

LA “CRITICA DEL DERECHO” EN FRANCIA: DE LA BUSQUEDA DE UNA TEORIA MATERIALISTA DEL DERECHO AL ESTUDIO CRITICO DE LA REGULACION JURIDICA*

Antonie Jeammaud**

Con ocasión de su conferencia de apertura de las VI Jornadas de la Asociación Latinoamericana de Metodología de la Enseñanza del Derecho celebradas hace cuatro años, un eminente profesor brasileño de derecho hizo referencia a “Critique du Droit” calificándola de “tal vez a mais importante corrente jurídica que surgiu nos ultimos años”¹. Consideración halagadora, sin duda muy generosa o demasiado optimista; hoy me parece evidente que no habría podido provenir de un jurista francés. En realidad, raras son las obras recientes de introducción al estudio del derecho, destinadas a un amplio público y, más que nada, a los estudiantes, que señalen las principales producciones de esta corriente. Si se las menciona, es de manera muy breve y por lo general como expresiones académicas de lo que se han dado en llamar “la teoría marxista del derecho”, que a su vez suele verse reducida a una simple versión del positivismo sociológico.

En el fondo, tal falta de clarividencia no empaña el mérito de estos autores que, en aras de un elemental prurito informativo, señalan la existencia de unos escritos que otros ignoran con toda tranquilidad o juzgan tal vez demasiado incómodos —por lo “ideológicos”, con la connotación que suele con demasiada frecuencia darse a este adjetivo²— para merecer mención, ni siquiera con el afán de criticarlos.

* Traducción de Gertudris Payás

** Universidad de Saint-Etienne Presidente de la Asociación “Critique de Droit”.

¹ Celso, A. Mello, “Direitos do Homem na America Latina”, en *Critica do Direito e do Estado*. (C.A. Plastino, coord.), Ed. Graal, Río de Janeiro, 1984, p. 153.

² Que sirve así para desautorizar las opiniones adversas, ya que, desde luego, resulta que son “los otros” quienes son víctimas o propagadores de “falsas representaciones de lo real”.

Esta ignorancia, si bien pone en entredicho la honradez científica de quienes se manifiestan, cuando de hecho la misma elección de los temas de sus obras la hace inconcebible, posee la gran virtud de revelar el escaso impacto de un *corpus* teórico cuya vocación era precisamente convertirse en referencia ineludible.

Me parece sumamente significativo que una muy reciente obra cuyo autor pretende dar a conocer la epistemología jurídica a los juristas franceses³, por una parte dedique largas disquisiciones a denunciar la banal confusión entre el derecho y la ciencia del derecho y las condiciones de un conocimiento científico del fenómeno jurídico, y consiga no decir palabra del más mínimo escrito representativo de lo que la corriente "Critique du Droit" pretende manifestar.

Tampoco menciona, ni siquiera para expresar una sobradamente imaginable oposición, el libro de Michel Miaille, publicado en 1976⁴ en el que trata largo y tendido de la concepción trivial de la "ciencia del derecho" y de los fundamentos de una epistemología del conocimiento de lo jurídico. Muchos fueron los comentarios —centrados más en una discusión o impugnación de las tesis del autor que en hacer un análisis complaciente de ellas— provocados por la publicación de esta obra que, junto con el libro elaborado ex-profeso para inaugurar la colección "Critique du droit"⁵, expone las ideas inspiradoras de un movimiento en el que, al fin y al cabo, se han reconocido cierto número de juristas y politólogos universitarios, amén de abogados y magistrados. Y aun así, es más probable que sean pocos los lectores del libro en cuestión que hayan observado este sorprendente *lapsus*⁶.

Las producciones de "Critique du droit" han encontrado mayor resonancia en países extranjeros⁷ donde se fomentan más que en Francia los debates, la expresión pública de las ideas o su publicación. A veces se ha

³ C. Atias, *Epistémologie juridique*, Colección "Droit fondamental", P.U.F., París, 1985.

⁴ *Une introduction critique au droit*, Maspéro, París, 1976.

⁵ Ph. Dujardin, J.J. Gleizal, A. Jeanmaud, M. Jeantin, M. Miaille, J. Michel, *Pour une critique du droit*, Col. "Critique du Droit" 1, Maspéro P.U.G., Paris-Grenoble, 1978.

⁶ Por supuesto que se menciona a K. Marx, ya que hay que señalar sus insuficiencias o su reduccionismo. Ciertamente es que lo que se ha rescatado no es muy atractivo (ejemplo: "una moda de origen marxista consiste en creer que todo lo que no es manifiesto, público, abierto, es necesariamente nefasto", p. 165) y podría convencer fácilmente de la pertinencia de otra de las escasas evocaciones: "De la misma forma que las enseñanzas parciales del análisis jurídico marxista, por ejemplo, pueden señalar a la atención de los juristas realidades que hay que tener en cuenta, la concepción marxista global del derecho prohíbe toda comunicación con los juristas jasnaturalistas, por ejemplo; las palabras y los objetivos que revelan o esconden son demasiado diferentes" (p. 206).

⁷ Incluidos países del "socialismo realmente existente", en los que la traducción de las obras de "Critique du droit" puede traer complicaciones, como lo demuestra la práctica que consiste en escamotear "accidentalmente" un prefacio redactado a propósito para entablar el diálogo con colegas considerados marxistas, y, como tales, abocados a practicar un análisis sin concesiones de la regulación jurídica local (como sucedió con la traducción al ruso y publicación en la URSS de la obra *Le droit capitalista du travail*.)

dicho que la razón de esta paradoja reside en la excesiva complejidad de sus análisis y del lenguaje en que se formulan. Las cosas no son tan sencillas; es seguro que el aparentemente limitado impacto de las tesis o hipótesis propuestas en las obras de nuestra colección y en la revista *Procès* se deba, en parte a las difíciles relaciones con empresas de edición demasiado marginales: los atrasos considerables en la publicación de libros escritos meses atrás, un tercer cambio de editor en 7 años, y la no aparición de la revista durante más de un año por conflictos entre editor e impresoras son factores que no facilitan para nada la difusión de las ideas y su debate⁸.

Cabe añadir que aunque estas dificultades son la consecuencia del fracaso de las negociaciones con distintas editoriales de más prestigio —fracaso ligado a la voluntad de la Asociación de conservar plenamente el poder decisorio sobre opciones editoriales— no hubieran adquirido tanta importancia si tanto las obras como la revista hubiesen sido mejor acogidas por el público a quien iban destinadas. El hecho de que dispongamos de una muy precaria logística editorial en comparación con la que hoy respalda iniciativas muy recientes cuyo objetivo es restaurar, mediante “remozamiento” y armonización con ciertas tesis de moda en el campo de las ciencias sociales, una visión cuando menos conservadora de los fenómenos jurídicos⁹, refleja y hace patente el fracaso relativo del proyecto originario de la Asociación y de la colección “*Critique du droit*”. Creo que hay plena conciencia de este hecho entre los fundadores de esta empresa teórica y pedagógica sin duda demasiado ambiciosa.

Sin embargo, no es más que un fracaso relativo. Aunque no podamos hoy proclamar el advenimiento de una teoría nueva, exhaustiva, coherente y epistemológicamente fundada, nacida bajo la égida de “*Critique du Droit*”, los resultados de la aventura no han sido despreciables (I). A mi entender, partiendo de los límites de esta búsqueda de una teoría autosuficiente hemos recientemente verificado los límites del conocimiento de la regulación

⁸ El libro de Claude Journe *L'Etat britannique* (Publisud, Paris, 1985), noveno volumen de la colección, apareció más de un año después del volumen precedente (Jacques Michel, *Marx et la société juridique*, Publisud, Paris, 1983. Ed. Castellana *Marx y la sociedad jurídica*, U.A.P. 1986), a su vez publicado casi dos años después del estudio colectivo sobre el derecho de quiebra (L. Boy, R. Guillaumond, A. Jeammaud, M. Jeantin, J. Pages, A. Pirovano, *Droit des faillites et restructuration du capital* P.U.G., Grenoble, 1982) que apareció mucho tiempo después de elaborado el manuscrito. Tras la publicación de un libro dedicado al derecho administrativo (J.J. Gleizal, M. Miaille, D. Loschak y otros), prevista para abril de 1985, la colección será publicada por las Presses Universitaires de Lyon.

⁹ La colección de manuales “*Droit Fondamental*” y la revista “*Droits*”, publicadas por las Presses Universitaires de France. No se trata de negar el interés que tienen (ver C. Atias, ya citado) o que puede encontrarse en estas publicaciones, pero el perfil que reflejan los documentos publicitarios difundidos entre lectores potenciales y público en general es inequívoco. Hay que congratularse de que bajo un régimen de izquierda a menudo acusado de “liberticida” (y por algunos de los colaboradores principales de estas publicaciones), la efectividad de la libertad de prensa sea lo bastante constante como para que la más prestigiada empresa de ediciones universitarias pueda lanzarse a una tal operación de difusión de ideas tan opuestas a las que deberían “regir”.

jurídica de nuestras sociedades, conocimientos que nuestra teoría quería brindar, por lo menos tal como la concebíamos unos años atrás. Por otro lado, ahora me parecen más prometedoras las preocupaciones, a primera vista modestas, de los universitarios e investigadores cuyas actividades científicas y confrontaciones constituyen el flujo vital de una corriente que menos que nunca pueden calificarse de “escuela” (II).

I) Las vicisitudes de la constitución de una teoría crítica del derecho

La constitución, a mediados de los años setenta, de la asociación “Critique du droit” como marco para la elaboración de una serie de obras de tipo teórico y pedagógico, y la publicación de una revista consagrada a investigaciones originales sobre lo político-jurídico fue, en cierta manera, el fruto algo tardío del movimiento de protesta intelectual para el que mayo del 68 sigue siendo en Francia la fecha de referencia. Sin duda habría que añadirle una dimensión “cientificista” que se manifiesta mejor retrospectivamente: se trataba de construir, frente a lo que se presentaba como “ciencia del derecho” un auténtico conocimiento científico susceptible de marcar de forma decisiva la formación de futuros juristas (A). Lo que ha producido esta veta no me parece que deba rechazarse ni despreciarse; pero sí hay que adquirir una lúcida conciencia de sus límites (B). La evolución de la coyuntura política ha permitido, sin duda alguna, verificarlos rápidamente, a la vez que ha favorecido una apertura (provisional, quizá) en el campo de las ciencias sociales si no para la recepción de las “tesis” de “Critique du Droit” sobre el Estado y el derecho, por lo menos para una mejor consideración de la teoría y de la filosofía del derecho a las que no es en absoluto ajena esta corriente (C).

