

## **Reseña bibliográfica:** *La crítica radical del Derecho\**

SOFÍA AGUILAR

El libro *La crítica radical del Derecho* es una reciente publicación de Eudeba en el contexto de su colección Materiales de Cátedra. Este trabajo encuentra sus raíces en los estudios posdoctorales del autor y en los desarrollos producidos en el contexto de los proyectos de investigación que dirige.

En este libro el autor se pregunta por el concepto de crítica, explorando sus raíces históricas y los sentidos técnicos que se le atribuyen en el campo de la filosofía y de la teoría política en general, y en particular en la filosofía del derecho y la teoría del Estado.

Su objetivo principal es plantear las bases teóricas que posibiliten un programa de crítica radical del Derecho y sus compatibilidades y complementariedades con el concepto kelseniano de Estado y de derecho.

Para ello, primeramente realiza un análisis semántico de los términos “iusnaturalismo”, “iuspositivismo” y “crítica”. D’Auria señala que dado que estos vocablos suelen emplearse de formas multívocas, vagas o contradictorias, suelen convertirse en objeto de extensas discusiones.

Es por esto que dedica el primer capítulo a retomar y sistematizar los diversos sentidos que se les asignan a estos términos, expresando sus acuerdos y diferencias y explicitando sus definiciones así como los puntos de partida epistemológicos y metodológicos que cimentarán el resto de la obra. En su búsqueda de claridad para una mejor comunicación, se sirve de una analítica conceptual que le permite mostrar las confusiones vigentes y limitarlas o eliminarlas en su trabajo. A su vez, recurre a la genealogía para mostrar las emergencias discursivas, las luchas

\* Aníbal D’Auria, Eudeba, Buenos Aires, 2016.

por la apropiación de sentidos y las transformaciones históricas de la noción de “crítica” en el campo de la filosofía y la teoría social.

D’Auria indica que el término “iusnaturalismo” suele entenderse en muy variados sentidos. En forma muy general se lo emplea para referirse a cualquier discurso normativo sobre cómo debería ser el derecho. Considera que esta acepción es científicamente inútil por ser excesivamente amplia. En otro sentido, también el término se utiliza como sinónimo de las teorías políticas contractualistas; pero esto es impreciso en tanto que no es posible abarcarlas a todas desde esa etiqueta lingüística. En una tercera acepción, que considera más técnica, el término se emplea para designar una suerte de metafísica idealista y platónica acerca del derecho. Por último, en un cuarto sentido, el término también puede designar una confusión lógica entre el uso informativo del lenguaje y su uso normativo, constituyendo una falacia. Según D’Auria, la ciencia en sentido moderno implica necesariamente una separación conceptual entre descripción y valoración o entre la explicación y la prescripción y es por ello que esa falacia no puede tener lugar dentro de un discurso científico del derecho. Todo esto no obsta para que pueda desarrollarse una teoría de la justicia que revista interés académico filosófico. Es así que para el autor no es posible asociar el término “iusnaturalismo” a la producción de un discurso científico jurídico, aunque sí a la producción de un discurso filosófico sobre la justicia.

Por otro lado, para D’Auria, el uso del término “iuspositivismo” también implica equívocos debido a la multiplicidad de sentidos que se le atribuyen. El “Iuspositivismo” puede definirse como un aparato conceptual técnico posibilitante de sistematización, explicación, descripción y comprensión del ordenamiento jurídico. Sin embargo, se lo suele confundir con los conceptos de legalismo moral o “positivismo ético” cuya función es normativa. El “iuspositivismo” busca dejar de lado los juicios de valor y las preferencias morales del observador, operando descriptivamente. También puede concebirse como un método que consiste en estudiar el derecho como un fenómeno fáctico, en su positividad. D’Auria coincide con Bobbio cuando indica que aceptar el método positivista no implica necesariamente aceptar la teoría iuspositivista y considera que la ciencia del derecho solo es posible desde el iuspositivismo metodológico. Esta acepción de iuspositivismo en sentido metodológico es central

en la obra porque es la que le permitirá al autor esbozar un programa radical de Crítica del Derecho.

