

## ACERCA DE LAS FUNCIONES DEL DERECHO\*

Carlos María Cárcova\*\*

### I. Estado de la cuestión

En 1973 se celebró en Madrid un Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, dedicado centralmente a la problemática de la “función del derecho”. Tal acontecimiento marcó un nuevo ángulo de preocupación del que, sin duda, eran precedentes los trabajos de Nicklas Luhmann de 1970 —en un volumen colectivo— y de 1972 en su “Sociología del Derecho”, y de Norberto Bobbio, entre otros, en su ensayo “Sobre una teoría funcionalista del derecho”, publicado en 1971, en Buenos Aires.

En trabajos anteriores, de 1964 y de 1969, Bobbio se había detenido en algunas cuestiones tales como las de las sanciones positivas o los fines promocionales del derecho, que insinuaban el desarrollo más completo que encararía posteriormente en su ensayo “El analista funcional del derecho”, publicado en la recopilación a cargo de Alfonso Ruiz Miguel (Fernando Torres Editor—Barcelona 1980), y en el que no sólo fórmula un prolijo inventario de las principales cuestiones implicadas por este enfoque, sino que propone además una sistemática de las funciones y plantea la necesidad de integrar a los tradicionales análisis de corte estructural, los provenientes de una perspectiva funcional.

En 1973, también J. Raz había encarado el análisis de las funciones del derecho y propuesto una clasificación. (*Oxford Essays in Jurisprudence*, University Press, reproducido en *La Autoridad del Derecho*, UNAM.)

\* Ponencia en el *Coloquio Internacional sobre Teoría Jurídica contemporánea*, Universidad Autónoma de Puebla, sept. 1987.

\*\* Universidad de Buenos Aires.

Resultará interesante, según creemos, comparar estos puntos de vista, no sólo por el prestigio alcanzado por los autores citados, sino también por la circunstancia de que pertenecen a tradiciones intelectuales diversas, lo que hace más interesante el registro de los numerosos puntos de contacto existente en sus respectivos enfoques.

Previamente, es necesario formular algunos señalamientos.

Como sostiene Raz, esta noción ha sido descuidada por la filosofía jurídica, pese a su obvia importancia. ¿Qué razones explican que los iusfilósofos contemporáneos de mayor prestigio, se hayan detenido exhaustivamente en cuestiones como la completitud del orden jurídico, o la distinción entre regla y norma, y no se hayan formulado *además* preguntas tan elementales cuanto significativas, del tipo: qué fines cumple el derecho, para qué sirve, cuál es su utilidad o su función en una determinada estructura social?

Habría que buscar la respuesta quizás en cierta tradición positivista (de Ihering a Kelsen) para la que la especificidad del derecho consiste en su carácter instrumental, en la autonomía de una estructura respecto de cualquier fin específico. Se trataría de atender a la *forma* en que ciertos fines son perseguidos y no a los fines mismos, que pueden ser variados y contingentes. Por otra parte los fines en cuestión pueden ser también obtenidos por otros medios (religión, moral, usos, publicidad, etc.).

Es claro que esta manera de pensar descansa en algunos presupuestos que hoy están en crisis, tales como los de la pureza metódica o la idea de que el fenómeno se agota en sus aspectos exclusivamente normativos o la noción de norma fundamental, como fundamento del orden jurídico.

Es también claro que el papel del derecho se aísla así, artificialmente, del papel que cumplen otros discursos sociales que están entramados con él.

La forma en que ciertos fines se persiguen está definida por esos mismos fines. La idea de forma o instrumento, en relación con la vida social, está preñada de historicidad y precisamente a partir de su historicidad es como puede apprehenderse su sentido.

Si el derecho —y pongamos en cuestión desde ya que este fenómeno sólo posea una dimensión normativa— tiene un carácter instrumental, parece necesario interrogarse sobre qué tipo de instrumento es, quiénes lo usan y para qué finalidades.

