
EL ANARQUISMO COMO SUPUESTO EPISTEMOLÓGICO PARA UN PROGRAMA DE CRÍTICA RADICAL DEL DERECHO¹

*Aníbal D'AURIA**

Fecha de recepción: 22 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 2 de julio de 2016

Resumen

Mi primer objetivo en este breve texto es exponer el sentido técnico y filosófico de “crítica” y sus características específicas. Luego mostraré algunas limitaciones y defectos epistemológicos de la crítica del derecho contemporánea. Finalmente, intento mostrar la compatibilidad y complementariedad entre un programa radical de crítica del Derecho y la conceptualización kelseniana del Estado y del Derecho.

Palabras

Crítica – derecho – anarquismo

ANARCHISM AS AN EPISTEMOLOGICAL BASIS FOR A RADICALLY CRITICAL LEGAL PROGRAM

¹ Agradezco a Martín Rempel, Pablo Taboada, Juan Balerdi, Sofía Aguilar, Elina Ibarra y Emilia Barreyro por haberse tomado el trabajo de leer el borrador de este artículo y hacerme interesantes comentarios y críticas.

* Doctor en Derecho Político de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico de contacto: anibaldauria@gmail.com

Abstract

My first goal in this short paper is to expose the technical and philosophical sense of critique with its specific characteristics. Then, I will show some epistemological limitations and defects of the contemporary critics of law. Finally, I intend to show the compatibility and complementarity between a program of the Radical Critique of Law and the Kelsenian conceptualization of the State and the Law.

Keywords

Critic – law – anarchism

“Al igual que los escolásticos sólo filosofaron dentro de la fe de la Iglesia, así hay escritores que llenan volúmenes enteros sobre el Estado sin ni siquiera poner en duda la idea fija del Estado, nuestro periódicos rebosan de política porque están poseídos de la demencia de que el hombre ha sido creado para ser un 'zoon politikon', y así los súbditos vegetan en el sometimiento, hombres virtuosos en la virtud, liberales en la 'humanidad', etc., sin jamás haber tocado esa idea fija con el cortante cuchillo de la crítica. Definitivos, como definitiva puede ser la demencia de un loco, permanecen esos pensamientos sobre pies firmes, y quien duda de ellos, ¡ataca lo sagrado! Sí, la 'idea fija', ¡eso es lo verdaderamente sagrado!”

— Max STIRNER, *Der Einzige und sein Eigentum* (1844)

I. Crítica: sentidos vulgares y sentido filosófico (o técnico)

En el habla vulgar o cotidiana, la palabra *crítica* se emplea de manera muy diversa y variada. Entre esos diversos usos vulgares, frecuentes incluso en los ámbitos académicos, podemos enumerar los siguientes (sin pretensiones de exhaustividad):

1. *Crítica*: juicio de valor negativo.
2. *Crítica*: objeción fundada o argumentada.
3. *Crítica*: análisis criterioso e interpretativo.
4. *Crítica*: punto de vista o discurso alternativo o contra-hegemónico.

Sin embargo, en el ámbito filosófico, el término *crítica* posee un sentido técnico más preciso: pensar, investigar o reflexionar *críticamente* consiste en indagar acerca de las condiciones de posibilidad, los prejuicios o presupuestos implícitos u ocultos de alguna teoría, de alguna experiencia, de algún discurso o de alguna institución. Y la crítica, en este sentido técnico-filosófico, es un producto exclusivo de la Modernidad, más específicamente, de la Ilustración. En efecto, en el siglo XVIII emergieron, en un juego de tensiones recíprocas, las ideas de "universalidad" de la razón y de "contingencia" del momento histórico. Y así también surgió una nueva constelación de problemas filosóficos y políticos: ¿es la historia racional? ¿Tiene historicidad la razón? ¿Cómo se plasma la razón en la historia? O en todo caso, ¿qué papel juega la razón en el devenir histórico? Estas cuestiones conforman el trasfondo de todo el pensamiento socio-político del siglo XIX y gran parte del siglo XX.²

Pero, al menos desde MARX hasta el programa originario de la Escuela de Frankfurt, aquella noción técnico-filosófica de crítica ha sido entendida de dos maneras: una restringida y otra ampliada. El modo restringido de entender la crítica consiste en considerarla estrictamente como un discurso de tipo constatativo (con pretensiones científicas, es decir: susceptible de verdad/falsedad, no normativo) referido a los prejuicios, supuestos o condicionamientos epocales, sociales, psicológicos, económicos, etcétera, de alguna institución o de algún discurso. Es decir: en sentido técnico restringido, la *crítica* no es otra cosa que la actividad de la razón desenmascarando recurrentemente la contingencia de lo vigente en un momento y lugar dados. En cambio, el modo técnico ampliado de entender la *crítica* incluye al anterior, pero le suma, como elemento definitorio adicional, un ideal ético-político normativo explícito al servicio del cual se pone el primer elemento.

MARX (2004) parece entender *crítica* en el sentido técnico restringido y, a partir de él, así también la entendería la Crítica de las Ideologías y la Sociología del Conocimiento como disciplinas científicas especializadas. Pero el marxismo originario no se apoyaba sólo en la pata científica de la *crítica*, sino que como teoría social amplia incluía también ciertas tesis de filosofía de la historia (materialismo dialéctico) que lo llevaban a pretender determinar políticamente cuál era en el presente el "sujeto social" (el

² Sobre los orígenes de la *crítica* (en sentido filosófico) en la ilustración y su relación profunda con la filosofía de la historia nacida con ella, ver KOSELLECK (2007) y HONNETH (2009: 9).

proletariado industrial) que encarnara el “universal racional” por advenir (el socialismo).³ Además, en MARX, el ideal normativo ético-político (el socialismo) no se presentaba como una mera preferencia subjetiva, sino que *pretendía* presentarse como un orden racional al que se encaminaba la historia por sí misma. Por ello resultó fácil la extensión posterior del sentido técnico restringido de *crítica* a un sentido técnico ampliado, así como la equiparación que hiciera parte del marxismo del siglo XX entre *crítica* en particular y marxismo en general. Este deslizamiento es lo que puede verse en un famoso artículo de HORKHEIMER de 1937 (2008), donde la crítica es entendida ya en el sentido técnico ampliado.⁴

II. ¿Cómo entienden *crítica* las actuales corrientes de “crítica jurídica”?

Quiero examinar ahora, muy rápida y brevemente, en qué sentido entienden (o dicen entender) *crítica* algunos de los más renombrados exponentes de la *crítica jurídica* (si es que lo hacen en algún sentido compartido por todos ellos). Intentaré determinar si la piensan en alguno o varios de sus sentidos vulgares no técnicos o si la piensan en alguno de sus dos sentidos técnicos (el restringido o el ampliado).

Empecemos por dos trabajos de carácter divulgatorio: uno de Alicia RUIZ (2009) y otro de Carlos CÁRCOVA (2009).⁵ En ambas presentaciones didácticas se emplea *explícitamente* el término *crítica* como mero sinónimo de “distinto”, “alternativo” o “novedoso”;⁶ es decir, se lo emplea en uno de sus usos vulgares, no técnicos. Sin embargo, los nombrados autores enumeran una serie de aspectos específicos de la *crítica jurídica argentina* a partir de los cuales puede constatar que, *implícitamente*, conciben la crítica en un sentido técnico ampliado (específicamente compuesto por el interés acerca de los factores históricos, ideológicos y ficcionales del Derecho, lo que satisfaría el requisito

3 En esto, el marxismo bebe nuevamente de la experiencia histórica de la Revolución Francesa. Así como los revolucionarios de 1789 mostraron que el orden aristocrático-monárquico no era racional (y, por lo tanto, era ilegítimo y estaba destinado a ser superado), también sostuvieron que sólo el Tercer Estado (la burguesía) encarnaba a la Nación toda, es decir, era ella el “sujeto” histórico concreto cuyo interés coincidía con el universal racional. De modo análogo, el marxismo pretende mostrar que el orden burgués no es racional (y, por lo tanto, es ilegítimo y contingente) y que el proletariado es ahora el “sujeto” histórico que encarna el universal racional por advenir. Ver, por ejemplo, MARX (2004).