A) Proyecto científico contra “ciencia del derecho” tradicional

La obra elaborada en 1977 a solicitud de los editores para lanzar la colección se abre con un manifiesto que tiene por objeto dar en muy pocas palabras una visión muy global sobre el Estado y el derecho, sobre la enseñanza del derecho en la universidad francesa, y además, anunciar un programa:

“La lucha de clases se infiltra constantemente dentro del Estado y el derecho. Sus funciones, sus relaciones se ven afectadas por las contradicciones que aquella genera. Sin embargo, la investigación y la enseñanza del derecho no reflejan esta realidad.

La ciencia del derecho tradicional, tras haber participado en la construcción del Estado liberal, por lo que recibió los honores merecidos, no ha dejado herederos. Hasta el día de hoy, el planteamiento del derecho en las ex-facultades sigue teñido de formalismo e idealismo. La enseñanza del derecho que se pretende objetiva se contenta con reconocer un Estado-de-hecho sin poner en evidencia ni sus fundamentos ni las verdaderas funciones del Estado y del derecho.

La enseñanza, al igual que la investigación, descansa sobre distinciones arbitrarias perjudiciales para la investigación científica: distinción ciencia jurídica/ciencia política, derecho privado/derecho público. Además, se suele basar en síntesis que, pretendiendo incluir a su objeto, ocultan el carácter móvil y contradictorio de la realidad social, cuando la hipótesis fundamental de la colección es que la ciencia de lo jurídico parte de una ciencia de lo político.

De ahí que el proyecto de la colección tenga dos facetas: modificar las prácticas de investigación y ofrecer a un público en proceso de formación una apreciación del contenido y del funcionamiento de lo jurídico por medio de instrumentos pedagógicos adecuados. A través de un uso preferente del materialismo histórico y dialéctico, la colección procurará contribuir a comprender los fenómenos jurídicos en la perspectiva de una transición hacia nuevas relaciones sociales: el socialismo”.

Este texto, que hoy puede parecer demasiado ingenuo y ambicioso, era el reflejo de una reacción contra las concepciones dominantes en la enseñanza del derecho que se daba en las ex-facultades¹⁰ donde reinaba el individualismo, el aislamiento intelectual, las jerarquías basadas en las sacrosantas oposiciones a la “agregación”, las suspicacias ante las preocupaciones técnicas y un antimarxismo de lo más primario, reacción proveniente de un grupo de juristas y politólogos universitarios cuyas convicciones políticas eran claramente favorables a una alternativa al capitalismo. Pero su cohesión se debía esencialmente a una experiencia de la hostilidad de su medio profesional frente a su común referencia a un materialismo histórico y dialéctico a partir del cual querían profundizar la comprensión de sus respectivas disciplinas y emprender una transformación del contenido de la enseñanza.

Por ello, el proyecto en cuestión poseía ciertas características originales que creo importante recalcar:

En primer lugar, esa iniciativa representaba una prolongación de experiencias comunes o similares en la práctica sindical de izquierdas dentro del movimiento estudiantil, y después, en el medio de la enseñanza, generalmente muy hostil frente a tal opción. Era sobre todo una prolongación de la experiencia, más reciente, de un seminario ajeno a esa institución universitaria dedicada al culto del trabajo dogmático y solitario, e incapaz, por lo tanto, de responder a una necesidad de confrontación entre ideas y trabajos, y aún menos de responder a un proyecto de investigaciones comunes o coordinadas dentro del ámbito del marxismo. Esta caracteris-

¹⁰ Como concesión a “las presiones de la época”, la ley de orientación universitaria de 1968, subsiguiente a los “acontecimientos” de la primavera, suprimió oficialmente las antiguas facultades para remplazarlas por “unidades de enseñanza e investigación” (U.E.R.), que a su vez, dentro de poco dejarán su lugar a las “unidades de formación e investigación” (U.F.R.), componentes de base de las universidades, que deberían corresponder a otra racionalidad de la formación y de la investigación. La mayor parte de las “U.E.R. de derecho”, en particular, no han dejado de llamarse “Facultades”, término que por lo menos tiene la ventaja de una más fácil comunicabilidad y una mayor estética.

tica era tanto más fuerte cuanto que entre los miembros del grupo, si bien había algunos titulares de cátedra, en su mayoría eran auxiliares, lo cual acababa dando a esta iniciativa un carácter de franca “aberración” en relación con los cánones de la producción y la difusión académicas del saber jurídico, regido por una casta de mandarines en mayor medida que gran parte de las demás disciplinas.

En segundo lugar, hay que subrayar que estos universitarios eran juristas o politólogos especializados en derecho privado (preferentemente en derecho laboral, derecho comercial, derecho civil), en derecho público (constitucional o administrativo) o en historia del derecho. Así pues, ninguno era filósofo ni teórico del derecho por su formación o su cargo, ya que la filosofía y la teoría del derecho en Francia no son más que disciplinas secundarias que no corresponden a ninguna subdivisión del cuerpo universitario. El perfil general de lo que ha podido producir la corriente “*Critique du droit*” lleva, sin duda alguna, un sello especial por el hecho de que sus fundadores eran mayoritariamente juristas deseosos de conservar dentro de su especialidad un discurso auténticamente científico —y por lo mismo, potencialmente subversivo para el pensamiento jurídico dominante— sin por ello renunciar a intervenir en el campo de la doctrina, es decir, en el campo de la discusión de las “cuestiones de derecho”, de los comentarios legislativos o de jurisprudencia. Los pocos miembros del grupo original que provenían del campo de las ciencias políticas eran los únicos especializados en filosofía política. Esta posición dentro del campo jurídico iba a resultar una fuerza y a la vez un obstáculo. Determinó la opción de concebir una colección que dejara lugar para las obras de investigación fundamental y a la vez para libros que, aunque de tipo teórico, correspondieran a los rubros del derecho positivo que aparecen en los programas universitarios. Esta voluntad de elaborar una especie de “contra-manuales”, es decir de llevar a su propio terreno la crítica de la ideología jurídica dominante —al terreno de la formación de futuros juristas, que es donde más intensamente se ha manifestado— ha constituido sin duda uno de los rasgos más característicos del movimiento francés frente a la mayor parte de los movimientos originados en otros países de Europa¹¹ o de América Latina.

Otra de las particularidades de esta iniciativa era la relativa precariedad del pensamiento jurídico teórico cuya dominación constituía el principal elemento de su contexto. Efectivamente si, por una parte, algunos grandes juristas franceses de comienzos y primera mitad de este siglo han ilustrado las grandes corrientes tradicionales de la filosofía del derecho y dejado obras de gran prestigio, dignas de consideración a pesar de las críticas que han suscitado (recordemos a L. Duguit, F. Geny, M. Hauriou, E. Lambert, G. Scelle, J. Bonnetcase), la reflexión de los juristas sobre el derecho y el Estado ha disminuido manifiestamente desde la desaparición de ese autor de espíritu tan vigoroso y lúcido como reaccionario (en su sentido propio) que

¹¹ Los que se agruparon en torno a la *European Conference of Critical Legal Studies*, fundada en 1981 en Canterbury, y en la que, hasta la fecha, “*Critique du Droit*” ha participado muy poco.

fue Georges Ripert. Las aportaciones de un Ch. Eisenmann¹² en el ámbito de la teoría del sistema del derecho positivo no fueron despreciables, desde luego, pero sus esfuerzos por dilucidar la estructura del orden jurídico no parecen haber obtenido la resonancia que merecían. Sea como fuere, no proponían una nueva comprensión de la regulación jurídica de la sociedad.

En resumidas cuentas, el espacio de la filosofía del derecho en la Francia del último cuarto de siglo se encontró ocupado por la obra de Michel Villey, tendiente a sugerir, a través de la rehabilitación de la tradición aristotélico-tomista, una crítica de la concepción moderna del derecho, al fin y al cabo demasiado poco atenta a las evoluciones contemporáneas de los fenómenos jurídicos para llegar a influir de forma inmediata sobre los juristas e inspirar en ellos un “replanteamiento” de su disciplina y de su propia función¹³. Resulta pues que la visión del derecho y del estado que había prevalecido en el medio jurídico francés desde, *grosso modo*, el final de la segunda guerra mundial, no era más que esta “filosofía de los manuales y clases de derecho” que enlazaba un positivismo implícito con una creencia en un “derecho natural” reducido casi a los valores más elementales de la ideología burguesa. Como único elemento detonante, si bien rápidamente convertido en “popular” entre los juristas universitarios (más, en todo caso, de lo que fueron en su época las tesis más subversivas de G. Gurvitch) queda el sociologismo moderado de Jean Carbonnier, que debe gran parte de su éxito a la indiscutible autoridad que se reconoció a su iniciador en su calidad de civilista, y a su talentosa pluma. Resulta dudoso, sin embargo, que este criterio, teñido de franco escepticismo en cuanto al posible “progreso del derecho”, haya suscitado realmente todas las inquietudes que creía traer consigo. Más bien dió a muchos juristas “algo más de alma”, haciéndolos ser, a partir de entonces, más favorables a una consciencia de si las prácticas jurídicas estaban o no al margen de la ley (el famoso tema de la efectividad del derecho). Su verdadero significado es tal vez que nada hay en el derecho que tenga que ser comprendido, y que lo social es “ajeno”, esta fuera de las normas. En tal actitud, algunos de los más conservadores ven algo de marxismo —lo cual supone toda una serie de confusiones que no cabe aquí señalar— pero a nuestro entender, y por hipótesis, no es susceptible de servir de guía para progresar en el conocimiento de la forma jurídica.

Esta situación del pensamiento jurídico en Francia explica, creo yo, que al igual que las opciones ideológicas y políticas de los miembros del grupo,

¹² Y de algunos alumnos suyos, como P. Amssek y M. Troper. Debemos a Charles Eisenman la traducción al francés de la *Reine Rechtslehre*, aunque no por ello pudo Kelsen llegar a ser conocido y comprendido por los juristas franceses cuya práctica cotidiana, muy positiva, debiera haber encontrado su legitimación en esta obra.