Pese a la señalada renuencia positivista, los iusfilósofos han intentado siempre alguna respuesta, o han trabajado con algún paradigma funcional implícito. Pueden resultar interesantes en este sentido, las citas que de Pound, Fuller, Kelsen o Hewellyn, contiene el trabajo de Raz, o las de Summers, Recasens Siches, Vilhern Aubert, Schurt, etc. que se mencionan en el ensayo de Bobbio.

Tradicionalmente se han privilegiado ciertas funciones: la de prevenir y reprimir los comportamientos desviados, por una parte, y la de impedir el nacimiento de conflictos o, en su caso, proveer medios para su pacífica resolución, por la otra.

Hoy se advierten otras finalidades, tan importantes como las anteriores y que también son servidas por el derecho, tales como las de repartir los recursos disponibles (función distributiva), o atender al estímulo, a

la incentivación de ciertas conductas, atribuyendo consecuencias jurídicas a la observancia de la ley y no exclusivamente a su inobservancia (función promocional).

## 2. Su interés actual

El creciente interés que la problemática de las funciones despierta en la actualidad, no puede explicarse adecuadamente sin mencionar los esfuerzos que en este sentido han desarrollado las orientaciones sociológicas y antropológicas en el campo de la investigación jurídica, por una parte, y los aportes de la filosofía marxista, por la otra.

Los autores de orientación sociológica han centrado su atención, desde hace muchos años, en la relación entre el derecho y el cambio social para indagar, desde su perspectiva, si este subsistema amplía funciones exclusivamente conservatistas o si, por el contrario, impulsaba el progreso y la transformación del sistema social. Por su parte, los autores marxistas han insistido y desarrollado la idea de que el derecho, en cuanto ordenamiento coactivo, cumple la función de asegurar y mantener las condiciones de dominación de la clase hegemónica en cada formación social dada. En este campo, sin embargo, es donde se registran novedades teóricas de mayor envergadura a partir de los años sesenta y en buena medida tanto por la influencia de la obra althusseriana como por la re-lectura de la obra gramsciana. El reduccionismo economista, el político (reflejo de la estructura, voluntad de la clase dominante), han quedado severamente cuestionados y se han abierto líneas más sistemáticas y comprensivas (De Cerroni a Poulantzas y de Barcellona a Miaille).

Otro argumento enderezado a destacar la importancia del análisis funcional, radica en lo que algunos autores —Bobbio entre ellos—, señalan como característica del proceso de tránsito del Estado liberal al Estado social de derecho o Estado de bienestar, en otras denominaciones. Lejos de perder funciones, el Estado ha adquirido nuevas y complejas responsabilidades, sea en la realización de finalidades de interés común, no resueltas en el seno de la sociedad civil (actividad subsidiaria), sea en el desempeño de roles gestionarios, promotores y asegurativos. En tal contexto los instrumentos jurídicos y la finalidad de su uso, adquieren significativa importancia.

Pese a lo expresado hasta aquí, no es mucha la claridad aportada, todavía, por el análisis funcional, lo que seguramente tiene sus explicaciones. Por lo pronto, ¿en qué nivel se instala este análisis? ¿Se trata de encontrar notas específicas que corresponderían a cualquier organización jurídica? ¿Se trata de pensar a las funciones desde la perspectiva del Estado o desde la sociedad civil? ¿Se trata de identificar fines intermedios o fines últimos del derecho? ¿Cómo definir, por otra parte, el objeto derecho? ¿Se agotan sus objetivos en el establecimiento de un universo finito de prohibiciones, o además el derecho promueve, dispone y organiza conductas sociales con sentido positivo? Las definiciones que tenemos a la mano son aún en extremo heterogéneas y contienen equívocos semánticos.

En los párrafos que siguen intentaré exhibir de manera sinóptica, las clasificaciones de Raz y de Bobbio, y a partir de ciertas observaciones críticas que ellas me sugieren, proponer algunos puntos de partida para el análisis funcional que, a mi juicio, enriquecerán teóricamente sus futuros desarrollos.