4 Me refiero al famoso “Teoría tradicional y Teoría crítica”, en HORKHEIMER (2008: 223).

5 RUIZ (2009) y CÁRCOVA (2009), ambos en COURTIS (2009: 9 y 19).

6 Por ejemplo, RUIZ (2009: 9) o CÁRCOVA (2009: 20 y 27).

restringido de *crítica*; y un declarado compromiso con el ideal ético-político de la democracia, el pluralismo y los derechos humanos, ideal ético-político que complementa o amplía el concepto de *crítica* con una preferencia normativa explícita) (RUIZ, 2009: 11-3 y 9-10; CÁRCOVA, 2009: 25, 27-8, y 32-3).

En el caso de Duncan KENNEDY, el autor más representativo y conocido de lo que en la academia estadounidense se llama *Critical Legal Studies*, podemos encontrar un empleo ya realmente muy vago y polisémico del término *crítica*: a veces como análisis, a veces como juicio de valor negativo, a veces como objeción argumentada, a veces como posición marginal o radical, etcétera, pero casi nunca en su sentido técnico-filosófico. Sin embargo, esa molesta versatilidad semántica que el término *crítica* adquiere en KENNEDY tampoco significa que sus trabajos no sean a veces propiamente críticos en sentido técnico o que KENNEDY no plantee cuestiones técnicamente críticas.⁷ En todo caso, se trataría también de un sentido técnico ampliado de *crítica*, donde el núcleo restringido se ve complementado con el ideal ético-político explícito de superar "nuestro espantoso capitalismo" (KENNEDY, 2012: 52). En general, los trabajos técnicamente críticos de KENNEDY se han focalizado especialmente en los factores ideológicos semi-conscientes que determinan el ejercicio de la función judicial y el ejercicio de la enseñanza del Derecho.⁸

Muy diferente de los casos anteriores es el del jurista brasileño Antonio WOLKMER, quien hace, cuanto menos, tres cosas diferentes con la palabra *crítica*: (a) en primer lugar, y a diferencia de los casos vistos anteriormente, WOLKMER (2006) sí ofrece una aproximación *explícita*, aunque muy sucinta, al concepto técnico de crítica (si bien en su sentido ampliado) (p. 28); (b) pero luego, cuando pasa al plano específico de la *crítica jurídica*, WOLKMER (2006) ya no parece apegarse al sentido técnico que ha brindado, sino que emplea la palabra con inmensa generosidad semántica, comprendiendo las más

⁷ Por ejemplo, indudablemente KENNEDY indaga *críticamente*, en sentido técnico restringido, cuando plantea preguntas como las siguientes: "¿cómo puede el juez actuar ideológicamente? ¿Cómo puede hacerlo, más específicamente, si acepta que está obligado a ser un intérprete fiel de las leyes, que está obligado a hacer 'lo que la ley manda' aun si ésta entra en conflicto con sus preferencias ideológicas?" (KENNEDY, 2010: 30). También, más allá del abuso del término *crítica* que hace KENNEDY a lo largo de sus trabajos, puede verse una caracterización más específica de los *Critical Legal Studies* que lo acercan al concepto técnico en KENNEDY (2012: 52).

⁸ Ver, por ejemplo, "El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica" (KENNEDY, 2010: 27 y ss.) y "La importancia política de la estructura del plan de estudios de la Facultad de Derecho" (2012: 13 y ss.).

variadas e inesperadas escuelas, teorías y prácticas;⁹ y (c) finalmente, la cosa se vuelve más compleja (oscura, digamos) cuando WOLKMER pretende insertar todo lo que llama “pensamiento crítico jurídico latinoamericano” dentro de una amplísima corriente de pensamiento latinoamericano de la liberación (pp. 110-24):¹⁰ aquí incluye sorpresivamente cosas tan disímiles como la teología de la liberación, la teoría de la dependencia, la ética de la liberación de E. Dussel, la pedagogía del oprimido de Freire, la poesía de Rubén Darío, la música de Ariel Ramírez, el cine de Glauber Rocha... En fin, habría mucho que decir en detalle de todo esto (o tal vez, no habría nada que decir de todo esto); pero debo ceñirme al asunto específico que nos hemos planteado: ¿qué significado otorga WOLKMER al término *crítica* cuando habla de *crítica jurídica*? Después de recorrer sus páginas, uno se convence de que lo emplea de una manera tan amplia, confusa y contradictoria que desborda cualquier posibilidad de entenderlo en algún sentido claro y

9 Por ejemplo, después de decir que en el plano del derecho entenderá por “pensamiento crítico” un sinónimo de “teoría jurídica crítica”, caracteriza a ésta como “el profundo ejercicio reflexivo de cuestionar lo que se encuentra normativizado y oficialmente consagrado (en el plano del conocimiento, del discurso y del comportamiento) en una determinada formación social, así como la posibilidad de concebir otras formas no alienantes, diferenciadas y pluralistas de la práctica jurídica. Se entiende que el ‘pensamiento crítico’ no es otra cosa que la formulación ‘técnico-práctica’ consistente en buscar pedagógicamente otra dirección u otro referencial epistemológico que responda a las contradicciones estructurales de la presente modernidad” (WOLKMER, 2006: 19). Aquí WOLKMER parece entender *crítica* en algunos de sus sentidos no técnicos, v.gr. como discurso alternativo, o como objeción argumentada. Luego escribe también: “[a]unque se reconozca la inadecuación o inexistencia de una ‘teoría crítica jurídica’ general, acabada y científica, no se podrá dejar de considerar la significación del ‘pensamiento crítico’ como la expresión más auténtica de la insatisfacción de grandes grupos de juristas y doctrinarios sobre la predominante formulación ‘científica’ del Derecho y sus formas de legitimación dogmática” (p. 20). Aquí, ahora, parece usar *crítica* en otro sentido tampoco técnico, v.gr. como discurso de insatisfacción (además, este pasaje parece contradictorio con lo que WOLKMER dijo antes respecto de que usaría “teoría jurídica crítica” y “pensamiento crítico del derecho” como sinónimos. Luego WOLKMER también parece entender *crítica* en otros sentidos tampoco técnicos (y por cierto, algo extraños): v.gr. “edificación de instituciones pluralistas, democráticas y participativas” y “materialización de prácticas jurídicas insurgentes” (pp. 20-1). Por supuesto, WOLKMER no aclara si todavía seguiría llamando *crítica* a la materialización de prácticas jurídicas insurgentes dirigidas contra instituciones que él mismo consideraría pluralistas, democráticas y participativas.

10 En verdad, WOLKMER (2006) no parece tan interesado en un programa de *crítica* sería de nuestras tradiciones políticas, jurídicas, religiosas y sociales, como en un programa de construcción ideológica y sesgada a partir de esas mismas tradiciones, o al menos, a partir de algunos aspectos de ellas. Y así, cae en una suerte de chauvinismo esencialista, geo-culturalista y pan-latinoamericanista. Hay que indagar –nos dice– qué dirección debe tomar América Latina “para descubrir su identidad nacional y su independencia cultural”, y defiende la “construcción de un pensamiento crítico-libertador, síntesis real de nuestra propia experiencia histórica, sociopolítica y jurídica y que sea capaz de revelar, por primera vez, la originalidad y autenticidad del ‘ser’ latinoamericano” (p. 105).

preciso, y mucho menos en un sentido técnico (ni restringido ni ampliado). Lo único que hay en esas páginas es la expresión vaga y retórica de un ideal ético-político, que puede compartirse o no, pero que poco o nada tiene que ver con un programa de indagación *crítica* en sentido técnico.¹¹

Por último, para terminar con esta breve selección de ejemplos, digamos que Oscar CORREAS, desde México, ofrece un programa claro y consciente de crítica en sentido técnico, ocupándose especialmente de esclarecer semánticamente ese concepto, diferenciándolo de sus usos vulgares CORREAS (1993: 266; 1998: 86-7). En otra ocasión he expresado algunas objeciones a ciertos presupuestos filosóficos de CORREAS (D'AURIA, 2013), pero esas objeciones (que no vienen ahora al caso) no impiden reconocer que el programa de *crítica jurídica* de CORREAS es técnico, tanto en su concepto explícito como en sus investigaciones efectivas. Ese programa técnicamente crítico se resume muy bien en la cuestión que moviliza toda la reflexión de CORREAS: "¿por qué el derecho dice eso que dice y no otra cosa?" (p. 13). Otra nota significativa de CORREAS es que no es un anti-kelseniano ni un anti-positivista jurídico (al menos, no lo es en el sentido ingenuo y pre-científico en que lo son otros sedicentes "críticos"); por el contrario, CORREAS comprende bien y profundamente el valor técnicamente crítico de la propia obra de Kelsen (pp. 93-4). Como lo comprende muy bien, CORREAS también puede delinear clara y correctamente un programa de *crítica jurídica* como reflexión o investigación *sobre los condicionamientos* del Derecho, pero *desde* disciplinas que necesariamente no han de confundirse con la Teoría del Derecho.¹²

Ahora bien, con solo considerar los ejemplos mencionados, parece claro que, a *nivel genérico o colectivo*, no hay entre los cultores de la *crítica jurídica* actual un empleo *explícito, compartido y técnico* de la noción de crítica. Por lo tanto, entendida *como colectivo académico*, en la *crítica jurídica* parece reinar una profunda confusión y vaguedad terminológica en relación al mismo concepto que debería darle unidad intelectual. Sin embargo, ese prurito semántico no debe ser sobredimensionado, pues a

¹¹ Aunque en reiteradas ocasiones brinda *explícitamente* un concepto técnico de crítica (tomado en general de otros autores), no parece entenderlo cabalmente, usándolo *de hecho* en los sentidos más vulgares y confusos. Es como si alguien definiera "beber" como "la acción de injerir líquido por la boca" y luego usara esa palabra para referirse a todo tipo de acciones, menos a la de injerir líquido por la boca.