¹³ La influencia visible de M. Villey es más reciente, ya que algunos jóvenes profesores hoy se remiten a él para loar las virtudes de la controversia (dentro de la discusión de las cuestiones de derecho, desde luego) o para practicar lo que denominan “el método jusnaturalista” con el objeto de definirse acerca de algunos problemas jurídicos delicados que plantea la evolución posible de las costumbres y el progreso de las técnicas.

el atractivo de un materialismo histórico concebido de entrada en el manifiesto antes mencionado como instrumento preferente de investigación. Efectivamente, el objetivo no era perfeccionar y luego difundir una “teoría marxista del derecho”, sino echar mano siempre que se pudiera de la aportación de Marx, de algunos de sus sucesores (ante todo, de Pashukanis) o de autores más recientes que hubieran ya adoptado esta vía, —de ser necesario, discusión mediando—, para avanzar en la comprensión profunda de la naturaleza y el papel del Estado y del derecho bajo sus formas más actuales. Dar preferencia a esta vena teórica no equivalía en modo alguno a apearse a una “escuela”, sino que era simplemente una forma de dar cuerpo y elaborar bajo forma de proposiciones —en una palabra, racionalizar— la convicción, alimentada con la experiencia de unos y otros, y con la observación empírica de la vida social, de que había que poner abiertamente en tela de juicio el discurso dominante en los aparatos de Estado que lo presentan como la encarnación del interés general o el instrumento de realización del bien común, y que hace del derecho la realización social directriz de ideales universales y ahistóricos de justicia. Esta impugnación constituye el común denominador de todos los planteamientos críticos de lo jurídico, cuya cohesión filosófica es, por otra parte, tributaria de la relación de fuerza con los juristas conservadores dentro de los aparatos ideológicos, y, por lo mismo, de la situación frente a los aparatos de represión¹⁴. La ausencia de refutación en masa del Estado y del derecho, cosa lógica en un país de democracia burguesa efectiva como Francia, y el hecho de que no se considere urgente defenderse contra una dominación que no manifiesta un carácter abiertamente represivo,¹⁵ han favorecido la aparición de una corriente crítica homogénea, con referentes muy claros, pero que descansa sobre una base social limitada y casi exclusivamente universitaria. La constitución de “Critique du Droit” tendría su lugar lógico tras la creación, durante la gran efervescencia de mayo de 68, del sindicato de la Magistratura y del Sindicato de los Abogados en Francia, organizaciones profesionales progresistas que desempeñaron en su momento un papel nada despreciable en la crítica de la juricidad establecida, y, en la práctica, contribuyeron de forma importante a la impugnación del Estado y de su derecho. No obstante, aunque indudablemente algo les deba, el movimiento universitario institucionalizado en 1977, orientado hacia la producción teórica y la intervención pedagógica, nunca ha establecido lazos muy estrechos con estas organizaciones de juristas prácticos, pues la coordinación no fue más allá de la etapa de adhesiones individuales de algunos magistrados y abogados a la asociación “Critique du droit”.

¹⁴ A. Jeanmaud, “Algumas questões a abordar em comum para fazer avançar o conhecimento crítico do Direito”, en *Crítica do Direito e do Estado* antes citado, p. 73 (principalmente pp. 74-75).

¹⁵ La represión de las ideas no conformistas de algunos miembros del grupo fundador de “Critique du Droit” se han manifestado como obstáculos al desarrollo de sus carreras, bajo pretexto de que sus trabajos “no pertenecían” al derecho o no constituían “verdadera” ciencia política. Se ha intentado también alejarlos de la enseñanza de temas demasiado comprometidos.

Como movimiento fundamentalmente universitario y teórico, la Asociación halló en el materialismo histórico el alimento de una crítica epistemológica radical¹⁶ de lo que se tomaba como “ciencia del derecho” en el medio encargado de la formación de juristas. Siendo producto de una confusión, no muy inocente, del derecho como orden normativo, de su práctica y de su conocimiento¹⁷, reducida a la simple combinación de una actividad estrictamente dogmática (descripción del contenido de las reglas) con una actividad doctrinal (discusión “lógica” de las cuestiones de derecho y apreciación de la oportunidad de las soluciones positivas), esta “ciencia jurídica” tan dominante como sonambula, garantizaba eficazmente la clausura del campo jurídico, es decir su protección contra las interpelaciones de la “visión jurídica del mundo” provenientes del vecino terreno de las ciencias sociales, sobre el que pesaban sospechas de subversión y desestabilización. Poner en evidencia los atolladeros de una supuesta “ciencia” autónoma del derecho, echarles en cara la necesidad de construir rigurosamente el objeto “derecho” como *nivel específico*, pero *sólo como nivel* de un “*todo social*” para el que sólo había un conocimiento global, histórico, que autorizara la comprensión de su necesidad y de las funciones del Estado y del derecho modernos dentro de nuestras formaciones sociales; éstos eran los pasos permitidos de manera precisa, y requeridos por la opción de dar primacía a la referencia a un marxismo que a su vez se encontraba en plena efervescencia bajo el efecto de la interpretación althusseriana y de las reacciones que podía provocar, y frente al que no se veía más alternativa aparte del viejo iusnaturalismo a quien, de hecho, sólo preocupaba la legitimación del orden establecido. Ese marxismo, además, constituía el meollo de los intentos de impugnación o de teorización general del derecho que más impacto e interés habían generado en Francia entre los años 1968-75, aún si la fecundidad de esta corriente hecha de obras exclusivamente individuales no igualaba lo que podía encontrarse en otros países, sobre todo en Italia. Salvando las diferencias y a pesar de sus evidentes límites, los escritos de Nicos Poulantzas¹⁸, Andre-Jean Arnaud¹⁹ o Bernard Edelman²⁰ nos parecen más estimulantes y sugerentes que cualquier escrito relativo al derecho o al Estado. Por lo menos, ellos confirmaban la necesidad de “tomar en serio al derecho”, es decir no tomarlo como una simple representación engañosa (animada por alguna

¹⁶ A la que estaba consagrada, en su mayor parte, la obra *Une introduction critique au droit*, de M. Miaille, publicada cuando el movimiento empezaba a constituirse.

¹⁷ Confusión inamovible a pesar de los esfuerzos de algunos autores, entre los que cabe señalar a P. Amselk (*Méthode phénoménologique et théorie du droit*, L.G.D.J., París, 1964).

¹⁸ Sobre todo, además de su tesis sobre *Nature des choses et droit* (L.G.D.J., París, 1965), su célebre artículo “A propos de la théorie marxiste du droit”, publicado en los *Archives de philosophie du droit*, Tome XII, Sirey, París, 1967, p. 147.

¹⁹ *Essai d'analyse structurale du Code civil Français. La règle du jeu dans la praxis bourgeoise*, L.G.D.J., París, 1963, y varios artículos iconoclastas publicados por este autor a lo largo de unos diez años en los *Archives de philosophie du droit*.

²⁰ *Le droit vu par la photographie*, Maspéro, París, 1973 (segunda edición C. Bourgeois ed., París, 1980) y, unos años más tarde, *La législation de la classe ouvrière*, C. Bourgeois ed., París, 1978.

maligna voluntad) de una realidad económico-social existente fuera de él, sino de tomarlo como objeto concreto de una investigación teórica que debía ser elaborada con constancia con el fin de producir un conocimiento cada vez más perfilado, capaz de dar a los juristas y futuros juristas la perspectiva necesaria para una práctica lúcida ²¹.

B) Avances y escollos

No es tarea fácil hacer un balance de lo que “Critique du droit” ha pretendido o podido aportar. Desde un punto de vista muy descriptivo, se puede en primer lugar recalcar la diversidad de los tipos de obras publicadas en la colección o redactadas especialmente para la misma:

- Obras centradas sobre una rama del orden jurídico (francés) —Derecho Constitucional²², Derecho Personal²³, Derecho Laboral²⁴, Derecho Mercantil— quiebra de empresas²⁵, Derecho Administrativo²⁶ —con el objeto de extraer de ella, contrariamente a la visión tradicional, un análisis basado sobre las funciones imputables a estas formas y dispositivos jurídicos en relación con la historia del desarrollo y las exigencias del modo de producción capitalista en nuestro país.
- Obras monográficas dedicadas a algunas dimensiones o categorías de base del derecho público —el discurso constituyente²⁷, la noción jurídica de territorio²⁸— o bien algún modelo jurídico casi legendario²⁹.
- Estudio sobre la obra de Marx, pero yendo más allá de la mera preocupación del marxólogo, para formular interrogantes de carácter antropológico³⁰.

²¹ No se puede dejar de mencionar el ejemplo dado, desde los años 1950, por Gerard Lyon-Caen, profesor de derecho laboral, que había sucesivamente elaborado en revistas jurídicas y en un manual universitario varios análisis acerca de la naturaleza y las funciones del derecho laboral y del derecho comercial con claras referencias al marxismo, y, por ende, consideradas rotundamente inadmisibles por sus “estimados colegas”. Este autor de gran renombre, que había respaldado a “Critique du droit” y participado en la redacción de una de las obras de la colección, abandonó después el grupo por divergencias sobre la organización del cuerpo universitario y, en particular, sobre la pertinencia de contratar profesores de derecho por medio de las oposiciones nacionales a la “agregation”. Este es un episodio muy revelador de ciertas contradicciones inherentes a la “base social” de la asociación, donde resulta que la jerarquía también puede pasarlo mal dentro de un movimiento que pretende denunciar sus aberraciones y falsos valores.

²² M. Mialle, *L'état du droit*, P.U.G., Maspéro, Grenoble-Paris, 1980, (Ed. Castellana *El estado del derecho*, U.A.P. 1985).

²³ G. de la Pradelle, *L'homme juridique*, P.U.G., Maspéro, Grenoble-Paris, 1980.

²⁴ A. Jemmaud, A. Roudil, G. Lyon-Caen y otros, *Le droit capitaliste du travail*, P.U.G., Grenoble, 1980.

²⁵ *Droit des faillites et restructuration du capital*, ya mencionado (nota 8).

²⁶ J.J. Gleizal, M. Mialle, D. Loschak y otros, ya mencionado (nota 8).

²⁷ Ph. Dujardin, 1946, *le droit mise en scène*, P.U.G., Grenoble, 1979.

²⁸ P. Allias, *L'invention du territoire*, P.U.G., Grenoble, 1980.

²⁹ C. Journes, *L'Etat britannique*, ya mencionado (nota 8).