### 3. La clasificación de Raz

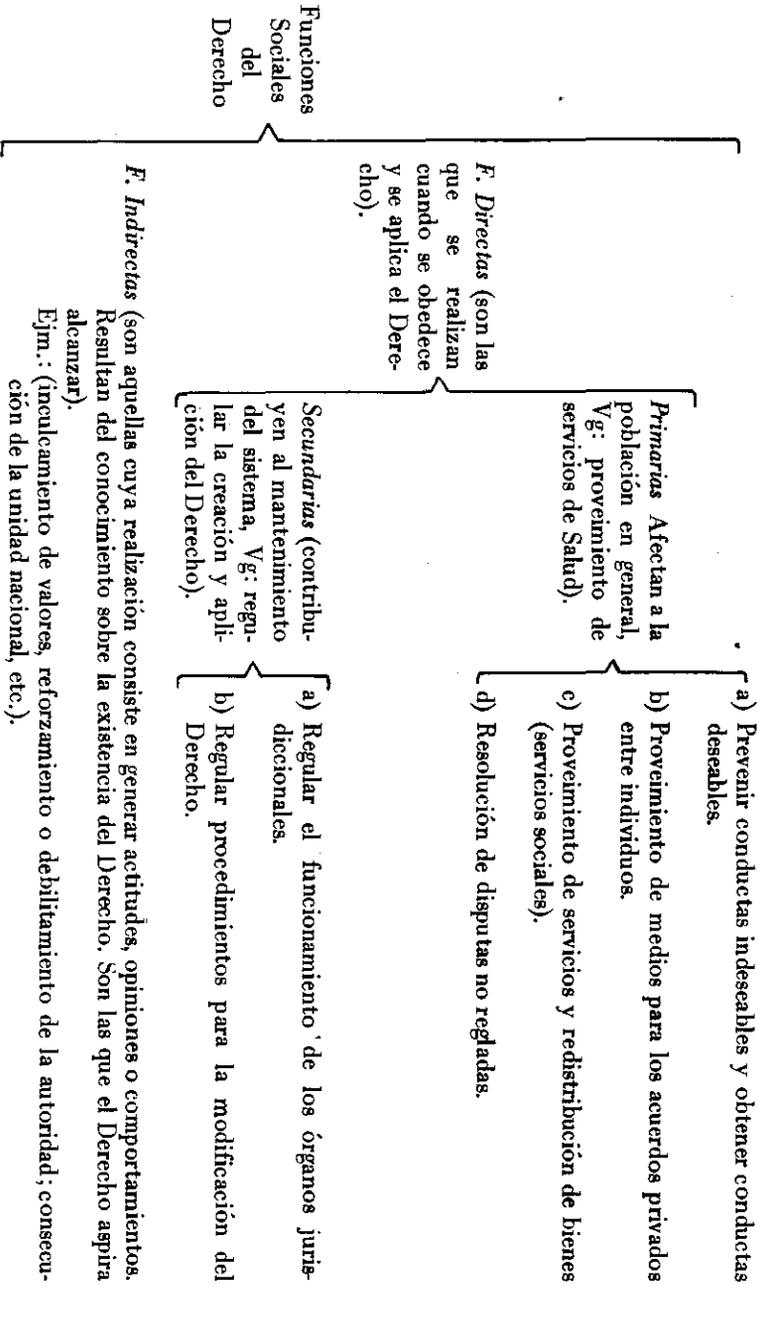
Para este autor es preciso distinguir con claridad una clasificación en torno a las funciones, de una clasificación referida a las normas, confusión que encuentra frecuente y que reprocha a H.L. Hart, autor del que, sin embargo, se reconoce tributario. Desde su perspectiva, el tema de las funciones refiere específicamente a las consecuencias del derecho, sean ellas intentadas o efectivas. El siguiente cuadro permite una síntesis de sus ideas, compatible con la índole de este trabajo:

