

RESONANCIAS DE LA CRÍTICA FILOSÓFICA EN LAS DISCUSIONES CONTEMPORÁNEAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. PRINCIPALES APORTES*

SOFÍA AGUILAR**

Resumen. El objetivo general de este trabajo es mostrar cómo a partir del análisis de las propuestas de HABERMAS y FOUCAULT es posible advertir dos derivas de la crítica filosófica que permean la filosofía del derecho. Sostendremos que, a partir del llamado “Debate HABERMAS-FOUCAULT” es posible delimitar una suerte de *matriz polémica general* que se reintroduce, muchas veces de forma inadvertida, en el campo específico de la filosofía del derecho. Para ejemplificar esta cuestión, hemos seleccionado a cuatro autores reconocidos: MANUEL ATIENZA, ROBERT ALEXY, ENRIQUE MARÍ y BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. Esta selección no pretende ser exhaustiva sino meramente ejemplificativa o bien una posible aplicación de nuestro planteo a partir del cual pretendemos brindar un marco de comprensión general para algunas discusiones actuales en la disciplina.

Palabras clave: crítica, derecho, razón, Habermas, Foucault.

RESONANCES OF THE PHILOSOPHICAL CRITICISM IN THE CONTEMPORARY DISCUSSIONS OF THE PHILOSOPHY OF LAW. MAIN CONTRIBUTIONS

Abstract. The general objective of this work is to show how, based on the analysis of the proposals of HABERMAS and FOUCAULT, it is possible to notice two drifts of philosophical criticism

* Recepción: 12/6/2020; evaluación: 20/7/2021; aceptación: 28/7/2021.

** Abogada, docente de la Facultad de Derecho (UBA). Becaria doctoral (Conicet-UBA). Correo electrónico: aguilar.sofia@gmail.com.

that permeate the philosophy of law. I will argue that, from the so-called "Habermas-Foucault debate" it is possible to delimit a kind of general controversial matrix that is reintroduced, often inadvertently, in the specific field of the philosophy of law. To exemplify this question I have selected four recognized authors: MANUEL ATIENZA, ROBERT ALEXY, ENRIQUE MARÍ and BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. This selection is not intended to be exhaustive but merely exemplary or a possible application of my approach from which I intend to provide a framework of general understanding for some current discussions in the discipline.

Keywords: criticism, law, reason, Habermas, Foucault.

RESSONÂNCIAS DA CRÍTICA FILOSÓFICA NAS DISCUSSÕES CONTEMPORÂNEAS DA FILOSOFIA DO DIREITO. PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES

Resumo. O objetivo geral deste trabalho é mostrar como, a partir da análise das propostas de HABERMAS e FOUCAULT, é possível perceber duas correntes de crítica filosófica que permeiam a filosofia do direito. Defenderei que, a partir do chamado "Debate HABERMAS-FOUCAULT" é possível delimitar uma espécie de matriz geral controversa que é reintroduzida, muitas vezes inadvertidamente, no campo específico da filosofia do direito. Para exemplificar esta questão selecionei quatro autores reconhecidos: MANUEL ATIENZA, ROBERT ALEXY, ENRIQUE MARÍ e BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. Esta seleção não pretende ser exaustiva, mas meramente exemplificativa ou uma possível aplicação da minha abordagem a partir da qual pretendo fornecer um arcabouço de compreensão geral para algumas discussões atuais na disciplina.

Palavras chave: critica, direito, razão, Habermas, Foucault.

A) INTRODUCCIÓN

En el año 1781, emergía de forma resonante en la escena de la filosofía el concepto de "crítica" de la mano de KANT y su *Crítica de la razón pura*. Algunos años después, fue este mismo autor quien publicó un texto titulado: *Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?*, en donde caracterizó a su propia época como el inicio de un proceso a partir del cual se llegaría a la adultez del género humano.

Para KANT, su tiempo no era ilustrado, sino de ilustración y, es en ese marco, que la crítica se presentaba como la capacidad de preguntarse, por un lado, por las condiciones a priori de posibilidad del conocimiento, y por el otro, por el presente histórico. A partir de allí y durante mucho tiempo, la crítica quedó necesariamente enlazada a la ilustración (como proceso y como *progreso*) y también, pero no menos importante, a cierta idea de razón. Pero, desde ese entonces hasta el presente ha corrido mucha agua bajo el puente y diversos autores han retomado, resignificado y problematizado la relación entre la crítica, la razón, el progreso y la ilustración, entre ellos, dos que nos interesa abordar en este trabajo: HABERMAS y FOUCAULT. Resulta interesante que tanto HABERMAS como FOUCAULT sitúan sus proyectos críticos como deudores de la propuesta inaugurada por KANT y, que, sin embargo, profundas diferencias epistemológicas los separan entre sí. En este trabajo sostendremos que a partir del llamado “Debate Habermas-Foucault” es posible delimitar los elementos claves que se contraponen en las propuestas de estos autores y que conforman una suerte de *matriz polémica general* que se reintroduce, muchas veces de forma inadvertida, en el campo específico de la filosofía del derecho. El resultado serían dos posibles vías o sendas de la crítica: la habermasiana (o de tradición ilustrada) y la foucaultiana (o genealógica). Para ejemplificar esta última cuestión se han seleccionado a cuatro autores reconocidos de nuestra disciplina: MANUEL ATIENZA, ROBERT ALEXY, ENRIQUE MARÍ y BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS.