³⁰ J. Michel, *Marx et la société juridique*, ya mencionado (nota 8). Aprovechamos para señalar la reciente publicación, fuera de “Critique du droit”, de una muy útil edición crítica de dos textos esenciales de Marx: P. Lascourmes, H. Zander, *Marx, du*

Si vamos al fondo de estos escritos e intentamos extraer lo que podríamos considerar las tesis más importantes de la corriente, resulta claro que, frente a las doctrinas del derecho natural y del positivismo, que de hecho se remiten en gran medida a una misma fuente idealista, ha intentado confirmar que el objeto pertinente de las investigaciones que buscan explicar la aparición, las funciones y las transformaciones de lo jurídico no puede ser más que ese modo de representación, arreglo y reproducción de las relaciones sociales de producción de la vida social, a saber, lo que podríamos denominar *lo político-jurídico*.

Una vez planteado esto, y si, según la fórmula de Marx, “las normas jurídicas y las formas políticas no pueden ser entendidas por sí mismas, (sino que) se arraigan en las condiciones de la vida material”, queda aún por descubrir lo esencial: *hay que dilucidar las modalidades de las relaciones entre estas condiciones y esas formas jurídico-políticas*. Visto desde tal ángulo, cabe esperar que las tesis o hipótesis que parten de la similitud de las diversas producciones de “Critique du Droit” signifiquen un auténtico avance en relación con toda una serie de concepciones propuestas anteriormente como “teorías marxistas del derecho”:

- Ante todo, establecen una clara ruptura con algunas variaciones muy tradicionalmente identificadas de la lectura materialista de lo jurídico, que tienen en común el hecho de que sitúan al derecho en una “superestructura” casi unilateralmente determinada (en su sentido riguroso) por algo que se encuentra fuera, es decir del lado de la “verdadera base” de la sociedad, de la “infraestructura”, bajo reserva de la concesión (impuesta por la dimensión dialéctica del esquema de conjunto) de una vaga idea de “acción retroactiva” de esta infraestructura sobre aquella superestructura³¹. De tal forma queda rechazada la idea del “derecho-reflejo”, que hace del derecho un producto puro de las relaciones sociales de producción a las que fundamentalmente es ajeno, de “derecho-provincia de una ideología” comprendida como un especie de “capa” bajo la cual las relaciones de producción disimulan su verdadera naturaleza, presentándose de manera falsa y engañosa, y también la idea de un “derecho-expresión e instrumento” de la voluntad de una clase dominante (cuando menos, simple medio de dominación por la represión que ejerce este sujeto colectivo).
- Rebasan una problematización del derecho como “instancia jurídica” de un todo complejo, dotada, en su calidad de aparato ideológico de Estado, de una eficacia propia por fin admitida, enmarcada en una relación de “causalidad estructural”, ya no directa, con las demás “instancias” de ese todo complejo dentro del cual las relaciones de produc-

“*vol de bois*” à la critique du droit, Col. “Philosophie d’aujourd’hui”, P.U.F., París, 1984.

³¹ El carácter metafórico de la distinción infraestructura/superestructura y el papel necesario de lo jurídico en las relaciones de producción capitalista se ponen de manifiesto en *Pour une critique du droit* (“Marx et la question du droit”, de Ph. Du-jardin y J. Michel), *Le droit capitaliste du travail* (“Les fonctions du droit du travail”, de A. Jeammaud). Ver M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, p. 81 y sig.

ción no son determinantes más que en un “último análisis”, en la medida en que determinan cuál es la instancia (como lo es la religión en el modo de producción feudal, o el derecho en el modo capitalista) que constituye la “forma” dominante de estas relaciones. Esta teoría de origen althusseriano, que ha tenido el mérito de catalizar el reconocimiento de una autonomía de lo jurídico hecha a la medida de su necesidad y de su especificidad en las formaciones sociales capitalistas, esta representación topológica de la “instancia jurídica” ha tenido que ser rebasada para podernos centrar en las disposiciones jurídicas positivas en vez de apegarnos a una percepción de conjunto, sincrética, del derecho.

En el fondo, la tesis principal de la corriente “*Critique du Droit*” es que *este derecho interviene en la constitución, el funcionamiento y la reproducción de las relaciones de producción, representándolas de manera deformada, es decir a través de esa dimensión que tanto se suele calificar de “ideológica”, en el sentido más trivial.* En pocas palabras, la idea es que la sociedad capitalista es esencialmente jurídica, y que el derecho surge como la *mediación específica y necesaria* de las relaciones de producción que la caracterizan. Si queremos hablar de su autonomía relativa, no lo haremos más que para calificar su relación con los niveles respectivamente identificados como económico y político. Se basa en que el derecho maneja un universo de sujetos libres e iguales, pero no significa en modo alguno que esta representación sea una simple argucia para engañarnos en cuanto a la naturaleza verdadera e inconfesable de las relaciones de explotación, sino todo lo contrario; este disfraz aparece como una condición propia de la constitución, del funcionamiento y de la reproducción de estas relaciones. De esta manera, la estructura económica del capitalismo no existiría si no existiese el derecho o, cuando menos, un cierto tipo de derecho —el derecho normativo con sus reglas generales que hablan de sujetos abstractos, libres e iguales. Puede decirse que esta “visión jurídica” de las cosas es una dimensión interna de las relaciones de producción, más que decir que su producto y ese derecho burgués sean el modo de existencia histórico de un cierto contenido: las relaciones de producción específicas del capitalismo, que no podrían establecerse ni reproducirse sin esta forma.

Al considerar así que cierto tipo histórico de derecho es la forma necesaria de representación-mediación de las relaciones de producción del modo capitalista que domina en nuestras sociedades, se evitan las trampas de la metáfora infraestructura/superestructura. Al establecer las funciones estructurales (estructuradoras) de este derecho, es decir su peso práctico, se rehabilitan las investigaciones que *tratan* o que *parten* de sus diversos aspectos (análisis de los modos de producción de las normas y dictámenes, de las categorías jurídicas, de las modalidades de su “juego” concreto), cuando a menudo se ha reprochado a los marxistas que hayan fundamentado sobre bases teóricas su desinterés por los fenómenos jurídicos o que no admitan su estudio más que en una perspectiva estrictamente instrumentalista. Finalmente, se puede observar que este producto mejorado de la comprensión materialista del derecho toca interrogantes esenciales —el de los procesos de objetivación de los modos de dominación social o el de la

legitimación del poder y de las normas— ilustrados hasta la fecha por teorizaciones cuyas relaciones con el materialismo histórico son ciertamente muy desiguales³².

Sin embargo, se hacen rápidamente visibles los límites e insuficiencias de que adolecen tales y tan elaboradas fórmulas para explicitar las funciones de la regulación jurídica³³. Señalaremos dos de ellas:

- Decir que el derecho “condiciona” las relaciones sociales de producción, que las “conforma” o que las “mediatiza”, nos da sin duda una explicación de la presencia de un orden jurídico compuesto por reglas generales que aspira a la coherencia lógica y que organiza las relaciones de sujetos abstractos e iguales, pero no nos permite *comprender cómo* se opera concretamente esta regulación, es decir el *modus operandi* de esta representación-mediación. Dicho de forma más precisa, estas tesis dejan el problema intacto, lo delimitan, pero se manifiestan impotentes para darle respuesta. Invitan a abordarlo, le dan un marco de referencia, pero prevalece el sentimiento de que éste constituye, por así decir, el más allá de la interpretación materialista. Así pues, falta mucho por hacer para progresar realmente en la comprensión de esta regulación jurídica (ver *infra*).
- La preocupación por responder al discurso hegemónico sobre el Estado y el derecho, es decir, por enfrentarse directamente a las imágenes tradicionales de un Estado por encima de las clases y de un derecho esencialmente benefactor, protector y liberador, ha hecho que se soslayara —cuando menos, esta es la impresión que ha dado— el hecho de que la dominación a través del derecho representa una especificidad que, a fin de cuentas, le hace ser un modo de dominación sin duda preferible a cualquier otro. Si se ha podido señalar, aunque tal vez demasiado pocas veces³⁴, que “mediatizando” las relaciones entre clases antagonistas, y pretendiendo someter al Estado del que es el origen y garante, el derecho burgués es estructuralmente portador de algunas posibilidades de limitar la dominación o de resistir a ella, por poco, evidentemente, que la sociedad funcione efectivamente “con el derecho” más que con la violencia³⁵, el hecho de no ir más allá de la banal constatación de la ambivalencia del derecho, ni analizar la coherencia

³² Lógicamente las de Max Weber y J. Habermas en lo tocante a la legitimación. Para lo referente al contacto con los análisis de P. Bourdieu sobre la objetivación, ver M. Mialle, “Crise du droit et hégémonie. A propos du droit public”, *Procés*, 6/1980 (traducción al español: *Crítica Jurídica* No. 0. UAP-UAZ, 1984, p. 23).

³³ El libro no da más que opiniones personales de su autor, y las apreciaciones siguientes revelan particularmente este carácter.

³⁴ Ver, sin embargo, un esbozo de las perspectivas ofrecidas por “la ley” como procedimiento de regulación para una transición hacia otras relaciones sociales, de J.J. Gleizal, en *Pour une critique du droit*, p. 104 y siguientes: ver asimismo *Le droit capitaliste du travail*, p. 155-156.

³⁵ Sobre las vacilaciones, las dificultades y la importancia de este concepto de efectividad: A. Jeammaud, “En torno al problema de la efectividad del derecho”, en *Crítica jurídica*, 1/1984, p. 5.

de este último concepto, priva de una dimensión importante al planteamiento crítico.

Una mejor evaluación del derecho burgués y del Estado de derecho podría ser la consecuencia de una apertura de esta corriente frente la experiencia de numerosos países que, a fin de cuentas, poco se han beneficiado de ella hasta ahora³⁶. Nos invita a ello también el deber de prestar la máxima atención a las vicisitudes del cambio de derecho llevado a cabo, con el escaso éxito sabido, a raíz del cambio de personal político que se dio en Francia hace cinco años. Este cambio, por otra parte, no ha dejado de tener consecuencias en la situación de la asociación "Critique du droit".