### 4. Las clasificaciones de Bobbio

Si Raz se distingue por la simplicidad y orden de sus ideas —virtudes por cierto poco frecuentes— Bobbio en cambio se distingue por su fuerza argumentativa, por su admirable información y por cierta jocundia meridional que le permite sugerir ideas, una tras otra, en todos los párrafos. Ello hace mucho más difícil esquematizar su pensamiento. Por de pronto, propone una doble clasificación:

Funciones	{	Positivas	(cumplimiento de los fines previstos).
		Negativas	(cumplimiento de fines contradictorios con los previstos. Vg: sistemas carcelarios).
		Disfunciones	(cumplimiento deficitario de los fines previstos. Vg: mal funcionamiento judicial).
Funciones	{	Tradicionales	a) Evitar la conducta desviada. b) Proveer medios para la resolución de conflictos.
		Distributivas	Consisten en la distribución de los recursos sociales, económicos y no económicos a través de la actividad del Estado (bienes, empleo, educación, familia, etc.).
		Promocionales	El Derecho es más que un orden sancionador, promueve, incentiva, provoca conductas, a través de premios estímulos asociados a la observancia de la norma.

CUADRO I



## 5. Primeros comentarios

Como advirtiéramos al inicio de estas notas, más allá de algunos matices de corte sistemático, los autores mencionados proponen consideraciones muy semejantes sobre el tema. Ambos subrayan el papel del derecho como orden interviniente y planificador en las modalidades de existencia concreta de la vida social, y ambos, aunque paradójicamente, a la vez aluden a la articulación de este papel con las instancias del poder, de la ideología y de la política. Raz se detiene en la consideración de las funciones directas primarias, relativas al proveimiento de servicios y redistribución de bienes, adjudicando implícitamente al derecho un rol democratizador de las relaciones políticas y económicas entre los hombres, sin descuidar a la vez su costado conservatista en el análisis de las funciones secundarias, en cuanto destinadas al mantenimiento del sistema. Como se verá más adelante, este doble carácter puede presentarse como paradójico pero no necesariamente como contradictorio. Por fin, en la descripción de las que denomina funciones indirectas, el autor señala elementos que son propios del dominio de la ideología en el discurso jurídico.

Por su parte, Bobbio destaca las funciones distributiva y promocional del derecho. En el último aspecto, propone el tránsito de un derecho de la punición a un derecho de la organización, con papeles de prevención social y de asistencia, como sucedáneos de los papeles específicos y exclusivamente sancionatorios. En el primer aspecto, remarca la tarea asignada al derecho de distribuir los recursos disponibles, y hacerlo, denuncia las ideologías liberales de corte finisecular que atribuían a la economía y a la "mano invisible del mercado" el monopolio de esta función.

Sin embargo, es en el análisis de las funciones positivas, negativas y de las disfunciones, donde produce los señalamientos a nuestro juicio más interesantes. En efecto, en franca polémica con el funcionalismo sociológico de tipo parsoniano, para el que las funciones sólo pueden tener carácter positivo, en tanto procuran la integración del sistema social, Bobbio exhibe la ideología conservadora de ese pensamiento y se ubica en lo que, explícitamente, denomina una perspectiva crítica "por la que entiende —sostiene— cualquier teoría que se plantee el problema de ver no solamente como funciona una sociedad, sino también como no funciona o cómo debería funcionar". "... la respuesta a la pregunta sobre la positividad de la función del derecho —agrega más adelante— puede ser totalmente distinta (a la parsoniana), si nos ponemos en el punto de vista, no de la conservación, sino del cambio o incluso del cambio radical o revolucionario, que es el punto de vista de toda teoría crítica de la sociedad. ¿Cuál es la relación del derecho con el cambio social? No hay dudas de que la función del derecho no es solamente la de mantener el orden constituido, sino también la de cambiarlo adoptándolo a las transformaciones sociales: tanto es así que todo ordenamiento regula la producción de nuevas normas para el reemplazo de las viejas. Pero ¿es el derecho el instrumento apropiado para reformar la sociedad? ¿Cuáles son las razones por las que el derecho ha sido siempre considerado más como un medio de conservación social que de innovación, y de que el estamento de los juristas

tas haya sido considerado como un estamento de conservadores y no de reformadores? Una respuesta a estas preguntas pondrá de manifiesto que el derecho tiene, junto con una función positiva, también una función negativa que es intrínseca a su propia naturaleza. . .” Las citas transcritas son elocuentes.