¹² En concreto, para CORREAS (1993), la tarea de la Crítica Jurídica está "a medio camino" de la Sociología Jurídica y la Semiología Jurídica (p. 15).

pesar de todo, entre la mayoría de los autodenominados *críticos jurídicos* parece prevalecer, aunque más no sea *implícitamente y de hecho*, un sentido técnico ampliado de crítica. En todo caso, hay otra objeción mucho más significativa que puede hacerse a la *crítica jurídica* actual, y es que queda muy por debajo de la crítica del Derecho y del Estado del siglo XIX. En efecto, por un lado, reproduce de manera anacrónica algunos de los rasgos defectuosos de aquélla; por otro lado, elimina algunos de los rasgos que todavía podrían resultar actuales y estimulantes teóricamente.

En la Crítica del siglo XIX, el socialismo, ideal normativo que servía de contraste al *statu quo criticado*, era presentado como futuro cierto del decurso histórico, inscripto en las (supuestas) “leyes de la historia” y ya en germen en las aspiraciones conscientes o inconscientes del proletariado. Es decir, según esa filosofía de la historia, el socialismo no era una mera “preferencia” ético-normativa, sino que constituía el futuro cierto desde el cual *se pretendía explicar científicamente la racionalidad immanente de toda la historia humana*. Pero, hoy en día, esa filosofía de la historia resulta insostenible, al menos como discurso con pretensiones científicas; y, por esto mismo, todo ideal ético normativo postulado por la crítica actual ya no puede reclamar para sí más validez que la de una “preferencia” normativa, no científica. Postular hoy al socialismo como un futuro cierto, universal y necesario, ya sin el sustento teórico que le brindaba el paradigma de filosofía de la historia característico del siglo XIX, no es más que, como diría el propio MARX, una “comedia” (término que MARX empleaba para referirse a toda circunstancia actual pero anacrónica). Entiéndase bien que no estoy desechando al socialismo como ideal ético-político (ideal que, por lo pronto, comparto y defiendo como una “preferencia política” personal); simplemente estoy subrayando que hoy en día ya no es posible considerarlo como una meta inscripta en el propio decurso histórico, sino que es una “preferencia” normativa cuya realización es tan contingente como la de cualquier otra preferencia ético-política. Y, si esto es correcto para el ideal socialista, lo es mucho más para cualquier otro ideal ético-político de los que suelen postular los *críticos jurídicos* actuales (la democracia participativa, la reivindicación de los pueblos originarios, la liberación y unidad latinoamericana, etc.).

Por otra parte, la crítica socialista decimonónica también era radical en su objeto: no sólo dirigía su mirada hacia instituciones jurídicas, políticas y económicas específicas, sino hacia todo el orden social vigente, incluso su organización general en base a la coacción del Derecho y la superstición religiosa. Y, en esto, la *crítica jurídica* actual resulta mucho más estrecha y limitada, pues suele enfocarse en instituciones jurídicas específicas (como el funcionamiento ideológico de los tribunales, las fuentes materiales de ciertas

normas, la opacidad del Derecho), pero no en la *forma* del Derecho como tal (es decir, en su carácter coactivo).

En los puntos siguientes intentaré esbozar un programa de *crítica* del Derecho que sortee tanto estas debilidades como estas limitaciones de la *crítica jurídica* actual.

III. Un *universal libertario* como presupuesto epistemológico de la *crítica* del Derecho

El modo tradicional (en parte hoy anacrónico) de entender la crítica se apoyaba en presupuestos que parecen ser contradictorios:

1. que todo "sentido" (el de una institución o el de un discurso cualquiera) está condicionado o determinado históricamente (y, por ende, no puede ser *universalmente* válido, es decir, racional); y
2. que la historia misma tiene un "sentido" predeterminado que traza su curso y la determina (y, por ende, hay un "sentido" racional *universal* extra-histórico que rige a la historia misma).

Y es por la tensión entre esos dos supuestos contradictorios que la invocación a la universalidad de la razón ha servido tanto para cuestionar un *statu quo* como para postular algún modelo de orden alternativo. Pero por ello mismo siempre ha ocurrido que cuando un nuevo *statu quo* ha remplazado a otro y se ha apelado a la "razón" para defenderlo, la "razón" ha dejado de ser cuestionadora para volverse conformista y conservadora. En términos de MARX, podríamos decir que en estos casos ya no estamos frente a la razón sino frente a una "ideología", de modo que, nuevamente, la crítica (es decir, la razón *cuestionadora*) debe reiniciar su tarea en una nueva etapa. Pero ¿es posible un programa de crítica que no corra riesgo de travestirse ulteriormente en "ideología" de un nuevo *statu quo*? Creo que sí, pero primero detengámonos un instante en la actitud de un pensador como FOUCAULT ante este problema.

En una entrevista del 25 de octubre de 1982, FOUCAULT (1991) explicaba a su interlocutor que sus trabajos filosóficos se limitan a demoler lo existente sin proponer ningún modelo ni camino a seguir, pues siempre que los filósofos han hecho eso, sus ideas fueron luego empleadas para justificar órdenes sociales y políticos espantosos (como hicieron los jacobinos con las ideas de Rousseau, o como hicieron los stalinistas con las

ideas de MARX). Para evitar eso, FOUCAULT (2004) desarrolló su método “genealógico”, que no es otra cosa que un intento de romper la dialéctica entre historia y razón abierta con la Ilustración. En concreto, las investigaciones genealógicas de FOUCAULT intentan ser un discurso radicalmente historizante y declaradamente perspectivista, *sin pretensión alguna de universalidad*. Para ello, FOUCAULT renuncia expresamente tanto a la idea de que la historia tiene un sentido immanente y racional, como a la pretensión de hallar en el presente al “sujeto histórico” capaz de encarnar lo universal por advenir; sólo se queda con la idea de que todo sentido tiene su historia. Creo que hace bien en renunciar a aquellos supuestos metafísicos y extra-científicos; pero creo también que FOUCAULT se equivoca cuando supone que renunciar a esa metafísica de la historia equivale a renunciar a toda *pretensión de universalidad* o racionalidad discursiva. Por más *perspectivista* que se asuma, el *discurso* genealógico de FOUCAULT no puede renunciar de hecho a alguna *pretensión mínima de validez intersubjetiva* (veritativa, moral, o la que fuere). En efecto, ¿cómo podría mostrarse la *contingencia histórica* de alguna institución positiva sin suponer ya-siempre alguna idea de *razón con pretensiones de universalidad*? “Universalidad” y “contingencia”, razón e historia, como vimos en el primer punto de este artículo, son dos conceptos que no pueden comprenderse uno sin el otro.¹³

Ahora podemos volver a nuestra pregunta pendiente: ¿es posible un programa de *crítica* que no corra el riesgo de travestirse ulteriormente en *ideología*? Como no es posible renunciar a toda *pretensión de validez intersubjetiva* en tanto se haga uso del lenguaje, esa pregunta puede reformularse de este modo: ¿qué clase de *universal* supone ya-siempre una *crítica* que pueda cuestionar recurrentemente la contingencia de lo fáctico-positivo sin traicionarse eventualmente a sí misma tornándose “ideología” de un orden fáctico-positivo alternativo? La respuesta resulta obvia: un *universal nunca afirmativo* y que no tenga el carácter de una *preferencia ético-política*; en otras palabras: un *universal negativo*, postulado simplemente como supuesto *epistemológico*.¹⁴ En este sentido, la intuición anarquista (an-arquista), precisamente por ser negativa y no postular ninguna forma afirmativa o apologética de gobierno o dominación, sino el horizonte

¹³ Ver, en este sentido, las agudas y precisas consideraciones que sensatamente efectúa B. de SOUZA SANTOS (2012: 359-60).