C) La "infiltración" de la coyuntura política

La victoria electoral de las fuerzas políticas de izquierda en las elecciones presidenciales y legislativas de la primavera de 1981 no ha tenido incidencia directa sobre la situación de esta corriente. Su vocación esencialmente teórica no se ha visto modificada, y sigue siendo minoritaria en su medio. No se ha observado incremento en el número de lectores de sus publicaciones; por ejemplo, en el ámbito de la doctrina del derecho público, estos escritos son, en el mejor de los casos, citados como versiones actualizadas y autóctonas de supuestas tesis marxistas. Aunque en el sector jurídico menos conservador que es el de la doctrina del derecho laboral, el análisis crítico quede rara vez soslayado en los manuales de enseñanza, no ha provocado la discusión que se esperaba.³⁷ Tal vez haya sido el estudio consagrado a las funciones del derecho de las empresas en dificultades (derecho de quiebras) el que, en cuanto a algunos de sus análisis parciales, haya sido mejor acogido en la doctrina especializada: la evidencia de los efectos de estos dispositivos normativos y de su empleo cotidiano al servicio de la restructuración del capital ha sido admitida sin mayor obstáculo por la mayoría de los especialistas en derecho comercial partidarios de una reforma modernizadora que los nuevos poderes no han tardado en forjar y poner en práctica³⁸, modificando ostensiblemente la finalidad de procedimientos considerados arcaicos para dar sobre todo un mayor lugar a la consideración de los intereses de los trabajadores y a su participación. Hay que señalar que esta obra es quizá la única en la colección que esboza propuestas de reforma de los mecanismos jurídicos en una perspectiva de mayor democracia económica, si no en una fase de transición democrática hacia el socialismo.

³⁶ "Algunas cuestiones...", ya mencionado, p. 90 y sig.

³⁷ La resonancia de este trabajo ha sido bastante débil en el movimiento sindical cuyos juristas resentien que universitarios que se dicen cercanos a las organizaciones obreras (lo cual no significa gran cosa en la situación francesa, y por diversos motivos) se permitan hacer análisis inconoclastas que no han sugerido. Juzgan también "inopertuna" la publicación de análisis que pretenden objetar la concepción oficial de alguna organización.

³⁸ Precisamente el principal responsable de la realización de esta obra fue invitado a participar en el grupo de trabajo que sentó las bases de esta reforma.

Este episodio parece revelar las inevitables ambigüedades del trabajo realizado. Ahora bien, ¿cabe lamentarnos por ello? No hemos discutido este interrogante, ya que han sido otras las prioridades que han requerido la atención del movimiento: la reforma de las entidades universitarias, la reforma de la enseñanza superior, etc. La primera presenció el fracaso de la reivindicación antijerárquica del “cuerpo único de docentes”, adoptada por “Critique du droit” en el marco de su impugnación de la organización de la enseñanza jurídica y política en Francia, y la asociación se ha encontrado realmente imposibilitada para combatirla por falta de una firme convergencia de opiniones en su interior, debida a contradicciones relacionadas con la diversidad de posiciones de sus miembros en el engranaje universitario. En cuanto a la segunda reforma realizada por el gobierno de izquierda, ha conducido a los juristas y politólogos “críticos” a intervenir en sus universidades con mayor o menor fortuna, para intentar influir sobre los programas y la organización de los estudios, pero con la dificultad resultado de la antinomia relativa entre nuestra opción por una formación fundamental reforzada, transdisciplinaria y crítica, y la finalidad tan cacareada de una reforma destinada a promover la eficacia y la profesionalización.

Finalidad, por otra parte, tan legítima como equívoca; tanto más cuanto que, al mismo tiempo, el ministerio de Educación Nacional iniciaba un estudio sobre los medios y las condiciones de una resurrección de la enseñanza de la filosofía (*sensu lato*) del derecho en las universidades, invitando a participar en este esfuerzo de reflexión a algunos juristas situados dentro del movimiento “Critique du droit” que han desempeñado un papel impulsor en esta operación; sin embargo, aún habiendo movilizado hasta un punto inusitado a juristas, politólogos y filósofos del derecho de diferentes tendencias, la realidad es que no ha producido aún nada notable. Resulta, pues, difícil atribuir al movimiento “Critique du Droit” algo más que el mérito de haber desempeñado este papel impulsor. Sin embargo, hay que insistir en que el cambio político ha autorizado en cierta medida la expresión de este movimiento en algunas instituciones: algunos miembros o simpatizantes de la asociación han sido invitados a participar en organismos de orientación de la investigación, lo cual no deja de ser una señal de reconocimiento a la legitimidad de la “óptica” que representan. Razones habrá para que la política de investigación deje un espacio para los investigadores que, sin estar necesariamente en esta corriente, manifiestan un claro interés por la comprensión de las formas, las evoluciones, las determinaciones y las modalidades de acción de la regulación jurídica.

¿No es paradójico que estas tímidas aperturas institucionales se den cuando la política del gobierno de izquierda y sus transformaciones jurídicas impugnan seriamente las orientaciones de la corriente “Critique du droit”?

Desde 1981 se ha realizado una considerable labor legislativa, y aunque su ordenación general no se ha visto perturbada, el sistema jurídico francés ha conocido con ella la fase de renovación más amplia y más rápida desde la solidificación del derecho moderno que llevaron a cabo las codificaciones del siglo pasado. Desde luego, no hay motivo alguno por el que estas innovaciones jurídicas no se sometan a los cuestionamientos propios de un planteamiento crítico, cuestionamientos que fundamentalmente son interroga-

ciones sobre la realidad y el sentido del cambio que el poder político ha pretendido aportar o catalizar en la sociedad francesa. De hecho, algunas de estas reformas han suscitado análisis de este tipo³⁹, pero de forma aun limitada, desde luego, y, sin lugar a dudas con menos convicción que antes, de poder llegar a explicaciones definitivas. Es probable que este perceptible cambio de clima sea sintomático de una relativa crisis de perspectivas dentro de la corriente, que no es más que reflejo de la crisis que la experiencia de la izquierda en el poder provocado en el conjunto de fuerzas o movimientos que se consideran socialistas.

Así como lo anunciaba claramente en su texto-manifiesto, "Critique du Droit" pretendía contribuir a la comprensión de los fenómenos del estado y del derecho en la perspectiva de una transición hacia este socialismo, sin por ello preocuparse por elaborar alguna forma de doctrina sobre lo que podrían ser las formas y los medios jurídicos de una tal transición. Entre las obras de la colección no se encuentran, a este respecto, más que unas pocas y dispersas reflexiones, lo cual es bastante lógico viniendo de un movimiento que confía dar más conocimiento y no contribuir a la elaboración de una estrategia política de cambio social. Hoy, sin embargo, el problema no es ni siquiera el de situarse frente a las evoluciones de la tecnología o de la sustancia del derecho, que se enmarcan en un proceso de transición, sino que nace, al contrario, del hecho de que no hay tal proceso, de que no lo ha habido nunca, a pesar de los equívocos de algunas reformas iniciales espectaculares (nacionalizaciones, democratización del sector público, etc.), y que el socialismo autogestionario, que hasta que no se demuestre lo contrario, sigue siendo el objetivo histórico de las distintas fuerzas políticas asociadas al ejercicio del poder del Estado hasta 1984, o incluso de las mismas responsables de este poder, parece relegado a un futuro tan lejano como incierto. Podemos decir, simplificando al mínimo, que la política reformista llevada a cabo desde hace cinco años se ha dado como meta la modernización de una economía perfectamente integrada al sistema capitalista mundial, y la constitución de un auténtico *consenso* social (que tarda en manifestarse), favorable a la movilización de todas las energías "para salir de la crisis", así como el enriquecimiento del Estado de derecho, cuyos principios y virtudes se quisieran traducidas a todos los ámbitos de la vida de la sociedad (y ante todo en la empresa), con el fin de mejor garantizar la paz y el diálogo entre clases y fuerzas antagonistas, y como una cierta contrapartida al considerable retroceso de las garantías materiales que pretendía antes otorgar el Estado-bienestar.

Frente a esto caben por lo menos dos reacciones para los partidarios de un planteamiento crítico de lo jurídico-político, reacciones que influirán sobre la concepción de las funciones y del futuro de la corriente. Una primera actitud es la de considerar que esta coyuntura socio-política no es en realidad más que el fruto de una falta de determinación para llevar a cabo una auténtica transformación de la sociedad, y que no hace más que con-

³⁹ La descentralización y las reformas administrativas, particularmente las reformas (cuantitativamente muy importantes) del derecho laboral.

firmar abiertamente la vocación natural de la social-democracia de asegurar el futuro del capitalismo y de la hegemonía burguesa. Otra forma de extraer lecciones de este período es llegar a la conclusión de que la erradicación del capitalismo y la edificación del socialismo en un país como Francia son decididamente muy problemáticas, y que resulta más que nunca difícil concebir el esquema de organización socialista de una sociedad tan compleja. Desde el momento en que queda excluida cualquier otra vía que no sea la de los procedimientos de la democracia representativa, ya que expone a la sociedad a pagar un precio desproporcionado frente a los resultados razonablemente esperables (por lo que sabemos de experiencias extranjeras), las modestas evoluciones deseadas por un poder político tan denigrado no son ni totalmente desdeñables ni del todo condenables. Este segundo análisis, sin llevar, desde luego, a engrosar las filas de los cazadores de marxistas, ya bastante nutridas con la ola de neo-liberalismo y las modas dudosas que animadas por una cierta *intelligentzia*, puede incitarnos, no a abandonar las principales, aunque concentradas, tesis de las producciones anteriores de “Critique du Droit”, sino a buscar la forma de completarlas o rebasarlas con el fin de progresar en la comprensión de la regulación jurídica, de los límites y las relativas virtudes del Estado de derecho, ya que el “horizonte limitado” del derecho burgués no parece decididamente próximo a ser rebasado. Sería temerario decir que este segundo análisis domina entre quienes se sitúan hoy en esta corriente. Sin embargo, podría haber participado en la evolución de las preocupaciones teóricas, perceptible entre muchos de ellos, y en su conjunto podría remitir a una curiosidad más realista por mecanismos de la regulación o de la mediación jurídica de las relaciones sociales.

II) Cambio de orientación y nuevos objetos

En este apartado vamos a insistir en la aceptación más o menos explícita de los límites de la teorización materialista de lo jurídico, que resulta tanto más significativa cuanto que no parece ser propia del movimiento francés (A), y que ha generado una diversificación de los objetos de las investigaciones de quienes hoy participan en la corriente “Critique du droit” (B).