Si es cierto que las clasificaciones expuestas exhiben todavía un cierto grado de precariedad, de excesiva generalidad, en la que aparecen no íntegros niveles de análisis a mi juicio insoslayables, como los que son propios de la historicidad por una parte y de las dimensiones del poder y de la ideología por la otra, no es menos cierto que las tesis de Bobbio contienen muy ricas sugerencias. Muchas de ellas sólo han podido insinuarse hasta aquí. Sobre algunas otras vuelvo más adelante.

## **6. Segundos comentarios. Una perspectiva crítica: La función paradójica del derecho.**

### **6.1. Derecho e historia**

La primera cuestión que me importaría discutir es la posibilidad de un análisis funcional, que prescindiera de la determinación primero y de la especificación después, del marco histórico correspondiente. En otros términos, ¿será válido el intento de identificar notas que sean comunes a cualquier sistema jurídico con prescindencia de las características de la formación económico-social, al que tal sistema corresponda? Es cierto que algunas categorías jurídicas han sobrevivido a transformaciones cruciales de las sociedades y que, en consecuencia, un análisis superficial de la cuestión, podría inducirnos a pensar que el “vinculum” u “obligatio” del derecho romano, es una institución similar a la legislada por nuestro ordenamiento positivo. Ello no pasa de ser un grave mal entendido. Porque dicha institución aparece hoy reinscripta en un entramado de múltiples determinaciones que le otorgan una interpretación y una lógica que la ha transformado. Es posible admitir que, en tanto técnica de control social, el derecho posea alguna especificidad propia, más allá de las variaciones históricas que correspondan a cada formación social. Pero ello no puede confundirnos. Entre el derecho de los sumerios y el derecho de las sociedades capitalistas contemporáneas, existen tantas diferencias, como las que existen entre las sociedades históricas que los generaron. Una institución, como una norma o una práctica jurídica, adquieren sentido en el sistema al que pertenecen. El derecho jugó un papel diferente en el mundo antiguo, respecto del que jugó en la Edad Media o el que juega en el mundo contemporáneo. Cada formación histórica ha generado prácticas materiales y culturales heterogéneas, en las que ciertos discursos sociales adquirieron, según la etapa, un rol predominante o un rol subordinado respecto del resto de los otros discursos de la misma índole. Piénsese, por ejemplo, en la hegemonía del discurso religioso en la Edad Media. Es obvio que los autores que hemos tratado, están considerando las funciones del derecho atendiendo a las características que éste posee en las actuales sociedades occidentales. Es más, habría que señalar, tal vez, que se están refiriendo sólo a las socie-

dades centrales o desarrolladas, porque, ni en los países del tercer mundo ni en aquellos que han alcanzado un desarrollo intermedio o dependiente, sería sencillo identificar las así llamadas funciones distributivas o promocionales.

Hasta este punto es preciso determinar los marcos históricos del análisis que nos propongamos, es decir distinguiendo no sólo épocas sino también lugares, o en otros términos asumiendo las diferencias existentes entre diversas formaciones económico-sociales. De otro modo el análisis corre el riesgo de trivializarse.

Que en las clasificaciones que hemos considerado, el referente histórico sólo sea un dato implícito, es consecuencia, a nuestro entender, de la conceptualización que en definitiva se sustenta en relación con la naturaleza del objeto derecho. En otros términos, con la idea, con la noción, que explícita o implícitamente se tiene del derecho, la que opera como telón de fondo de cualquier análisis jurídico particular, en el caso, el análisis de las funciones.