¹⁴ En similar sentido se expresa B. de SOUZA SANTOS (2012) cuando propone un “universal negativo” (p. 357).

hipotético de una ausencia total de gobierno y dominación, encierra todo el *potencial crítico universalista* que no puede contener ningún otro tipo de idea social.¹⁵

Por ejemplo, toda la teoría del poder de FOUCAULT cambia de aspecto según se reconozca o no este *universal libertario* como supuesto pragmático de sus escritos. En efecto, si tomáramos al pie de la letra lo que FOUCAULT declara, todo cambio histórico no puede ser más que el tránsito de ciertas prácticas de dominación a otras prácticas de dominación. Pero, si no admitimos al menos que ciertas formas de dominación pueden ser, por decirlo de algún modo, *menos dominadoras u opresivas* que otras, no habría ningún sentido en ensayar la crítica de ciertas formas históricas de dominación, pues serían todas equivalentes (y, consecuentemente, FOUCAULT sería susceptible de la misma objeción que se le puede hacer a Nietzsche: que el poder, la dominación, se torna así en un fundamento *universal* omni-explicativo y, por ende, metafísico). Sólo el supuesto de un *universal libertario* puede dar a las investigaciones de FOUCAULT el sentido *crítico* y corrosivo del poder y la dominación que sin duda poseen. Entiéndase bien: no estoy diciendo que FOUCAULT (o sus seguidores) *debería* asumir como un *ideal normativo explícito* las banderas del anarquismo; simplemente digo que sus trabajos sólo pueden entenderse como una crítica seria a toda forma de dominación si ese ideal libertario se da ya por supuesto implícitamente.

En efecto, este *universal libertario* no se postula aquí como ideal ético-político normativo (o sea, como una "preferencia" por la que haya que luchar). Más bien, mi intención es sólo hacer explícito un simple supuesto epistemológico contra-fáctico necesario para un programa investigativo de *crítica* que no quiera correr el riesgo de travestirse ulteriormente en ideología de un cierto *statu quo*. Es decir, no es necesario tener también "preferencias" ético-políticas anarquistas para asumir este postulado epistemológico de la *crítica*. Simplemente significa que si asumimos que toda institución jurídica, que todo orden jurídico-político (fáctico o alternativo), que toda "preferencia" ético-política (hegemónica o heterodoxa) son siempre susceptibles de indagación crítica (es decir, que ninguna de ellas escapa a la contingencia de las condiciones históricas que la determinan y condicionan) es porque ya asumimos previamente, aunque más no sea de

¹⁵ Llama mucho la atención que el marxismo sea el único pensamiento crítico moderno que autores "des-coloniales" como Mignolo y Castro-Gómez parecen reconocer y respetar, aunque terminen rechazándolo bajo el cargo de complicidad con las perversas fuerzas colonizadoras de la razón, la Modernidad y Occidente. Así, desconocen y dejan de lado a toda la tradición de pensamiento libertario ubicado a la izquierda del propio marxismo.

modo hipotético, un universal libertario. Por ejemplo: cuando el investigador crítico se pregunta por las condiciones que determinan la existencia fáctica de los jueces y los tribunales, está implícitamente *cuestionando* esa existencia fáctica de los jueces y los tribunales; él personalmente puede “preferir” que existan jueces y tribunales, pero al investigarlos *críticamente* para determinar las condiciones de su existencia, debe cuando menos *suponer hipotéticamente*, como experimento mental, una situación en la cual los jueces y los tribunales no existieran. Por ello la *crítica* es cuestionadora en el doble sentido que este término tiene en español: pregunta y a la vez pone en duda (porque en realidad, preguntarse por la necesidad de algo es ya-siempre poner en duda esa misma supuesta necesidad).

No pretendo ser original en todo esto: es muy claro que esta tesis de un *universal epistemológico libertario* presenta “aires de familia” con los conceptos de “dialéctica negativa” de Adorno, de “comunidad ideal de habla” de Apel y de Habermas, de “universal negativo” de B. de Souza Santos y, particularmente, de “anarquismo como Crítica del Conocimiento” del joven Kelsen (2003:289).¹⁶ Y es en este último, por su relevancia específica para la Filosofía del Derecho, donde quiero detenerme un poco a continuación.

IV. El “anarquismo como Crítica del Conocimiento” en Hans Kelsen

En 1922, Hans Kelsen publicaba un breve artículo que era una crítica a la Teoría del Derecho dominante, para desenmascarar su carácter ideológico. Esa crítica puede considerarse una de los escalones que llevarán a Kelsen para construir luego su Teoría Pura del Derecho.¹⁷ Y no es casualidad que el título de ese artículo de 1922, *Dios y Estado*, sea prácticamente igual al de un texto clásico del anarquismo: *Dios y el Estado*, de Mijail Bakunin.¹⁸

¹⁶ Aclaremos de entrada que este “anarquismo metodológico” no tiene nada que ver con lo que Paul Feyerabend denomina del mismo modo.

¹⁷ En realidad, ya en 1911 había trazado su programa de trabajo a futuro en los *Hauptprobleme der Staatsrechtstheorie*. En 1925 publicaría su *Teoría general del Estado*, y en 1935 su primera versión de la *Teoría Pura del Derecho*.

¹⁸ Es más, seguramente el título no es “casi” igual sino que es igual. Como me señala agudamente Martín Rempel, la pequeña diferencia entre ambos títulos (*Dios y Estado* y *Dios y el Estado*) se deba simplemente a que el libro de Bakunin circuló principalmente en francés, idioma en que el artículo determinativo no podría ser omitido).

En aquel artículo de 1922, KELSEN se apoya en la psicología y la sociología de su tiempo; y en esto corroboramos una vez más que la crítica del Derecho y de la Teoría del Derecho sólo puede hacerse desde otras disciplinas no jurídicas. Ese enfoque psico-sociológico le sirve a KELSEN para explicar las analogías existentes entre la autoridad religiosa (Dios) y la autoridad política (Estado); y, naturalmente, esas analogías entre Dios y Estado conforman los supuestos ideológicos que mistifican y contaminan el discurso de la Teoría del Derecho a-crítica vigente. Al desenmascarar esos supuestos ideológicos (es decir, no científicos), KELSEN busca mostrar cómo los falsos dualismos Dios/mundo y Estado/Derecho generan pseudo-problemas que se disuelven cuando se los plantea de un modo epistemológicamente adecuado.

KELSEN presenta como co-originarias las representaciones humanas de la autoridad religiosa y de la autoridad social: la autoridad divina y la política nacen como una y la misma autoridad. Según KELSEN, el individuo vivencia al mundo (incluido lo social) como un todo en que se halla inmerso y que escapa a sus designios personales. De allí que surja en el individuo un sentimiento de dependencia y subordinación que no es otra cosa que la introyección del mundo (incluido lo social) en la conciencia. Estas tesis de KELSEN guardan una notable similitud con la explicación que del mismo asunto ya había provisto BAKUNIN (1977; 2000). El hombre primitivo, tanto para KELSEN como para BAKUNIN, propende a interpretar las leyes de la naturaleza como expresión de una normatividad establecida por personas superiores (dioses), creándose así una imagen antropomórfica y teleológica, o sea mítica, del universo. Y tanto para KELSEN como para BAKUNIN, contra esa visión primitiva se alza la razón científica moderna, que desecha la noción mítica de "comportamiento de las cosas de acuerdo a una voluntad trascendente", para estudiarlas en su regularidad inmanente e impersonal (o sea, a partir de su simple causalidad empírica).¹⁹

Apoyándose expresamente en la filosofía de Ludwig Feuerbach (fuente fundamental de toda la Crítica del siglo XIX) y en la sociología de Emile Durkheim, KELSEN afirma que para el hombre primitivo Dios es una imagen inconsciente de la sociedad misma (por ello es que desde un punto de vista psicológico no hay diferencia sustancial entre el culto a Dios y el culto a los héroes y gobernantes). Acá KELSEN (2003) también

¹⁹ En 1943, veinte años después de este artículo de 1922, KELSEN (1945), apoyándose ahora en estudios antropológicos empíricos, dedicará un grueso y ambicioso volumen específicamente a este tema.

echa mano a las modernas herramientas teóricas del psicoanálisis, citando expresamente a Freud, para explicar esa identidad psicológica sustancial a partir de un común origen de ambas en la misma experiencia psíquica de la relación del niño con su padre (pp. 270-1):

[el padre] penetra en el alma del niño en forma de gigante, de poder supremo, y llega a ser para él la autoridad como tal. Como padre se experimenta también más tarde toda autoridad; como sustituto del padre se presenta el Dios venerado, el héroe admirado, el soberano amado con respetuoso temor; sólo como representantes del padre pueden estas autoridades suscitar en beneficio propio todas aquellas emociones que convierten a los hombres en infantes carentes de voluntad y opinión propias.