A) La conciencia de los límites de la teorización materialista

El hecho de afirmar, sosteniendo parecidas argumentaciones en cuanto al análisis de diversas instituciones y disposiciones jurídicas positivas, que el derecho contribuye a la misma constitución y a la reproducción de las relaciones de producción de una formación social capitalista representándolas y mediatizándolas, o bien, dicho de otra manera, que el derecho es la “forma” tan específica como necesaria de estas relaciones, es sin duda esencial en la primera fase de un planteamiento crítico de este objeto. La formulación y explicación de estas argumentaciones pueden equivaler a una concepción alternativa mientras se trate de impugnar la visión de lo jurídico

que existe en el principio de ese “sentido común teórico de los juristas”⁴⁰ alimentado o forzosamente legitimado por doctrinas que si bien se enfrentan aún para conquistar la hegemonía sobre el pensamiento jurídico, proceden todas por igual de una racionalidad idealista⁴¹. Las fórmulas elaboradas por los partidarios del planteamiento crítico tienden objetivamente a obligar a tales doctrinas a confesar su implicación en la lucha ideológica y política, cosa que de hecho suelen procurar negar u ocultar (en particular por lo que hace al positivismo, e incluso al sociologismo). En este terreno, que constituye el telón de fondo o el condicionante rara vez admitido de las confrontaciones “científicas”, es donde estas tesis que proceden de los postulados del materialismo histórico desempeñan su indispensable misión perturbadora de las creencias relativas al derecho y al Estado, religiosamente conservadas por la enseñanza del derecho y en la formación de futuros juristas, tal como se practican en la mayoría de los países de nuestra área cultural.

Sin embargo, en el mismo instante en que se desarrollan estas fórmulas en el discurso pedagógico, doctrinal o teórico, es difícil no percibir el riesgo de que degeneren en una especie de interpretación “funcionalista” del derecho⁴², que probablemente favorezca la propia elección del concepto de “funciones del derecho”, aún así muy difícil de evitar. Da, pues, la sensación de que las explicaciones elaboradas en este proceso teórico de cariz materialista son casi demasiado convincentes, porque el orden normativo jurídico de un país como Francia y la representación de las cosas, representación que pretende imponerle a la vez que la alimenta, se revelan, en esta demostración, perfectamente adecuados para la permanencia del orden burgués. El caso es que el lugar y el papel de las categorías, instituciones y mecanismos jurídicos parecen entonces casi demasiado “evidentes”. Esta teorización global tan estética llega incluso a darnos la clave de su seductora coherencia explicando la funcionalidad de la mediación jurídica y de cada uno de sus innumerables instrumentos por medio de la “autonomía relativa” del derecho, especialmente autorizada por el alto grado de abstracción de las categorías y normas que constituyen el utillaje del derecho burgués (sin por ello regresar a una concepción instrumentalista de la normatividad jurídica).

Entiéndase que no se trata de una carencia o de una aberración de una construcción teórica de vocación totalizadora, sino de un riesgo al que nos

⁴⁰ En el sentido que Luis Warat da a esta expresión, es decir “de conjunto complejo de saberes acumulados que revelan las prácticas jurídicas institucionales, es decir, un conjunto de representaciones funcionales que provienen de los conocimientos morales, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profesionales y familiares, que los juristas aceptan en el marco de sus actividades diversas, a través de la dogmática jurídica, la teoría general y la filosofía del derecho” (“El sentido común teórico de los juristas” *Contradogmáticas*, 1/1981 (ALMED), p. 43 y sig.).

⁴¹ Según la afortunada expresión de Ricardo Fentelman, (*Introducción*, en AA. VV., *El discurso jurídico*, Hachette, Buenos Aires, 1982, p. 10).

⁴² Desde luego, sin confusión posible con el funcionalismo de un Luhmann, por ejemplo.

exponemos en su comprensión, por el mismo hecho de su aparente capacidad de explicar todo lo referente al derecho moderno. Riesgo, para empezar, de dar vueltas sobre lo mismo, repitiendo machaconamente algunas tesis, muy pertinentes sin duda, pero cuya condición de proposiciones teóricas relativas a la evolución y a la organización de la sociedad, su tendencia a finiquitar y, por consiguiente, su disposición a explicarlo todo llanamente, las convierten en insidiosos obstáculos para una auténtica investigación sobre las formas de actuar de este discurso, tan simple *a priori*, que es el orden jurídico. Riesgo también cuya percepción señala de esta forma la imperiosa necesidad de rebasar esas tesis, o por lo menos de pulirlas procurando delimitar cada vez más el juego concreto de las disposiciones normativas e instituciones jurídicas, es decir, la forma con que el derecho funciona efectivamente en la formación social considerada, exponiendo, siempre que haga falta, estas conquistas teóricas a los cuestionamientos y abriéndose, si es necesario, a las aportaciones de otras ciencias sociales cuya compatibilidad con el materialismo histórico no cabe verificar *a priori* (cosa obligada si se tratase de proteger una ortodoxia).

Es imperativo profundizar en estas tesis y rebasarlas a partir del momento en que ya no nos contentamos con determinar las “funciones” estructuradoras y reguladoras del derecho en las relaciones sociales, sino que insistimos en comprender *cómo* los mecanismos y las representaciones jurídicas organizan y regulan las relaciones empíricas de los individuos, grupos específicos y clases dentro de sociedades históricas. Es realmente un terreno en el que debe entrar la crítica del derecho si quiere progresar y no transformarse automáticamente en una especie de nueva dogmática totalmente desprovista de eficiencia crítica. Ya lo dijimos antes, pero nunca lo recalcamos suficientemente.

No obstante, resulta claro que al querer dilucidar el funcionamiento concreto de esta mediación sobre la que, hasta ahora, sólo se había teorizado, es decir examinado en su condición de mediación global, estructuralmente necesaria, nos salimos, querámoslo o no, de las aguas de la teorización materialista del derecho, tal como se han podido concebir hasta la fecha. De esta manera quedan trazadas las fronteras de lo que esta veta ha podido producir directamente, y la necesidad de plantearse otras problemáticas e instrumentos conceptuales, es decir, de tomar en cuenta e incluso continuar los esfuerzos teóricos ajenos a la tradición marxista. En el fondo, ¿no será que al romper amarras, esta práctica del planteamiento crítico del derecho, con su legítima pretensión científica, pero cuya envergadura y nivel de elaboración son aún muy modestos, no hace más que seguir, a su escala, ejemplos pasados en el campo del marxismo occidental⁴³? ¿No estará, por así decir, extrayendo las consecuencias, con el retraso habitual en los juristas (aun los deliberadamente “críticos”), del fraccionamiento de un marxismo que hoy se considera ya proveyecto⁴⁴? Siendo así, ¿no tienen ya

⁴³ P. Anderson, *Sur le marxisme occidental*, Maspéro, París, 1977.

⁴⁴ G. Labica, *Marxisme, Encyclopaedia Universalis*, suplemento, segundo volumen, París 1980, p. 921 y sig.

una importancia secundaria los eventuales reproches de que nos estemos exponiendo a adoptar los caminos de un cierto eclecticismo?

Se observará, en todo caso con interés, que esta necesidad, bastante generalmente percibida, creo yo, dentro de la corriente francesa, se manifiesta igualmente en otros países en los que han surgido, aunque no hayan recibido una expresión institucional como en Francia, movimientos de juristas que buscan comprender el derecho a partir del materialismo histórico o, por lo menos, tomando en consideración las refutaciones al pensamiento jurídico que implica. Sin duda el ejemplo más sobresaliente de los que conocemos es el de la corriente constituida desde hace algunos años en Argentina por algunos juristas y filósofos del derecho, que se identifican como partidarios de una "teoría crítica" transnacional en la que ocupa un notable lugar la asociación francesa "Critique du droit"⁴⁵. Según un autor representativo de este movimiento argentino, la labor que se asigna esta teoría crítica (abstracción hecha de la diversidad de tendencias perceptibles en su seno) es la de:

"crear un lugar, en el espacio de la problemática jurídica, en el que sea posible simultáneamente rebasar la racionalidad idealista sobre la que se apoyan las distintas escuelas del pensamiento jurídico tradicional, e impulsar el pensamiento jurídico materialista, con el fin de que no se vea reducido a un simple desmantelamiento de esa racionalidad. Se trata de aportar nuevas respuestas a las cuestiones relativas a la organización jurídica de las formaciones económico-sociales tal como las conocemos hoy y, yendo más allá, reformular interrogantes mal planteados y elaborar otros totalmente nuevos. De tal manera, la teoría crítica del derecho constituye, además de una crítica del idealismo jurídico, una alternativa frente a la concepción marxista del derecho tal como ha sido reformulada por sus teóricos más importantes, Pashukanis y Stucka"⁴⁶

Este rebasar los antecedentes materialistas consiste, ante todo, en concebir la práctica social específica y conflictiva que es el derecho como la de la producción de conocimiento sobre el derecho (porque el saber jurídico está cercano al poder en el Estado, y su dominio implica a menudo la ocupación de cargos de poder social) así como de la producción y la aplicación del derecho, y consiste también en considerar que la presencia de una tal práctica es mucho más que una representación imaginaria de las relaciones sociales. La autonomía de esta "instancia jurídica" (terminología que señala quizá la persistencia de una fuerte influencia althusseriana) que engloba al derecho como sistema normativo y los conocimientos producidos con respecto a él equivaldría también a una autonomía con relación a la "instancia ideológica" propiamente dicha, si partimos de que "lo jurídico es más

⁴⁵ Ver la presentación de esta "teoría crítica" que hace E. Entelman, "Nouvelles perspectives de la philosophie du droit en Amérique Latine", *Cultures*, Volumen III, núm. 2, UNESCO, Paris, 1982, p. 154 y sig. A pesar de las evidentes semejanzas, me parece algo aventurado hablar, aun hoy, de una teoría crítica implementada en varios países ("Algunas cuestiones. . .", *ibid.*, p. 73 y sig.).

⁴⁶ R. Entelman, "Nouvelles perspectives. . .", p. 155-156.

que el sistema de relaciones imaginarias que los hombres establecen con sus condiciones reales de existencia y los procesos particulares por los cuales la ideología jurídica se materializa en actitudes, hábitos, comportamientos regulados o instituciones específicas”⁴⁷.

