proceso en el que se solicita una declaración judicial sobre la inconstitucionalidad de ciertas leyes aprobadas por el Legislativo.

60 BADINTER, R & BREYER, S (Orgs) (2004). *Judges in Contemporary Democracy*. New York/London, New York University Press.

los jueces podrían socavar un régimen democrático? ¿Qué tipos de hegemonías discursivas en búsqueda de la integridad del derecho se han formado en los tribunales? Aunque no sea posible abordar estas cuestiones aquí, ellas son algunos ejemplos de preguntas que creo que investigaciones empíricas sobre el Derecho y las decisiones judiciales, guiadas por las referencias teóricas propuestas en este artículo, podrían responder de una manera innovadora y fecunda.

CONSIDERACIONES FINALES

El objetivo principal de este artículo ha sido establecer un vínculo entre la teoría del discurso de Laclau y Mouffe y el estudio del Derecho en el contexto contemporáneo. Sin embargo, como un estudio exploratorio, el presente texto no llega a conclusiones finales. Aún así, creo que la argumentación aquí detallada es suficientemente fundamentada para mostrar cómo el enfoque propuesto puede ser útil para una nueva comprensión del Derecho en un contexto de crisis. Y no sólo en un contexto de crisis del Derecho y sus fundaciones positivistas y formalistas, puesta en relieve en la crisis de la catáclisis de Montesquieu, sino también en un contexto de crisis de la representación política y de la democracia mismas, ya que la "judicialización de la política", característica de la relación actual entre los campos del derecho y de la política, se refuerza en momentos en que la representación legislativa tradicional enfrenta problemas.

Creo que una mirada post-estructuralista como la teoría del discurso de Laclau y Mouffe puede lanzar nuevas e importantes luces sobre esta crisis. Nociones como las de hegemonía, significantes vacíos y dislocación podrían ayudar a comprender las nuevas articulaciones políticas y jurídicas contemporáneas. Esto sería cierto tanto en lo que se refiere a la dimensión de una relación más abierta entre las instituciones jurídicas y su entorno político y social (en el contexto de un derecho responsivo), como en los intentos de los juristas de hacer del ordenamiento jurídico un todo íntegro bajo principios comunes (como se destaca en el Derecho como integridad de Dworkin). Este sería el caso incluso para el análisis del texto de las decisiones judiciales en sí mismas, cubriendo también, por supuesto, las relaciones entre todas esas dimensiones macro, meso e micro, como influenciadas unas por las otras.

En definitiva, adecuada y útil a una sociología de las prácticas judiciales, la teoría desarrollada por Laclau y Mouffe puede abrir espacio para nuevos y fructíferos estudios del derecho contemporáneo, fundamentando análisis de discurso capaces de aclarar los juegos de poder implicados en los antagonismos que encuentran su expresión en el debate jurídico. Como señalan los propios Laclau y Mouffe, uno necesita saber por lo que está luchando y qué clase de sociedad quiere establecer. Esto requiere "una adecuada comprensión de la naturaleza de las relaciones de poder y de la dinámica de la política", ya que "lo que está en juego es la construcción de una nueva hegemonía"⁶¹. Al fin y al cabo, este artículo ha intentando, sobre todo, transponer esta orientación también para el análisis de la política hecha en el Poder Judicial y demás instituciones jurídicas.

61 LACLAU, E & MOUFFE, Ch (2006). *Op. cit.*, p. 20.