B) DOS VARIANTES DEL PENSAMIENTO CRÍTICO CONTEMPORÁNEO: HABERMAS Y FOUCAULT

§ 1. *EL “DEBATE HABERMAS-FOUCAULT”: UN PUNTO DE PARTIDA PARA UNA DISCUSIÓN MÁS AMPLIA*

En primer lugar, se aclara que, estrictamente hablando, el llamado “debate HABERMAS-FOUCAULT” nunca ocurrió. En realidad, se denomina así a una serie de discusiones que se suscitaron en el campo de la filosofía a partir de las objeciones que planteó HABERMAS a la obra de FOUCAULT en *El discurso filosófico de la modernidad*¹. En los

¹ HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*. También, previamente podemos encontrar algunas de estas objeciones en un artículo de su misma autoría titulado *Apuntar al corazón del presente*. De todas formas, conviene desta-

capítulos nueve y diez de dicha obra, HABERMAS persigue un interés específico: examinar si el pensador francés logra llevar adelante una crítica radical de la razón sin caer en la autorreferencialidad². El objetivo es claro: a HABERMAS no le interesa tratar todos los temas que le preocupan a FOUCAULT, sino únicamente este que hemos señalado. HABERMAS sostiene que FOUCAULT pretende realizar una historia de la racionalidad desde un punto de vista radicalmente externo a la propia razón, lo que para él necesariamente conlleva una serie de aporías que hieren de muerte a la propuesta del pensador francés. En este sentido, la historia genealógica solo podría asumir el papel de una anticiencia, que niega todos los presupuestos que, desde fines del siglo XVIII, resultan constitutivos de la conciencia histórica, de la filosofía de la historia y de la ilustración histórica³. La propuesta genealógica conllevaría necesariamente a una despedida de la hermenéutica y, con ello, a la imposibilidad de producir algún sentido explicativo global. Además, sostiene que el “poder” es en el marco de la obra de este autor un concepto básico histórico-transcendental de una historiografía planteada en los términos de una crítica a la razón⁴. Finalmente, pero no menos importante, le endilga una supuesta confusión entre razón general y razón instrumental, lo que explicaría el tono profundamente pesimista en el que estaría imbuida la propuesta foucaultiana. Tomando como punto de partida esta interpretación, es que HABERMAS lanza sus tres conocidas objeciones; la “historiografía genealógica” sería una pseudo-ciencia *presentista*, *relativista* y *cripto-normativa*. A continuación, expondremos brevemente los argumentos que utiliza para sostener cada una de estas objeciones.

En primer lugar, la genealogía sería una pseudo-ciencia *presentista* porque proyectaría sobre las instituciones y discursos del pasado, sus propios prejuicios o modos de comprender el mundo. Es decir, aunque el genealogista declare que el pasado solo puede explicarse a

car que ambas publicaciones fueron realizadas cuando FOUCAULT ya había fallecido. Y dado que *El discurso filosófico de la modernidad* fue publicado con posterioridad a la muerte de FOUCAULT, no fue posible una respuesta expresa de su parte. Por tanto, el debate ha quedado planteado en términos generalmente habermasianos. Ver ASHENDEN-OWEN, *Foucault contra Habermas: recasting the dialogue between genealogy and critical theory*.

² HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*, p. 296.

³ HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*, p. 298 y 299.

⁴ HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*, p. 303 y 304.

partir de sus propias lógicas epocales, no por ello deja de comparar los diferentes complejos de poder que estudia entre sí ni de disponer para ello de un punto de partida hermenéutico⁵

En segundo lugar, sería *relativista* porque no pretendería establecer ninguna jerarquía entre discursos, prácticas o procesos sociales. Esta pseudo-ciencia se dedicaría únicamente a describirlos, mostrando los pasajes entre un período y otro y señalando sus articulaciones específicas, pero sin hacer juicios valorativos al respecto. Al no señalar ningún horizonte o proyecto normativo, habilitaría un relativismo en el que todo curso de acción daría lo mismo. Como veremos a continuación, para HABERMAS esta posición no es más que una impostura.