Los conceptos no son exactamente los mismos que encontramos en la literatura crítica francesa, pero las concepciones son en el fondo muy parecidas, dado que su dimensión jurídica se considera igualmente consubstancial con las relaciones de producción del capitalismo. Sin embargo, la inquietud por ir en la comprensión de lo jurídico más allá de lo que ha ido la teorización marxista, aún en sus expresiones más elogiadas, se traduce, en los miembros de esta corriente argentina, en la aceptación de la especificidad y la legitimidad de una ciencia particular del derecho, relativamente autónoma frente a otras ciencias sociales, y que la teoría crítica debe a la vez reconocer como parte de su objeto concreto (ya que es un componente de la “instancia jurídica”) y emplear, por lo menos en alguna de sus herramientas teóricas, como una especie de “materia prima teórica (. . .), particularmente en relación al análisis del lenguaje jurídico y la cuestión del funcionamiento de las formas lógicas de ese lenguaje, como así también ciertas categorías y conceptos de la teoría general del derecho”⁴⁸. Esto se puede interpretar sea como el proyecto de cimentar y alimentar una práctica de uso alternativo del derecho⁴⁹, sea como la voluntad de examinar el funcionamiento concreto de la mediación jurídica de manera más profunda de lo que pretendió hacer una cierta tradición marxista, reconociendo a este respecto las virtudes hermenéuticas de una parte no despreciable de la producción teórica “burguesa”, o aún como la voluntad de realizar simultáneamente ambos proyectos, uno en el campo de la práctica jurídica, y el otro en el de su teoría. No obstante, también se observa —lo cual sin duda no deja de tener relación lógica con esta intención de centrar el análisis crítico

⁴⁷ *Ibid.* La crítica de la ciencia de los juristas, del saber jurídico, que fue tan sólo una especie de introducción a la producción teórica de la corriente “Critique du droit” en Francia, y que posee igualmente esta condición en los trabajos realizados en otros países (por ejemplo, O. Correas, *Introducción a la crítica del derecho moderno*, (Esbozo), U.A. Puebla/U.A. Guerrero, 1982), es el centro de las preocupaciones en trabajos de varios teóricos latinoamericanos, que abordan esta crítica desde el plano epistemológico (espec. E. Zuleta Puceiro, “Teoría jurídica y crisis de legitimación”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 2/1982, Buenos Aires, p. 289 y sig.).

⁴⁸ R. Entelman, “Introducción” en *El discurso jurídico*, menc., p. 12.

⁴⁹ Resulta curioso que esta doctrina estratégica, nacida dentro de un marxismo italiano particularmente vigoroso, (P. Barcellona, VV. AA., *El uso alternativo del derecho*, Bari, Laterza ed., 1973), y que halló un cierto eco en los países hispánicos (N. López Calera, N. Saavedra López, P. A. Ibáñez, *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia, 1978; E. Zuleta Puceiro, *Aspectos actuales de la teoría de la interpretación*, Valparaíso, Edecal ed., 1980, p. 55 y sig.) se ha desarrollado poco en Francia, exceptuando las reflexiones del Sindicato de la Magistratura sobre la posible práctica de los jueces, aparecidas después de la constitución de esta organización en 1968, o las tesis del sindicato obrero C.F.D.T., sobre “el conflicto de las lógicas” en los procesos relativos a las relaciones laborales. Como es sabido, esta doctrina ha sido muy objetada, precisamente cuando acontecimientos jurídicos de considerable importancia parecían verificar su pertinencia (N. López Calera, “El uso alternativo de la legalidad franquista y el nacimiento de la democracia española”, *Contradogmáticas* 2/3, p. 34 y sig.).

sobre las prácticas teóricas de los juristas y su “filosofía espontánea”— que el objeto de la “teoría crítica” en cuestión tiende, en su parte esencial, a convertirse en “el discurso jurídico”, en la medida en que el moderno concepto de *discurso* “permite pensar al derecho, y a las teorías producidas acerca de él, como un lenguaje en operación dentro de una formación social, produciendo y reproduciendo una lectura de sus instituciones que, a su vez, coadyuva ya a veces determina el comportamiento de las distintas instancias que la componen”, y en el que este discurso jurídico no es nada menos que una “parte preponderante del discurso del poder”⁵⁰. La crítica del derecho se convierte así en la crítica del “discurso jurídico en su calidad de discurso del Poder”, y en un poder que no es solamente aquel que el propio derecho expresa atribuyéndolo ostensiblemente a algunas instituciones públicas o sujetos privados: más allá de los poderes jurídicamente definidos como tal, es *el Poder* multiforme que el derecho, desde luego sin manifestarlo, difunde o alienta como principio definitivo de las relaciones que configuran la trama de nuestras sociedades. Resulta lógico, pues, que se encuentren muy solicitados los filones teóricos ajenos al materialismo histórico, aunque éste figure en su genealogía, entre los que sobresale la obra de M. Foucault; también se recurre sin vacilación a los planteamientos psicoanalíticos para intentar desarrollarlos y confrontarlos con los procedimientos más clásicos de la teoría del derecho⁵¹. Si, por una parte, la tendencia, en este caso como en el caso francés, es de un inevitable distanciamiento del *corpus* marxista, las investigaciones de quienes se identifican aquí con “*Critique du Droit*”, adoptan otros caminos.

B) Una renovada preocupación por la tecnología y el juego concreto del derecho

Sería de escaso interés dibujar un cuadro de los temas de que tratan las investigaciones de aquellas personas o equipos⁵² que hoy constituyen las fuerzas vivas de nuestro movimiento. Más cabe aquí hablar de la naturaleza o el tipo de las preocupaciones que son objeto de esos temas, haciendo hincapié, sin embargo, en que de un tiempo a esta parte se han manifestado sobre todo en grupos institucionalizados dentro del ámbito universitario, a veces muy vinculados al oficialísimo Centro Nacional de la Investigación Científica. En esta situación, a duras penas imaginable cuando se creó “*Critique du Droit*”, puede verse el signo de un reconocimiento limitado pero

⁵⁰ R. Entelman, *op. cit.*, p. 15.

⁵¹ Ver por ejemplo las contribuciones de E. Kozicki y E. C. Mari en la obra *El discurso jurídico*, cit. Esta problemática del discurso como discurso de un poder multiforme ha acaparado gran parte de los debates del reciente seminario “Derecho y Democracia” celebrado en Buenos Aires en el marco del grupo “Derecho y Sociedad” del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO, abril, 1985).

⁵² Sobre todo el Centro de Epistemología jurídica y política de la Universidad de Lyon-II, el Centro de estudios y de investigaciones sobre la teoría del Estado de la Universidad Montpellier-1, el Centro de investigaciones críticas sobre el derecho de la Universidad de Saint-Etienne.

real de la legitimidad del planteamiento de lo jurídico que hace esta corriente⁵³. Se trata también de la traducción concreta de esa voluntad, antes recalcada, de no aferrarse a tesis aún demasiado generales, aún burdas y susceptibles de interpretación dogmática, que bastaría con ilustrar, sino que se trata de llevar a cabo una paciente reflexión, alimentada sin restricciones con trabajos empíricos sobre una gran variedad de objetos, a veces muy técnicos, con el fin de esclarecer más toda la complejidad de esta forma realmente singular de mediación de las relaciones sociales.

Para dar una idea de la orientación general de estas investigaciones actuales, se podría decir que se centran en la tecnología y la práctica de la regulación jurídica a partir de temas cuya exploración parece permitirnos progresar en el conocimiento de sus modos de acción. Así pues, no se trata ya de construir o reconstruir una verdadera teoría general, en la medida en que la suma o la combinación de estos temas no cubre el conjunto de aspectos sobre los cuales los sistemas normativos históricamente calificados de “jurídicos” y los conocimientos producidos con relación a ellos participan en la socialización de los individuos⁵⁴.

Por ejemplo, la cuestión de la “representación”, término que designa a la vez una categoría técnica del derecho contractual, de las incapacidades o del régimen de la personalidad jurídica llamada moral, y mecanismo esencial de nuestros órdenes político-jurídicos, es el meollo de varias investigaciones o reflexiones. Incluso se ha sugerido la constitución de una antropología jurídica de la representación, respaldada por la “actualización de los mecanismos gracias a los cuales lo que no es más que producción histórica consigue presentarse disfrazado con apariencia de evidencia y de racionalidad abstracta, adquiriendo por lo mismo una legitimidad cultural capaz de mantenerlo a título de institución”, tal como lo ilustra el ejemplo de nuestras democracias representativas “que se presentan menos como productos de la historia que como efectos de una libre elección racional”. Es así hasta tal punto —y esta es la hipótesis— que esta problemática típicamente jurídica que es la representación de individuos o de grupo, por medio de otros sujetos, proporciona tal vez el molde de los esquemas por los cuales “nos representamos” nuestras relaciones en el sistema político-jurídico⁵⁵.

⁵³ Reconocimiento desde luego vinculado a la evolución de la política de investigación pública a partir de 1981 (ver *supra*) que, en el ámbito jurídico, intenta establecer prioridades y respetarlas y que tiende a devolver su lugar a las investigaciones de tipo fundamental. Se observará que las organizaciones universitarias de derecho sólo ven en esta evolución la “politización” de los grandes organismos públicos de investigación.

⁵⁴ Es notable el hecho de que el papel de la ciencia jurídica (la dogmática y la teoría del derecho) y de su transmisión a través de la universidad en el “control social” sea a veces reconocido incluso fuera de las corrientes críticas influenciadas por el materialismo histórico (R.J. Vernengo, *Curso de teoría general del derecho*, segunda ed., Depalma, Buenos Aires, 1985, *passim* y espec. p. 170). En todo caso, no es nada propio del pensamiento jurídico francés dominante.

⁵⁵ J. Michel, “Pour une anthropologie juridique de la représentation”, *Process*, nos. 11/12, 1983 (Paris-Lyon), p. 13 y ss.

Las coordenadas de otras investigaciones en curso parecen aún más significativas de esta tendencia, ahora dominante en el ámbito de "Critique du Droit", a tomar los distintos aspectos técnicos de la regulación jurídica como objetos concretos de reflexiones que permiten a la vez ir más allá de aseveraciones aún demasiado generales, cuyos escollos y peligros hemos ya señalando, y romper con el discurso de tipo positivista, tomando el análisis y la descripción de la técnica jurídica como un conocimiento científico del derecho en su calidad de dimensión de un "todo social". Me refiero aquí a las investigaciones relativas a las modalidades de la producción social de las normas jurídicas⁵⁶, a la extensión de sus dominios, a los instrumentos de que se provee el orden jurídico (técnica de la norma, y también de la decisión; tanto la de las categorías jurídicas como la de las nociones-marco o de los "conceptos blandos" que se suelen percibir como una degeneración de la forma jurídica), a los "lugares" que establece para la formalización y el tratamiento de los conflictos, así como a las prácticas observables en estos lugares, especialmente aquellas en las que hay una gran variación de aplicaciones o de invocación de las reglas o derechos subjetivos. Se trata, en cierta forma, de hacer que el planteamiento crítico pase por el estudio cuidadoso de la tecnología y de la práctica del sistema de derecho.