Finalmente, en el primer capítulo el autor busca también delimitar los sentidos que se le asignan al término "Crítica". Indica que en un uso no técnico suele designar algún tipo de discurso valorativo negativo respecto de su objeto. Otro de sus significados puede implicar una objeción fundamentada o argumentada respecto de un discurso o una acción. Desde esta definición, la crítica no puede ser patrimonio de ninguna escuela filosófica o intelectual en particular. En un sentido más específico, el término se emplea para designar un examen criterioso, analítico, detallado e interpretativo del objeto delimitado. También puede entenderse "crítica" como un tipo de discurso o punto de vista alternativo a otro discurso (supuesta o realmente) hegemónico. Por último, llama "Crítica en sentido técnico-filosófico" a un tipo de reflexión filosófica o de indagación científica que apunta a mostrar las condiciones de posibilidad y los supuestos no explícitos de ciertos discursos o de determinadas instituciones. En este último sentido, estrictamente técnico, "crítica" sería una observación de segundo grado, es decir: no se trata del regreso a la confusión entre el uso informativo y el uso normativo del lenguaje, característica del pensamiento precientífico, sino que más bien se trataría de una radicalización del discurso científico. Es un discurso informativo de segundo grado, que busca explicitar las condiciones de posibilidad, los supuestos o prejuicios que determinan la emisión o aceptación de otro discurso previo. Así, la crítica viene a desenmascarar la pretendida universalidad y atemporalidad de los discursos e instituciones. Ella tiene el potencial de historizar y relativizar, mostrando cómo su objeto es contingente y no universal ni inmutable. En estos términos, la crítica en el campo del derecho puede dirigirse tanto al derecho como a la ciencia del derecho y exponer sus presupuestos implícitos así como sus condicionantes epocales y contextuales.

Como vemos, el autor realiza un recorrido y una sistematización que nos permite ver la vaguedad y polisemia que rodean a los términos previamente analizados, y su esfuerzo analítico nos permite conocer de forma sistemática y clara las discusiones centrales del campo al respecto.

La propuesta de D'Auria implica un cambio de vocabulario para el campo académico del estudio del derecho. A lo largo de su trabajo, el

autor llama “preferencias ético-políticas” a aquellos discursos normativos (lo que incluye tanto al derecho positivo como a cualquier otro discurso acerca de cómo debería ser el derecho positivo). Llama “Ciencia del Derecho” a todo discurso descriptivo-explicativo o descriptivo-comprensivo acerca del derecho vigente en cierta sociedad. Y denomina “Crítica del Derecho” a todo discurso informativo acerca de las condiciones implícitas o presupuestos que determinan a cierto derecho vigente y a la Ciencia del Derecho que pretende describirlo y explicarlo. Define la “Ciencia del Derecho” como un tipo de discurso no normativo sino informativo acerca del derecho positivo, diferenciándola de la “Crítica del Derecho en sentido técnico-filosófico”, la que sin ser incompatible con la primera, puede dirigirse tanto al Derecho como a la Ciencia del Derecho.

Durante este primer capítulo, el autor muestra de forma ordenada y clara las discusiones terminológicas centrales del campo y nos brinda las definiciones que le permitirán avanzar en su hipótesis.

En el segundo capítulo nos presenta una “Genealogía de la Crítica” que explora la emergencia del uso del término como lo entendemos en sentido técnico. Sostiene que no es contingente el lazo que une a la Crítica como modo de reflexión e indagación con la Modernidad, y específicamente con la Ilustración, la razón científica y la idea de historia que surge luego de la Revolución Francesa. Esto es así porque es en la Modernidad que se tiene por primera vez conciencia histórica.

Realiza un recorrido rastreando los primeros usos de la crítica en su sentido técnico, yendo desde Kant a Feuerbach, Marx y la Sociología del Conocimiento de Mannheim, y desde Marx y la Sociología del Conocimiento de Mannheim a la Teoría Crítica de Horkheimer, llegando a Habermas, quien introduce las ideas de racionalidad comunicativa y racionalidad instrumental y la tesis de que la Modernidad es inherente a la Crítica y la Crítica es inherente a la Modernidad.

Centralmente, a lo largo del capítulo, explora los lazos que unen a la Crítica con la razón moderna, y específicamente con el programa filosófico de la Ilustración. Su conclusión es que esos lazos no son accidentales sino que el pensamiento crítico es constitutivo de la misma Modernidad, la cual se muestra, a su vez, como condición de posibilidad de toda Crítica. Este segundo capítulo del libro termina con la distinción

de dos variedades del concepto técnico de crítica: uno de mínima y otro ampliado con un elemento normativo.

En el tercer capítulo, el autor se pregunta por la recepción del término en las diversas escuelas de crítica jurídica y busca examinar en qué sentido lo entienden algunos de los principales exponentes de estas escuelas. Se propone determinar si es que estos autores comparten algún sentido del vocablo y, en todo caso, cuál.