Y esa voluntad de sumisión, continúa KELSEN (2003), desde el punto de vista psicológico, implica también una voluntad de dominación: quien se somete a la autoridad quiere también que se sometan los demás; desea que los otros también se dobleguen ante su “bandera”, pues de algún modo es su propia voluntad inconsciente (pp. 271-2). Pero si se limpia a la Teoría del Derecho y del Estado de las máscaras ideológicas y místicas que le contrabandea la religión y la Teología, entonces quedan a la vista los verdaderos actores de la representación política y religiosa: el hecho crudo de hombres que ejercen dominio sobre otros hombres. Hacer caer esas máscaras, según KELSEN (2003), es la tarea de la ciencia social, que por principio es Crítica de la Ideología (p. 273):

[s]i la sociedad debe concebirse como mera ideología, en tal caso la religión constituye tan sólo una ideología social particular, originariamente idéntica a esa ideología social que puede designarse, en el sentido más lato de la palabra, como Estado; en esta fase del razonamiento, las representaciones de Dios y del Estado coinciden plenamente.

Por todo esto, no deben sorprender las notables analogías entre la Teología y la Teoría del Derecho y del Estado. En sus expresiones acríticamente generalizadas y aceptadas, ambas no dejan de ser “ideologías” que presentan una común estructura semántica discursiva cuyo carácter pre-científico debe ser desenmascarado por la crítica científica y concienzuda.

Como las analogías entre religión y Derecho no son casuales, sino que surgen de la misma tendencia psíquica primitiva a duplicar metafísicamente la realidad, desde un punto de vista epistemológico la razón científica debe abordar la crítica del Derecho del mismo modo que aborda la crítica de la religión. El dualismo entre Dios y el mundo, así como el dualismo entre el Estado y el Derecho, no serían más que expresiones "ideológicas" propias de un modo primitivo de pensar. Según Kelsen, la idea de Dios no puede tener más sentido que el de una expresión metafórica para personificar al mundo mismo, y la idea de Estado no puede tener más sentido que el de una expresión metafórica para personificar al orden jurídico mismo. Por lo tanto, para Kelsen (2003), una Teoría del Derecho libre de "ideología" y de todo dualismo metafísico (es decir, una Teoría Pura del Derecho) sólo es posible desde un *anarquismo metodológico* que muestre la insustancialidad del Estado, es decir, que muestre que el Estado no es más que una personificación metafórica del mismo Derecho (p. 289).

En efecto, Kelsen subraya que los paralelismos entre Dios y Estado se extienden también a las teorías que los niegan: el ateísmo y el anarquismo. No es casual que los anarquistas profesen en general un anti-teísmo militante. Sin embargo, es preciso advertir aquí una importante diferencia entre el enunciado "Dios no existe" y el enunciado "el Estado *no debería* existir". El primer enunciado no es normativo, sino que *pretende informar* sobre la inexistencia efectiva del ente "Dios", supuesto creador del mundo sensible (de algún modo, con todo lo problemático que pueda ser atribuirle semánticamente sentido, este enunciado *pretende* ser tomado por *verdadero*). En cambio, el segundo enunciado expresa una "preferencia" ético-política que *pretende* ser tomada como *justa* o *buen*a o *conveniente* (es decir, no reclama ninguna clase de "verdad" sino alguna clase de *aprobación normativa*). Es más, como para Kelsen "Estado" no es otra cosa que una expresión metafórica para personificar al mismo orden jurídico como totalidad, decir que "el Estado *no debería* existir" sólo podría significar dos cosas:

1. O bien que *no debería* existir el mismo orden jurídico, posición que Kelsen no comparte.
2. O bien que *no debería* efectuarse esa personificación metafórica del Derecho que implica el empleo de la palabra "Estado". En todo caso, esto sí lo acepta Kelsen al considerar "superflua" esa duplicación metafórica del Derecho, aunque por momentos puede resignarse a ella como manera abreviada de resaltar el carácter de persona jurídica por excelencia que posee el propio ordenamiento jurídico considerado en su totalidad.

Es sobre estas bases que KELSEN traza una distinción entre dos tipos de anarquismo:

1. Un *anarquismo metodológico*, entendido como crítica del conocimiento (crítica que desenmascara las ideologías encubridoras de las relaciones de poder que se ocultan detrás de las teorías del Estado y del Derecho que postulan la existencia de un ente “Estado” distinto del mismo Derecho); y
2. un *anarquismo ético-político*, orientado activamente a la eliminación del Estado (esto es, de todo orden jurídico, esto es, de todo orden coactivo).

El anarquismo metodológico no es una “preferencia” normativa, sino el punto de apoyo y partida de toda indagación crítica en sentido estricto respecto del Derecho. En cambio, el anarquismo ético-político es una “preferencia” normativa que postula un ideal de orden social a alcanzar por determinadas vías de acción política. KELSEN, en tanto científico, abraza expresamente el anarquismo del primer tipo, es decir, el metodológico, al tiempo que se despegas del segundo. En efecto, sabemos que KELSEN no es *políticamente anarquista*, sino liberal democrático (con tendencias social-demócratas moderadas) (RESNIK, 1997: 42); y acá no hay contradicción lógica alguna entre su postura metodológica y su postura política. Es decir, para KELSEN no es lógicamente correcto inferir el *anarquismo ético-político* a partir del *anarquismo crítico metodológico*.²⁰ Sin embargo, no obstante su distanciamiento del anarquismo ético político, el propio KELSEN (2003) señala en las últimas líneas de su artículo, que el simple *anarquismo metodológico* (que él abraza) “no carece de todo efecto ético político”. En efecto (p. 289):

²⁰ Ello sería incurrir en la siguiente falacia: como no existe un ente Estado distinto del mismo ordenamiento jurídico, entonces, no debería existir el ordenamiento jurídico. En el plano teológico, la misma falacia sería la siguiente: como no existe un ente Dios distinto del mismo universo, entonces no existen las leyes del universo (físicas, astronómicas, biológicas, etc.). Aunque no venga ahora al caso, digamos de pasada que ningún *anarquista ético-político* incurre en esa falacia, es decir, ninguno deduce ni pretende deducir la abolición del orden jurídico a partir de la constatación de que Dios y Estado son mitos ideológicos. Lo que hacen los anarquistas ético-políticos es exactamente lo inverso de ello. En primer lugar, parten de una preferencia normativa: “el gobierno del hombre sobre el hombre *no debería* existir”; y luego, con espíritu crítico científico, como KELSEN, pasan a demostrar que, de hecho, ni Dios ni el Estado existen del modo en que los presentan la teología y la teoría del Estado, sino que son meras mistificaciones ideológicas que encubren una única e idéntica situación en ambos casos: la dominación de hombres sobre hombres. Se puede ser un anarquista metodológico, en el sentido de KELSEN, sin ser anarquista ético-político; pero no se podría ser un anarquista ético-político sin ser a la vez un anarquista metodológico, es decir, un crítico de las ideologías encubridoras.