Quien vea al derecho sólo como un conjunto de normas, puede hallarse justificadamente inclinado a considerar lateralmente, o a no considerar, los correspondientes componentes históricos aun cuando estos reingresen, fatal y subrepticamente en su propio discurso, como lo acreditan las distinciones precedentes.

Desde la perspectiva de la teoría crítica, en cambio, el derecho se visualiza como una práctica social específica que expresa, *históricamente*, los conflictos y tensiones de los grupos sociales y de los individuos que actúan en una formación social determinada. De tal suerte que la variable histórica concierne a la propia definición del fenómeno. En esta perspectiva, pues, las funciones del derecho sólo pueden identificarse acertadamente, en la medida en que se especifique la formación social de que se trate. Lo que, correlativamente, supone recusar la utilidad de identificar notas generales y abstractas referidas a las funciones que el derecho cumpliría en cualquier tiempo, en cualquier espacio, en cualquier cultura.

## 6.2. Derecho e ideología

Quisiera aquí introducir otra dimensión en el análisis de las funciones del derecho: la dimensión ideológica.

El tema de una teoría de la ideología constituye una antigua preocupación filosófica (de la "Teoría de las Idola" de Bacón para acá, pasando por Destutt de Tracy, las elaboraciones marxistas, las de la sociología del conocimiento, la escuela de Frankfurt, etc.), pero ha adquirido una especial relevancia en el campo de las ciencias sociales en las últimas décadas. Su relación con el derecho, sin embargo, no se encuentra aún suficientemente desarrollada.

En este aspecto la teoría crítica ha puesto una especial atención y ha intentado subrayar la especificidad de esa relación. El derecho es una práctica de los hombres, que se expresa a través de un discurso que es más que palabras; que es también comportamientos, símbolos, conocimientos. Es lo que la ley manda, pero también lo que los jueces interpre-

tan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan o los doctrinarios critican. Y es un discurso constitutivo, en tanto asigna significaciones a los hechos y a las palabras.

Esta compleja operación social que premia o castiga, otorga personería, deslinda lo lícito de lo ilícito, dista de ser neutral. Está impregnada de politicidad, de valoraciones y de intereses en conflicto y adquiere direccionalidad en relación con las formas en que esté efectivamente distribuido el poder en la sociedad. Es, en consecuencia, un discurso ideológico, en la medida en que produce y reproduce una representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos y de sus relaciones con los otros hombres. Los estatuye como sujetos libres e iguales ocultando el código de sus diferencias efectivas; declara a las normas conocidas por todos, escamoteando la realidad de un monopolio del saber jurídico y un efecto de desconocimiento generado por el propio derecho, etc.

Es decir, es ideológico en la medida en que oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir los mecanismos de las hegemonías sociales. Ese ocultamiento es a la vez productor de consenso. El derecho ordena pero convence, impone pero persuade, amenaza pero disciplina. Cuando condena la ilicitud a la vez sacraliza la licitud que establece. Es decir, que el derecho hecha mano del par represión/ideología. No es sólo violencia monopolizada; es también un discurso normalizador y disciplinario en el sentido foucaultiano.

Me parece que este aspecto ha sido poco relevado por la teoría. Quizá por ello, Bobbio, que rechaza, según hemos visto, las tesis de cierto funcionalismo sociológico, recae en él, al tratar el tema de las que denomina disfunciones. En efecto, el ejemplo que toma es en este sentido paradigmático: el de las instituciones carcelarias. Llamadas ellas, contemporáneamente al menos, a reeducar y resocializar al delincuente para devolver a la sociedad un individuo útil y “despatologizado”, habría que concluir en que han fracasado y que no cumplen la función para las que han sido creadas. En *Vigilar y castigar* (siglo XXI: 1976), Michel Foucault emprende un formidable análisis de la punición y en los capítulos dedicados a la posición y los ilegalismos, muestra la vinculación estrecha entre estos últimos y la organización del poder social. Sostiene la existencia de una “economía de los ilegalismos” funcional con la forma de existencia del poder. “Sería preciso —dice— suponer entonces que la prisión, y de una manera general los castigos, no están destinados a suprimir las infracciones; sino más bien a distinguirlas, a distribuir las, a utilizarlas; que tienden no tanto a volver dóciles a quienes están dispuestos a transgredir las leyes, sino que tienden a organizar la transgresión de las leyes en una táctica general. . . La penalidad sería entonces una manera de administrar los ilegalismos, de trazar límites de tolerancia, de dar cierto campo de libertad a algunos, y hacer prisión sobre otros, de excluir a una parte y hacer útil a otra; de neutralizar a éstos, de sacar provecho de aquellos. En suma, la penalidad no “reprimiría” pura y simplemente los ilegalismos; los “diferenciaría”, aseguraría su economía general. Y si se puede hablar de una justicia de clase no es sólo porque la ley misma, o la manera de aplicarla, sirvan a