En el principio de la elección de dar preferencia a tales objetos, reside la idea de que, para explicitar la forma en que se opera la mediatización jurídica de las relaciones sociales, es imposible limitarse a afirmar que el orden normativo llamado "derecho" se ocupa por entero de prescribir conductas, de forma que pudiera ser casi inmediatamente reducido a un orden restrictivo. Esta concepción se favorece con la demasiado frecuente confusión de la norma, el imperativo y la decisión, y se alimenta asimismo con la igualmente trivial asimilación de la actividad jurisdiccional con una aplicación particular, individual, de las normas pre-planteadas y unívocas. Ante estas confusiones, atribuibles seguramente al "sentido común teórico de los juristas" respaldado por sesudas construcciones teóricas⁵⁷, creemos que, para ahondar en la especificidad de la regulación jurídica, hay que tener escrupulosamente en cuenta sus procedimientos técnicos, es decir, el hecho de que pasa por la formulación y el juego de reglas que no siempre tienen por objeto conductas y que, cuando es así, permiten o habilitan acciones o actos de la misma forma que prescriben o prohíben otros comportamientos y, lo que es más, distribuyen prerrogativas o garantizan zonas de relativa autonomía a los sujetos⁵⁸. Todos estos son datos que revela una observación simplemente respetuosa de la forma fenoménica de ordenes jurídicos como el francés y que, de entrada, impiden que se confunda este derecho

⁵⁶ La nueva serie de la colección "Critique du droit" se iniciará, significativamente, con la próxima publicación de una obra consagrada al fenómeno jurisprudencial (E. Severin, *La jurisprudence en droit privé: théorie d'une pratique*, Presses universitaires de Lyon, aparición a fines de 1985).

⁵⁷ Nos referimos al normativo kelseniano, a la teorización procedente de la filosofía analítica (a pesar del esfuerzo de reajuste de H.L.A. Hart), etc.

⁵⁸ Ver los elementos de un análisis propuestos en el estudio "Pour une réflexion sur les mutations des formes du droit", *Procès*, 9/1982, (Lyon), p. 5 y sig.

con una simple disciplina, es decir con un método igualmente normativo de “control minucioso de las operaciones del cuerpo” que tiende a imponer a sus fuerzas una “relación de docilidad-utilidad”⁵⁹. Tanto más cuanto que la pertenencia de normas a lo que en las sociedades de nuestra era cultural llamamos derecho, tiene como consecuencia que su sentido, su alcance y la configuración que imponen en cada situación concreta a las relaciones entre los protagonistas puede discutirse —tanto bajo la forma de una discusión de los hechos como de un debate sobre la positividad, la pertinencia y la interpretación de estas mismas reglas— de una forma en principio contradictoria en el marco de un proceso (en su sentido más amplio), incluso en el caso de las normas penales.

Es evidente que el esclarecimiento de las funciones del derecho y de sus formas de desempeño no puede tener un conocimiento imperfecto de estos datos tecnológicos, ni economizar en sus análisis, que requieren en parte la observación empírica de las prácticas de los sujetos en relación con la normatividad vivida como jurídica. Y con mayor razón cuanto que es muy tentador para quien pretende demostrar la participación del derecho en la constitución y la preservación de una sociedad inherentemente desigualitaria, apropiarse de esta concepción sincrética del orden jurídico como orden restrictivo⁶⁰ para confortarlo un poco más en detrimento de una comprensión menos seductora sin duda, pero mucho más exacta. Esta exigencia de rigurosa consideración de la tecnología del derecho contemporáneo es particularmente indispensable cuando, tanto en Francia como en otros países, presenciamos una notable moda de especulaciones sobre cambios radicales que podrían afectar a las formas de los sistemas jurídicos. Nos referimos tanto a la profusión de una reglamentación jurídica en perpetuo crecimiento que tiene la pretensión de abarcar todos los aspectos de la vida social, como a las reordenaciones de las fuentes formales de las normas (relativo retroceso de la legislación en provecho de la reglamentación, y también de la producción estatal de normas en provecho de la negociación colectiva) y de su precisión (desarrollo cuantitativo de las nociones-marco y demás nociones jurídicas desprovistas de una comprensión determinada o única), y sobre todo, a la transformación de las formas de tratamiento de los conflictos. Se suele “filosofar” sobre la degeneración o la perversión del Estado de derecho por la inflación de la normatividad jurídica, sobre la tendencia (bastante manifiesta en el caso francés) a la multiplicación de los nuevos derechos, más o menos determinados y, por ello, desprovistos de consistencia, de sentido y de utilidad, o sobre los fenómenos llamados de “deslegalización” o “desjuridización”, y aún de “desjudicialización” generados en muchos países por el desarrollo, espontáneo o provocado por el propio derecho estatal, de las alternativas frente al modo jurisdiccional-estatal de la solución de los litigios (desarrollo del arbitraje, de las concilia-

⁵⁹ Según M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, París, 1975, p. 139.

⁶⁰ Como parece hacerlo J. Chevallier, “L’ordre juridique”, en *Le droit en procès*, P.U.F., París, 1983, p. 7 y sig.

ciones o mediaciones) así como por una transformación supuestamente decisiva del papel del juez. Si bien la realidad de muchas de las evoluciones que suscitan tales análisis no es discutible, sí resulta asombroso el carácter apresurado de las teorizaciones ambiciosas a que han dado lugar, la embarazosa imprecisión de los conceptos empleados (“deslegalización”, “desjuridización”, o “normalización”), que suelen ir aparejados a una pasmosa ausencia de análisis de las innovaciones jurídicas concretas que se pretende explicar. Como que las tendencias críticas están de por sí muy tentadas por este tipo de discurso que propicia nuevos avances sobre una supuesta crisis de la juridicidad burguesa, se impone particularmente el rigor teórico del análisis de los instrumentos de los sistemas jurídicos contemporáneos si queremos determinar con acierto las mutaciones conjeturadas de la regulación jurídica de nuestras sociedades complejas, que no se trata ya de negar por principio⁶¹ ni de afirmar precipitadamente siguiendo de forma más o menos consciente una moda intelectual. Por ejemplo, y razonando sobre el caso francés, no se puede negar que resulta efectivamente paradójico ver, como quien dice, levantar el acta de defunción del Estado de derecho por motivo de una inflación normativa que no tiene nada de nuevo, precisamente cuando constatamos la extensión del sometimiento de varios poderes privados o públicos a normas de naturaleza jurídica, o la trivialización de la discusión, en cuanto a la legalidad o las normas constitucionales, de las legislaciones reformadoras⁶². Es natural, pues, que quepa dudar un poco antes de afirmar categóricamente una “desjudicialización”, entendida como una especie de subversión del coto hasta entonces reservado a la justicia clásica, estatal y jurisdiccional, a manos de la “justicia informal”, cuando se trata de explicar la relativa multiplicación de instancias del tratamiento de conflictos cuya observación revela que son lugares de prácticas muy marcadas por referencias al derecho (y a los derechos de los protagonistas)⁶³. Podrían darse muchas otras ilustraciones de las lagunas de estas teorizaciones improvisadas que florecen hoy para explicar que la legalidad de los países del centro capitalista ya no es en modo alguno lo que era. La producción de un conocimiento crítico de este derecho no puede conformarse con tan poco.

No obstante, esta evocación del cambio de orientación de las inquietudes de quienes hoy se identifican con “Critique du Droit” sería incompleta si no subrayáramos la consecuencia de la aceptación hoy ya más clara de las relativas ventajas del Estado del derecho, aceptación que, como ya hemos dicho, debía mucho a los contactos establecidos con juristas de países por mucho tiempo sometidos a sistemas autoritarios. Hoy ya nadie duda (a la

⁶¹ Ver, a propósito, la problemática del estudio “Pour une reflexion sur les mutations des formes du droit”, ya mencionada.

⁶² A. Jeammaud, “La démocratisation de la société à la merci des ambiguïtés de l’Etat de droit (a partir de l’expérience française)”, Seminario “Derecho y Democracia”, CLACSO, Buenos Aires, abril 1985 (próx. publicación).

⁶³ Tal como lo señala un estudio de sociología jurídica actualmente en curso en el Centro de investigaciones de la Universidad de Saint-Etienne sobre “los modos de aplicación del derecho en el tratamiento de los conflictos”.

espera de que se verifique la decadencia del derecho) de que hay que tomar partido acerca de lo que puede ser el derecho reconociendo plenamente que el sistema jurídico de un Estado (capitalista o supuestamente socialista) no es necesariamente equivalente al de cualquier otro Estado, de que hay que tomar partido, a pesar de todos sus límites y de la dominación que autoriza o legitima, en favor del Estado de derecho contra el Estado autoritario. Ello devuelve su lugar, en el terreno de las corrientes críticas de inspiración marxista, a las reflexiones y a las elecciones que son lo propio de la filosofía del derecho⁶⁴. Por otra parte, no deja de ser interesante observar que esta toma de posición clara en favor del Estado de derecho (burgués)⁶⁵ converge con la de los juristas de otros países cuyos planteamientos críticos son muy semejantes a los de la corriente francesa⁶⁶ ¿No se trata, ciertamente, de la opción que hoy es prioritaria en la situación del mundo que conocemos?

⁶⁴ N.M. López Calera, *Introducción al estudio del Derecho*, Ed. Don Quijote, Granada, 1981, p. 65 y sig.

⁶⁵ A. Jeammaud, "Algumas questões. . .", ya mencionado.

⁶⁶ C.A. Plastino, "Etat du droit et droits de l'homme dans le capitalisme périphérique", *Procés*, 10/1982, (Lyon), p. 91 y sig.; O. Correas, "La democracia y las tareas de los abogados en América Latina", *Crítica jurídica*, 1/1984, (Puebla-Zacatecas), p. 51 y sig., especialmente p. 53 y sig.