Analiza la crítica jurídica en la Argentina desde las posiciones de Carlos Cárcova, Alicia Ruiz y Mario Entelman. Para analizar la crítica jurídica en los Estados Unidos elige a Duncan Kennedy. Selecciona a Antonio Wolkmer como representante de la crítica jurídica en Brasil. Y para la crítica jurídica en México estudia el pensamiento de Oscar Co-reas.

Sus conclusiones son que no parece haber entre los representantes de la crítica jurídica un empleo explícito, compartido y técnico del concepto de crítica. Para D'Auria, en este colectivo académico reina la confusión y vaguedad terminológica en relación con el concepto que reivindican como unificante. Esto impide considerar la crítica de forma genérica como una teoría o como un paradigma. Solo implícitamente parecen compartir algún sentido técnico del término.

Por otro lado, hay coincidencia e insistencia por parte de estos juristas en la necesidad de la interdisciplinariedad para la crítica del derecho. El autor considera que ello muestra que un programa de Crítica del Derecho no puede limitarse a la indagación de las condiciones de posibilidad de la Ciencia del Derecho, sino que debe preguntarse por las condiciones de posibilidad del derecho mismo. Para esto requiere tomar herramientas de otras disciplinas de las ciencias sociales.

De su análisis concluye que aunque todos esos autores insistan en superar el positivismo metodológico con algún compromiso ético-político explícito, no existe entre ellos un ideal ético-político claro y compartido o una teoría de la justicia que se configure como un presupuesto normativo común al colectivo sino que existen diferencias e incluso contradicciones entre los autores al respecto. Incluso si existiera un consenso al respecto no podríamos derivar de ello una teoría científica.

Es por eso que en el capítulo cuarto, y como conclusión, el autor intenta esbozar un programa de Crítica Radical del Derecho que sortee las debilidades y las limitaciones previamente expuestas.

Existe una tensión que atraviesa el concepto de crítica en tanto que esta presupone que todo sentido está condicionado o determinado históricamente y, a su vez, que la historia misma tiene un sentido, un curso predeterminado. Esta tensión es la que permitió que la crítica del siglo XIX cuestionara el *statu quo* postulando al mismo tiempo un modelo de orden alternativo. La historia de la Modernidad se encuentra signada por este pivoteo. Pero entonces, D'Auria se pregunta si es posible un programa de Crítica que no corra riesgo de convertirse ulteriormente en la ideología de un nuevo *statu quo*. Y en tanto que el autor presupone que no es posible renunciar a toda pretensión de validez, se pregunta por la clase de universal que supone una Crítica que pueda cuestionar recurrentemente la contingencia de lo fáctico-positivo sin traicionarse eventualmente a sí misma, tornándose "ideología" del orden alternativo. La respuesta se encuentra en postular un universal nunca afirmativo, es decir, que no tenga la forma de una preferencia ética normativa sino la de un universal negativo, entendido como un supuesto epistemológico. Sería un universal libertario (intuido por el anarquismo) el que encerraría todo el potencial crítico universalista que no puede contener ningún otro ideal social. Sin embargo, no es el objetivo del autor postular el universal libertario como ideal ético-normativo sino como un supuesto epistemológico contrafáctico que permita un programa de crítica radical del derecho y del Estado. Este universal libertario implica presuponer que toda institución jurídica, que todo orden y que toda preferencia ético-política es siempre susceptible de indagación crítica, pues ninguno de ellos escapa a la contingencia de las condiciones históricas que los determinan y condicionan.

Es interesante que el anarquismo metodológico, entendido como Crítica del conocimiento, se encuentra ya esbozado en la obra de Kelsen, y si bien la propuesta de D'Auria es incluso más radical, en ambos el anarquismo metodológico no es una preferencia normativa, sino el punto de partida de toda indagación crítica en sentido estricto respecto del derecho. El autor considera que si un programa tal de Crítica radical es posible, lo es a partir del camino que despeja la teoría pura de Kelsen

y los aportes epistemológicos que este realiza a nuestra disciplina. Para D'Auria, un programa de Crítica Radical del Derecho problematiza la raíz del derecho, es decir, su carácter coactivo, y se pregunta también sobre las condiciones sociales que hacen posible que exista un orden coactivo, cualquiera fuera, así como si existe una suerte de ideología de la coacción y en todo caso sobre qué prejuicios y supuestos implícitos se apoya.

*La crítica radical del Derecho* es un texto integral, sistemático y minucioso que aborda temas y problemas centrales de la ciencia jurídica, desde una perspectiva novedosa y reflexiva, otorgándonos algunas respuestas pero sobre todo asentando nuevos puntos de partida para la reflexión y la producción y la enseñanza en nuestro campo.

Fecha de recepción: 4-4-2017.

Fecha de aceptación: 11-4-2017.