los intereses de una clase; es porque toda la gestión diferencial de los ilegalismos por la mediación de la penalidad, forma parte de esos mecanismos de dominación”.

Se coincida o no con su análisis, Foucault tiene la importancia de señalar que ciertas instituciones, normas o prácticas, cumplen una función distinta de la que “dicen” cumplir. Que se despliegan ideológicamente, es decir, en un doble juego de alusión y elusión, de reconocimiento y desconocimiento. Así, creo, las dimensiones ideológicas de lo jurídico no pueden estar ausentes en el análisis y determinación de sus funciones. Las clasificaciones que hemos visto anteriormente parecen construidas sobre la base —para usar otra terminología— de las funciones manifiestas del derecho y no de sus funciones latentes. Parece construirse sobre la base de lo que el derecho dice de sí mismo. Proponemos la necesidad de atender también, a aquello que no dice, a aquello que enmascara y que oculta.

### 6.3. Derecho y poder: función paradójica

Para terminar, creo necesario formular algunas consideraciones sobre la relación entre el derecho y el poder. Es claro que tanto Raz como Bobbio están pensando en el poder e incluso en las formas en que éste se adapta o cambia en el seno de una sociedad determinada. Raz plantea como función social directa y primaria del ordenamiento jurídico la de redistribuir los bienes comunes y es evidente a qué se refiere. Dice: “Cuando una disposición de reforma agraria es creada o cuando se vuelve obligatorio el reparto de utilidades de las empresas entre los trabajadores o cuando una disposición jurídica prescribe una forma obligatoria de distribuir la propiedad inmueble de las personas fallecidas, claramente, provee a la redistribución de bienes”.

Todo proceso de redistribución de bienes en la sociedad tiene un fundamento político, importa acuerdos o concesiones, o implica el triunfo de algún criterio reivindicativo. En otros términos, es en sí mismo un reflejo de ciertas situaciones de poder.

Este aspecto se hace más nítido en las consideraciones de Bobbio. Ya hemos visto que desde su concepción, el derecho debe cumplir una función en el cambio y la transformación de la sociedad. Hemos visto su rechazo de las tesis conservadoras. Sostiene en su trabajo: “. . . no es cierto que el derecho llegue siempre con retraso o sea obstáculo al cambio: a veces llega con adelanto y entonces puede ser un elemento de descomposición de un tejido social tradicional y por tanto de cambio imprevisto. . . El derecho actúa generalmente a través de las normas generales y abstractas, que se adaptan mal a la complejidad de las situaciones concretas y crean desigualdades entre iguales e igualdades entre desiguales: aún cuando el juez tenga las mejores intenciones de hacer justicia, el fin se ha hecho a menudo imposible por la propia estructura de las normas jurídicas. Lo que el derecho consigue obtener tanto respecto a la conservación como al cambio, lo obtiene a través del buen funcionamiento del aparato coactivo; pero al apoyarse en la fuerza, el derecho contribuye a perpetuar un tipo de sociedad basado en relaciones de fuerza: es la más perfecta

imagen de la violencia de las instituciones o de la violencia institucionalizada, de una violencia cuya justificación está en presentarse como única respuesta adecuada a la violencia destructiva (¿pero, la violencia destructiva es siempre injusta?)” Sus observaciones contienen también una directa referencia a las relaciones de poder.