[a]l enseñarle a concebir al Estado como el simple orden jurídico, este tipo de anarquismo [el metodológico] despierta en el individuo la conciencia de que este Estado es obra humana, hecha por hombres y para hombres y que de la esencia del Estado, por consiguiente, no puede deducirse nada que vaya en contra del hombre. Si siempre han sido los detentadores del poder según el orden estatal vigente quienes se han opuesto a todo intento por modificar este orden esgrimiendo argumentos extraídos de la esencia del Estado, y quienes han declarado absoluto ese fruto contingente de la historia que es el contenido del orden estatal, porque estaba acorde a sus intereses, esta teoría, en cambio, que declara al Estado como orden jurídico cuyo contenido es variable según los casos y siempre susceptible de ser modificado, esta teoría que por lo tanto no deja al Estado más que el criterio formal de supremo orden coactivo, descarta uno de los obstáculos políticos más poderosos que en todas las épocas han servido para trabar cualquier reforma del Estado en beneficio de los gobernados".²¹

Bien, el *universal libertario* del que vengo hablando como base de un programa de *crítica radical* del Derecho debe ser entendido en similar sentido al del *anarquismo metodológico* de Kelsen. Sólo debemos señalar una importante diferencia. Como surge de las palabras recién citadas, Kelsen admite el carácter de "fruto contingente de la historia que es el *contenido* del orden estatal", pero deja fuera de la crítica a la *forma* estatal en tanto "criterio *formal* de supremo orden coactivo". En cambio, nuestro *universal epistemológico libertario*, como supuesto de una *crítica radical* del Derecho, sirve de supuesto a la crítica de lo que la obra de Kelsen deja de cuestionar, que es precisamente al Estado (o sea el Derecho en sí mismo) como "criterio formal supremo de orden coactivo"; y si un programa tal de *crítica radical* es posible, no es por ir en contrario de la Teoría Pura de Kelsen, sino gracias al camino despejado por ella.

21 Lo agregado entre corchetes y el remarcado en bastardilla es mío.

V. La crítica radical del Derecho como crítica del Estado

KELSEN define al Derecho como un *orden normativo* que regula conductas a través de motivaciones indirectas, es decir, por medio de sanciones que enlazan ventajas a su observancia o desventajas a su inobservancia. Como esas sanciones se aplican independientemente de la voluntad de quien queda sujeto a ellas, el Derecho es un orden normativo *coactivo*.²² Ahora bien, así como cualquier persona jurídica colectiva (p.ej., una sociedad comercial o una fundación) no es realmente nada diferente de los mismos reglamentos que la instituyen como tal (es decir, como “persona jurídica”), el Estado no es realmente nada diferente del orden jurídico, sino que simplemente es una personificación metafórica de éste. El Estado argentino no es una cosa distinta del orden jurídico argentino, sino que es este mismo orden jurídico (o sea, el Derecho argentino) considerado en su totalidad y como “persona jurídica”.

Es cierto que estamos acostumbrados al error de pensar al Estado como si fuera algún ente distinto del Derecho, subyacente y previo al Derecho, que crea o pone el Derecho. Pero este dualismo es mera ideología y no resiste un análisis riguroso. En efecto, quienes postulan ese dualismo suelen dar definiciones de Estado ideológicas, normativas, cuando no mistificadoras, pero de ningún modo científicas. Así encontramos que algunos definen al Estado por la intensidad de los vínculos sociales (culturales o afectivos) que se da al interior de un cierto colectivo humano, lo que no puede explicar que los vínculos entre gente que vive a ambos lados de una frontera estatal sean más intensos que los que suelen presentarse entre gente que vive dentro de un mismo Estado separada por grandes distancias, espaciales o culturales. También encontramos a quienes definen al Estado como la expresión de una suerte de voluntad o interés común del cual emanaría el Derecho, tesis que deja de lado la gran diversidad de intereses, especialmente de clase, que están en conflicto dentro de un mismo Estado. En fin, por último encontramos a

²² Aunque los sistemas morales también suelen enlazar ventajas o desventajas (por ejemplo, la aprobación o reprobación pública), la diferencia con el Derecho está en que la sanción jurídica es definida, mientras que la sanción moral es espontánea y difusa, esto es, no señalada expresamente ni atribuida a un órgano específico. Por su parte, la religión también postula sanciones coactivas para quienes infrinjan sus mandatos, pero se trata de sanciones trascendentes (impuesta, supuestamente por la divinidad); en cambio, el Derecho organiza terrenalmente el empleo de la fuerza, aquí y ahora, monopolizándola para evitar su empleo privado y subjetivo. El monopolio de la fuerza que ejerce el Derecho es atributo del mismo orden jurídico (Estado). Desde este punto de vista, una vez más, las normas religiosas están más próximas al Derecho que las de la moral. Cfr. KELSEN (1988: 23; 2011: 44).

quienes pretenden definir al Estado como un gran organismo viviente del cual los individuos serían meras células subordinadas, con lo que resucitando viejas ideas metafísicas sólo procuran justificar el totalitarismo.

En fin, para KELSEN (1944), concebir al Estado como un macro-sujeto previo y preexistente al orden jurídico es una manifestación más del animismo primitivo, esto es, de la tendencia a personificar los objetos de nuestro conocimiento, duplicándolos misticamente. Así como el hombre primitivo ve un dios o un espíritu detrás de cada fenómeno natural, de igual manera, los dualistas creen ver un ente real, un gran sujeto, organismo, espíritu, etc. detrás del orden jurídico positivo. Pero no hay en verdad tal sujeto detrás del orden jurídico; sólo se trata de una *personificación metafórica del mismo orden jurídico* (p. 227):

[c]uando se habla del poder del Estado, generalmente se piensa en prisiones y sillas eléctricas, cañones y ametralladoras. Más no debe olvidarse que todas estas son cosas muertas que sólo se convierten en instrumentos de poder al ser usadas por seres humanos, y que los hombres generalmente las utilizan movidos por cierto propósito, en virtud de mandatos que consideran como normas. El fenómeno del poder político manifiéstase en el hecho de que las normas que regulan el uso de tales instrumentos resultan eficaces. El "poder" no está constituido por las prisiones y las sillas eléctricas, las ametralladoras o los cañones, ni es una especie de substancia o de entidad oculta detrás del orden social. El poder político es la eficacia de un orden coactivo que se reconoce como derecho. Es incorrecto describir al Estado como "un poder detrás del derecho", pues esta frase sugiere la existencia de dos entidades separadas allí donde sólo hay una, a saber, el orden jurídico. El dualismo de Estado y derecho es una duplicación superflua de los objetos de nuestro conocimiento, y resulta de la tendencia a personificar e hipostasiar nuestras personificaciones. Un ejemplo típico lo encontramos en la interpretación animista de la naturaleza, esto es, en la idea del hombre primitivo de que la naturaleza está animada, y de que detrás de cada cosa existe un alma, un espíritu, un dios: detrás del árbol, la dríade; detrás del río, la ninfa; detrás de la luna, la diosa lunar; detrás del sol, un dios solar. Así, detrás del derecho imaginamos su personificación hipostasiada, el Estado, dios del derecho. El dualismo de derecho y Estado es una superstición animista.

Pero Kelsen (1944) no afirma que el concepto jurídico de Estado como equivalente al mismo orden jurídico sea el único concepto científicamente útil. De hecho hay también un concepto weberiano de Estado útil para la ciencia sociológica. Se trata del Estado como asociación de dominación institucionalizada que reclama con éxito el monopolio de la coacción. Así entendido, el Estado es visto como una relación entre quienes mandan y gobiernan, por un lado, y quienes obedecen y son gobernados, por otro lado (p. 227). Pero, señala Kelsen, la sociología política sólo se interesa por el mando que ciertos individuos ejercen, en tanto “órganos del Estado”, sobre otros; y sólo puede entenderse la noción de “órgano del Estado” en un sentido jurídico. Por lo tanto, concluye Kelsen que incluso el sentido sociológico de Estado supone previamente al concepto jurídico del mismo.

En efecto, un “órgano” del Estado no es otra cosa que un individuo (o un conjunto de individuos) a cargo de una función específica dentro del ordenamiento jurídico. Es decir, un individuo (o conjunto de individuos) cuyos actos son “atribuidos” a esa personificación metafórica del derecho que es el Estado. El Estado es, entonces, como toda *persona jurídica*, una suerte de punto de imputación de ciertos actos humanos; y los individuos cuyos actos el derecho imputa al “Estado” son lo que llamamos “órganos del Estado”, o sea, funcionarios. Pero el Estado como sujeto ficcional de imputación de tales actos o conductas, como “persona actuante”, una vez más, no es otra cosa que una personificación metafórica del orden jurídico mismo.²³

Creo que al limpiar de todo elemento ideológico al concepto de Estado, asimilándolo al mismo orden jurídico positivo, la Teoría Pura de Kelsen hace un aporte fundamental para una *crítica* del Derecho que se pretenda radical. Kelsen ha dicho en voz alta que el rey estaba desnudo. Si se hace abstracción de todo elemento ideológico y ficcional, el Estado queda identificado con el Derecho, el que a su vez es definido específicamente, independientemente de su variable contenido material, por su carácter coactivo. Así, siendo esencialmente idénticos Estado, derecho y sistema de normas vigentes respaldadas en la coacción, un programa de crítica de la coacción organizada misma (lo que Kelsen antes llamó “criterio formal supremo de orden coactivo”) equivaldría a un programa de *crítica radical* del Derecho, o más claramente, a un programa de Crítica del Estado. Esta *crítica* sólo puede concebirse desde el supuesto

²³ Los llamados “elementos clásicos del Estado” (poder, territorio, población) no son otra cosa, respectivamente, que la eficacia del orden jurídico y sus ámbitos de validez jurisdiccional.

epistemológico de un *universal libertario* que permita poner en duda, al menos hipotéticamente, la necesidad misma del "criterio formal supremo de orden coactivo".

VI. Conclusiones generales

Recordemos que, en el sentido técnico restringido, *crítica* significa indagación de los condicionamientos, supuestos implícitos y presupuestos de una cierta institución o de un cierto discurso. Recordemos también que, en sentido técnico ampliado, *crítica* significa lo mismo, pero en función de un ideal ético normativo (una "preferencia") que eventualmente debería remplazar a la institución o el discurso criticado; obviamente este ideal normativo es un elemento extra-científico adicional, que hoy día sólo puede entenderse como un anacronismo supérstite de la Crítica socialista del siglo XIX.

En el campo del Derecho, entonces, hacer *crítica* no significa formularse la clásica pregunta jus-naturalista (¿cuáles son las normas jurídicas justas?), que plantea extra-jurídicamente una simple cuestión de preferencias normativas. Tampoco significa formularse la no menos clásica pregunta jus-positivista (¿cuál es la normativa válida vigente?), que plantea de modo acertado la cuestión más elemental de la Ciencia del Derecho. Hacer *crítica* en el campo del Derecho es plantearse: "¿cuáles condiciones hacen posible que tal institución jurídica exista o funcione como funciona?" o "¿qué prejuicios o condicionamientos determinan la vigencia o aceptación de tal discurso o teoría jurídicos?". Este tipo de preguntas también son extra-jurídicas, pero no en el sentido jus-naturalista, pues no remite a justificar preferencias normativas, sino a indagar en otras disciplinas científicas (v.gr., la sociología, la teoría política, la psicología, la semiología, etc.) los presupuestos y condicionamientos del Derecho.

Llegados a este punto, creo que podríamos diferenciar tres niveles posibles de crítica del Derecho. En primer lugar, está la que podemos denominar *crítica jurídica parcial*, enfocada en alguna institución o aspecto particular del Derecho (como puede ser la función judicial, o la legislación, o la promulgación de decretos, o la división de poderes, o la propiedad privada, o el régimen de los contratos, o la enseñanza del Derecho en las universidades, etc.).²⁴ En segundo lugar, está la que podemos denominar *crítica jurídica general*, enfocada en el *contenido en general* de lo que el Derecho dice y en *aspectos*

²⁴ Un ejemplo de este tipo de trabajos lo hallamos en el ensayo de Duncan KENNEDY (2010) titulado *El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica* (pp. 27 y ss.).

genéricos de cómo lo dice.²⁵ En tercer lugar, está lo que aquí hemos intentado esbozar como *crítica radical del Derecho*, enfocada específicamente en la coactividad misma que define al Derecho (lo que KELSEN llamó el “criterio formal de supremo orden coactivo”). Aquí la cuestión ya no es *particularmente*, por ejemplo, cómo, cuándo y por qué se filtra la ideología política en las decisiones del juez. Tampoco se trata de la cuestión *genérica* de por qué el Derecho dice eso que dice y no otra cosa, o de por qué lo que el Derecho dice se supone jurídicamente conocido por todos a pesar de su evidente opacidad para todos. La cuestión de la *crítica radical del Derecho* apunta *específicamente* a la raíz del Derecho, es decir, a su carácter coactivo: ¿por qué hay coacción jurídica? ¿Qué condiciones sociales hacen posible que exista un orden coactivo, cualquiera fuera? ¿Existe una suerte de “ideología de la coacción”? Y, en tal caso, ¿sobre cuáles prejuicios y supuestos implícitos se apoya?

Para terminar, subrayemos unas últimas observaciones:

1. Antes que nada, insistamos una vez más en que el ideal ético-político (el socialismo) que orientaba a la Crítica del siglo XIX no se postulaba como una mera preferencia normativa, sino como una ideal racional inscripto en el mismo devenir histórico de la humanidad. Es decir, pretendía ser un ideal extraído científicamente del conocimiento de las leyes inmanentes a la sociedad y a la historia. Hoy, por variadas razones, esa metafísica de la historia es insostenible, por lo que el socialismo no puede concebirse más que como una preferencia ético-política a la que podemos reconocerle mayor o menor valor moral, pero no epistémico, que a otras ideologías políticas.
2. La diferencia entre el concepto restringido y el concepto ampliado de *crítica* consiste en que la primera no hace explícito ningún ideal ético-político, es decir, ninguna preferencia normativa. Tal vez su mérito consista en que, con su actitud de asepsia metodológica, pretende dejar de lado o entre paréntesis toda preferencia política que pueda contaminar la pureza científica de sus conclusiones. Sin embargo, ello no significa que las preferencias ético-políticas no se filtren inconscientemente de diversas maneras (por ello mismo, siempre los resultados de la crítica pueden a su vez ser criticados ulteriormente). En cambio, la *crítica*, entendida en su sentido ampliado, asume explícitamente un ideal ético-político al

²⁵ Ejemplos de este tipo de trabajos los hallamos en textos como *Crítica de la ideología jurídica*, de Oscar CORREAS, y *La opacidad del Derecho*, de Carlos CÁRCOVA (1993), CÁRCOVA (2006).

servicio del cual pone a la indagación crítica. Tal vez su mérito consista en que, con su actitud de honestidad explícita, pretende informar a los demás cuáles son las preferencias normativas explícitas que pueden afectar la pureza científica de sus conclusiones. Sin embargo, ello no significa que no se filtren también inconscientemente de diversas maneras otros supuestos y preferencias normativas, incluso contradictorios con los ideales expresados abiertamente (por ello mismo, siempre también los resultados de la crítica, en sentido ampliado, pueden a su vez ser criticados ulteriormente).

3. Como la crítica busca sacar a la luz los supuestos y condicionamientos histórico-sociales en que cierta institución o discurso se sostiene, su objetivo es siempre mostrar la *contingencia* de tal institución o discurso. Pero la crítica sólo puede proponerse demostrar la *contingencia* de cierta institución o discurso, si supone ella misma, al menos hipotéticamente, algún ideal alternativo posible. Por ejemplo, si la crítica pretende mostrar la *contingencia* del régimen de propiedad vigente, es porque asume, implícita o explícitamente, la posibilidad de un régimen de propiedad diferente del vigente.
4. Ese ideal alternativo que subyace implícitamente (en el sentido restringido) o explícitamente (en el sentido ampliado) en toda crítica, suele concebirse habitualmente como una preferencia ético-política cuya realización *debería* desplazar al *statu quo* criticado. Pero en estos términos, ese ideal ya es potencialmente "ideología" de un estado de cosas eventual, y en cuanto tal, un ideal tan *contingente* y antojadizo como la institución o el discurso criticados. Como ya se dieron cuenta los teóricos de Frankfurt, sólo un ideal *negativo* y *epistemológico* puede evitar el inconveniente del mutar de la crítica hacia la ideología (o de la razón en mito). Este ideal ya no es una mera "preferencia ético-política", sino lo que hemos llamado *universal libertario*, presupuesto pragmático en que la crítica ha de sostenerse para seguir siendo siempre *radicalmente crítica*, es decir, cuestionamiento radical de lo positivo-vigente.
5. En efecto, tanto la *crítica jurídica parcial como la general* pueden ensayarse asumiendo, explícita o implícitamente, ciertas preferencias normativas alternativas a la institución criticada o al contenido general del Derecho criticado. Pero la *crítica radical del Derecho* sólo puede ensayarse asumiendo el presupuesto epistemológico del *universal libertario*. Es cierto que el anarquismo también es una preferencia ético-política, pero ya vimos que no es preciso ser un anarquista para asumir epistemológicamente (o sea, como puro presupuesto teórico para la indagación crítica) este *universal libertario*. Yo soy anarquista, pero no se precisa

serlo para preguntarse e investigar acerca de las condiciones que determinan la existencia de toda y cualquier institución jurídica o política, incluida especialmente la organización misma de la sociedad por medio de la coacción. En otros términos: si se pretende investigar los condicionamientos sociales, psicológicos, ideológicos, etc. que posibilitan la vigencia efectiva de todo orden coactivo, necesariamente, se lo reconozca o no, se asume ya como supuesto epistemológico (pragmático-discursivo) un *universal libertario*, independientemente de que el investigador profese un anarquismo ético-político.