Sin embargo, en mi opinión, una deficiente caracterización en el plano teórico de la relación poder-derecho, conduce a algunos equívocos o al menos opaca lo que para la teoría crítica aparece como eje de una definición funcional del derecho, esto es, su carácter paradójal.

Adelantemos la idea, para tratar luego de fundarla escuetamente. El derecho, en lo substancial, aunque un rol formalizador y reproductor de las relaciones sociales establecidas, y a la vez, un rol en la remoción y transformación de tales relaciones, cumple a la vez, una función conservadora y reformadora. Esta aparente contradicción se resuelve en la medida en que se rescata para el análisis, el papel de la ideología y una concepción relacionista del poder.

El discurso del derecho es el discurso del poder. A través de él se instituyen órganos, se consagran prerrogativas, se constituye a los sujetos. A través de ese discurso se consagra, se sacraliza y se reconduce el poder. Pero el poder no es, como afirma Foucault, una cosa o un instrumento, es una situación estratégica en una sociedad determinada. . . donde hay poder hay resistencia. La resistencia no es exterior sino interior a la relación de poder. No hay poder sin denominador pero tampoco hay poder sin dominado y esta relación es cambiante, mutable, dialéctica, histórica. La violencia monopolizada por el estado a través del derecho, sustenta las técnicas del poder y los mecanismos del consentimiento. Pero el poder es siempre una relación y no se expresa en actos de pura negatividad. Por ello, el derecho prohíbe pero permite, censura pero obliga a hablar.

En este sentido sostiene Poulantzas (*Estado, poder y socialismo; Siglo XXI*):

“... Las clases dominadas no tropiezan con la ley sólo como barrera de exclusión, sino también como asignación por su parte del lugar que deben ocupar. Lugar que es también un espacio de inserción en la red político-social, creador de obligaciones pero también de derechos. . . Las acciones del Estado que rebasan su simple papel represivo e ideológico, como son sus intervenciones económicas y sobre todo, los compromisos materiales impuestos por las clases dominadas a las clases dominantes —una de las razones decisivas del consentimiento— se inscriben en el texto de la ley formando parte incluso, de su estructura interna. La ley no se limita a engañar o enmascarar, ni a reprimir, obligando a hacer algo prohibiéndolo: organiza y consagra también reales derechos de las clases dominadas que comportan, inscriptos en ella, los compromisos materiales impuestos por las luchas populares a las clases dominantes”.

El papel del derecho, pues, depende de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de los grupos dominantes, constituye un mecanismo de preservación y de reconducción de sus intereses y finalidades; en manos de los grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política.

La problemática de los “derechos humanos” tan en boga últimamente, puede proporcionar un ejemplo de lo que antes se ha expresado. Estas declaraciones de derechos y garantías, consagrados por las legislaciones modernas, las más de las veces con alcances puramente formales, pudieron ser mirados, por esto mismo, con cierto escepticismo. Mirados tan sólo como un discurso legitimante y tranquilizador, que únicamente en aspectos muy parciales alcanzaba operatividad. Un discurso que prometía lo que precisamente no otorgaba. Pero en situaciones de crisis en que los niveles de conflicto se acentúan, ese discurso nuevamente ideológico, se transforma en una formidable herramienta de lucha, de denuncia, de resistencia a la opresión.

Este aspecto paradójico del derecho y esta teoría relacionista del poder, son un proficuo punto de partida, aquí apenas insinuado, para nuevas investigaciones jurídicas y para una más compleja, y por ello mismo, más interesante tarea, en relación con la problemática de las funciones del derecho. Problemática afortunadamente actualizada, porque en mi opinión, tratar sobre el derecho no es sólo tratar sobre ciertas formas: es, ante todo, tratar sobre ciertos fines.