Bibliografía

- APEL, K. (1991) *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona, Paidós.
- BAKUNIN, M. (1924) *Obras completas, vols. 1 y 2*. Buenos Aires, Editorial La Protesta.
- (1977) *Obras, Vol. III*, Madrid, Júcar.
- MAXIMOFF, G. (comp.) (1994) *Escritos de Filosofía Política*. Barcelona, Altaya.
- (2000) *Dios y el Estado*. Buenos Aires, Altamira.
- CÁRCOVA, C. (2006) *La opacidad del derecho*. Madrid, Trotta.
- (2009) “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho”, en COURTIS, Ch. (comp.) (2009) *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires, Eudeba.
- CASTRO GÓMEZ, S. (2005) *La poscolonialidad explicada a los niños*. Colombia, Jigra de Letras, Universidad de Cauca.
- CORREAS, O. (1993) *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*. México, UNAM.
- (1995) *Teoría del Derecho*. Barcelona, Bosch.
- (1997) *Metodología jurídica. Una introducción filosófica*. México, Fontamara.
- (1998) *Sociología del derecho y crítica jurídica*. México, Fontamara.
- (1999) *Introducción a la sociología jurídica*. México, Fontamara.
- (2003) (Comp.) *El otro Kelsen*. México, Ediciones Coyoacán.
- (2009) *Razón, retórica y derecho. Una visita a Hume*. México, Ediciones Coyoacán.
- COURTIS, Ch. (2009) *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires, Eudeba.

- D'AURIA, A. (2012) *Teoría y crítica del Estado*. Buenos Aires, Eudeba.
- (2013) "Introducción a la pureza de la razón crítica (o 'el otro Correas')", en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, número 35, México.
- DUSSEL, E. (2009) *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión*. Madrid, Trotta.
- ENGELS, F (2006) *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Madrid, Fundación F. Engels.
- FEUERBACH, L. (2008) *La esencia del Cristianismo*, Buenos Aires, Claridad.
- FOUCAULT, M. (1991) "Verdad, individuo y poder", en FOUCAULT, M. (2009) *Tecnologías del yo*. Barcelona, Paidós.
- (1996) *¿Qué es la ilustración?* Madrid, Ediciones de La Piqueta.
- (2004) *Nietzsche, la genealogía, la historia*. Valencia, Pre-textos.
- (2009) *Una lectura de Kant*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- HABERMAS, J. (1998) *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta.
- (1999) *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid, Taurus.
- (2008) *El discurso filosófico de la modernidad*. Buenos Aires, Katz Editores.
- HONNETH, A. (2009) *Patologías de la razón. Historia y actualidad de la Teoría Crítica*. Buenos Aires, Katz Editores.
- HORKHEIMER, M. (2002) *Crítica de la razón instrumental*. Trotta, Madrid.
- (2008) *Teoría crítica*. Buenos Aires, Amorrortu.
- HORKHEIMER, M y ADORNO, Th. (1969) *Dialéctica del iluminismo*. Buenos Aires, Sudamericana.
- KANT, I. (1994) "Replanteamiento de la cuestión sobre si el género humano se halla en continuo progreso hacia lo mejor", en *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos*. Madrid, Tecnos.
- (2007) "Respuesta a la pregunta: ¿qué es la Ilustración?", en VV.AA. (2007) *¿Qué es la Ilustración?* Madrid, Tecnos.

- KELSEN, H. (1944) *Sociedad y naturaleza*. Buenos Aires, Depalma.
- (1984) *¿Qué es la justicia?* Buenos Aires, Editorial Leviatán.
- (1988) *Teoría general del derecho y del Estado*. México, UNAM.
- (2003) “Dios y Estado”, en CORREAS, O. (comp.) (2003) *El otro Kelsen*. México, Eds. Coyoacán.
- (2011) *Teoría pura del derecho*. México, Porrúa.
- (2012) *Teoría general del Estado*. México, Coyoacán.
- KENNEDY, D. (1980) “First Year Teaching Law as Political Action”, en *Law & Social Problems*, volumen 1, 1980, p. 47 y ss. Disponible para su consulta en [www.duncankennedy.net].
- (2010) *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- (2012) *La enseñanza del derecho*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- KOSSELLECK, R. (2007) *Crítica y crisis. Un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués*. Madrid, Ed. Trotta.
- KROPOTKIN, P. (1923) *El Estado. Su rol histórico y El Estado moderno*. Buenos Aires, Editorial La Protesta. [El nombre del autor figura como *Kropotkine*].
- (s/f) *Las prisiones* [Incluye también *La moral anarquista y El salariado*]. Barcelona, Biblioteca de Cultura, Casa editorial de Bauzá. [El nombre del autor figura como *Kropotkine*].
- MANNHEIM, K. (1958) *Ideología y utopía. (Introducción a la sociología del conocimiento)*. Madrid, Aguilar.
- MARÍ, E. (1974) *Neopositivismo e ideología*. Buenos Aires, Eudeba.
- (1996) *Papeles de filosofía II. La teoría de las ficciones en la política y la filosofía*. Buenos Aires, Biblos.
- MARÍ, E. et al. (2006) *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires, LexisNexis – Abeledo Perrot.
- MARX, K. (1985) “El dieciocho Brumario de Luis Bonaparte”, en *Trabajo asalariado y capital*. Barcelona, Planeta-Agostini, pp. 135 y ss.
- (1986) *El capital. Crítica de la economía política*. México, FCE.

- (1996) *Introducción general a la crítica de la economía política/1857*. México, Siglo XXI. [Esta edición en español incluye el "Prólogo a la contribución a la crítica de la economía política" de 1859].
- (2004) *Crítica de la filosofía del derecho de Hegel*. Buenos Aires, Ediciones del Signo.
- (2010) *La ideología alemana y otros escritos filosóficos*. Buenos Aires, Losada.
- MARX, K y ENGELS, F. (1938) *La sagrada familia, Crítica de la crítica crítica*. Buenos Aires, Editorial Claridad.
- MENDELSSOHN, M. (2007) "Acerca de la pregunta ¿a qué se llama ilustrar?", en ERHARD, J., HERDER, J., KANT, I et al. (2007) *¿Qué es la Ilustración?* Madrid, Tecnos.
- MIGNOLO, W. (2003) "El pensamiento des-colonial, desprendimiento y apertura: un manifiesto", en WALSH, C., MIGNOLO, W. y GARCÍA LINERA, A. (2003) *Interculturalidad, descolonización del Estado y del conocimiento*. Buenos Aires, Ediciones del Signo.
- PAINE, T. (2008) *Derechos del hombre*. Madrid, Alianza.
- PROUDHON, P. (1983) *¿Qué es la propiedad?* Buenos Aires, Orbis-Hyspamérica.
- (2008) *El principio federativo*. Buenos Aires, Anarres.
- RESNIK, M. (1997) *Estado y Política. Una aproximación sistémica*. Buenos Aires, La Ley.
- (2012) *Paradigmas en ciencia política*. Buenos Aires, Eudeba.
- RUIZ, A. (2009) "Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo", en COURTIS, Ch. (comp.) (2009) *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires, Eudeba.
- SIEYÉS (1943) *¿Qué es el Tercer estado?* Buenos Aires, Editorial Americalee.
- SOUZA SANTOS, B. de (2009) *Una epistemología del Sur*. Buenos Aires, CLACSO-Siglo XXI.
- TODOROV, T. (2014) *El espíritu de la Ilustración*. Barcelona, Galaxia Gutenberg.
- STIRNER, M. (2004) *El único y su propiedad*. Madrid, Valdemar.
- VERNENGO, R. (1985) *Curso de teoría general del derecho*. Buenos Aires, Depalma.
- WEBER, M. (1985) *Ensayos de sociología contemporánea*. Barcelona, Planeta-Agostini.
- WIGGERSHAUS, R. (2011) *La Escuela de Franckfort*. México, FCE.
- WOLKMER, A. (2003) *Ideología, Estado e Direito*. Sao Paulo, Editoria Revista dos Tribunais.

— (2006) *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. México, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luís Potosí.

— (2006a) *Síntese de uma História das Idéias Jurídicas da Antigüidade Clássica à Modernidade*. Florianópolis, Fundacão Boiteux.

ZAFFARONI, E. (2005) *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Ediar, tomo II.