En tercer lugar, le achaca un *cripto-normativismo* porque su relativismo declarado encubriría en el fondo un posicionamiento valorativo y político. HABERMAS se pregunta: si realmente FOUCAULT no sostiene ningún posicionamiento moral o político ¿por qué motivo emprende su producción crítica? Si todo curso de acción es igualmente válido, ¿para qué tomarse el trabajo de describir minuciosamente las diversas articulaciones de las relaciones de poder? Si tras toda episteme (régimen de verdad) solo hay meras transformaciones sin que algunas sean mejores que otras, ¿cuál es el sentido práctico de escribir exhaustivas genealogías? Dado que HABERMAS no subestima la capacidad reflexiva de su interlocutor, termina por considerar que en realidad FOUCAULT esconde o disimula su crítica humanista.

En definitiva, dado que FOUCAULT se rehúsa aceptar la idea de una racionalidad de estándares *universales* (aunque más no sea un concepto formal-procedimental como el propuesto por HABERMAS) sino que, expresamente refiere a *diferentes racionalidades discursivas históricamente situadas* (como juegos discursivos inconmensurables e incommunicables entre sí), la empresa cognoscitiva genealógica se minaría a sí misma. En este sentido, HABERMAS considera que las investigaciones genealógicas necesariamente quedan atrapadas en la auto-referencialidad de una crítica que no puede dar razón de sus propios fundamentos normativos y que, por lo tanto, no puede reclamar para sí misma ninguna superioridad respecto de otros saberes.

⁵ VÁSQUEZ ROCCA, *Las críticas de Habermas a Foucault y Sloterdijk; en torno al discurso filosóficos de la modernidad y la teorías consensual*, "Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences", n° 24, vol. 4, p. 1 a 10.

Es por ello que HABERMAS lanza contra FOUCAULT la siguiente pregunta: “¿Por qué es preferible la lucha a la sumisión?, ¿por qué debemos oponernos a la dominación?”⁶ o en todo caso, ¿qué sentido tiene emprender la senda de la genealógica? HABERMAS sostiene que este interrogante solo puede responderse si introducimos algún tipo de noción normativa.

Conviene destacar que el llamado “debate HABERMAS-FOUCAULT” es planteado en la literatura principalmente en los términos propuestos por HABERMAS⁷. Entonces, a continuación, para morigerar dicha tendencia en la lectura y a los fines de delimitar adecuadamente nuestro planteo nos proponemos reconstruir las principales respuestas que fueron esbozadas desde perspectiva foucaultiana, centralmente por DREYFUS y RABINOW.

En primer lugar, la objeción de presentismo fallaría el blanco porque FOUCAULT no pretende escribir una historia objetiva, total ni verdadera del pasado, sino una “historia del presente”, una “genealogía del sujeto moderno”; y para ello es que se centra en las prácticas culturales que enlazan saber y poder y en las que se modelan a sí mismos la sociedad, el individuo y las ciencias⁸.

En segundo lugar, la objeción de relativismo también sería desacertada porque, desde la perspectiva de estos autores, lo que FOUCAULT hace es simplemente mostrar cómo cada tecnología de poder tiene un sentido en cada momento histórico particular, evitando presentarlas trans-históricamente y haciendo visibles las variaciones. Es decir, se trataría de aislar los componentes de tecnologías de poder de hoy, identificándolas con tecnologías de poder del pasado, para mostrar cómo ciertas prácticas periféricas o locales se han vuelto luego centrales. Pero es claro que no cualquier construcción antojadiza o arbitraria del pasado puede desempeñar tal papel; se trata de seleccionar casos específicos en los que sea posible ver esas mutaciones (p.ej., en la confesión cristiana).

En tercer lugar, frente a la objeción del criptonormativismo, sería posible argumentar que si bien, al compartir las prácticas culturales con otros, contamos con algún terreno común a partir del cual

⁶ HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*, p. 339.

⁷ ASHENDEN-OWEN, *Foucault contra Habermas: recasting the dialogue between genealogy and critical theory*.

⁸ DREYFUS - RABINOW, *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*, p. 148-149.

proceder, comprender y actuar, sin embargo, este punto de apoyo no es universal, seguro, verificable ni estable. De lo que se trata entonces es de comprender las prácticas de nuestra cultura, es decir, de ofrecer interpretaciones que no tienen esencia, permanencia ni unidad oculta, pero sí su propia coherencia específica⁹. A diferencia del intelectual crítico-universalista, que pretende situarse en un punto de enunciación privilegiado, fuera del poder, para desenmascararlo e indicar una dirección de acción hacia el progreso o hacia *lo mejor*, FOUCAULT no reclama estar fuera del poder ni hablar desde una verdad incontaminada. Pretender eso sería solo una manera de auto legitimación del intelectual que contribuye a enmascarar las propias relaciones de poder en que él mismo se encuentra inexorablemente también inmerso. Como ya dijimos, para FOUCAULT la relación saber-poder es irreductible. Sin embargo, esto no implicaría caer en un irracionalismo, sino únicamente matizar la razón y el valor de verdad, asociados a relaciones de poder siempre cambiantes. Es la combinación de la arqueología y la genealogía lo que le permite tomar los problemas con seriedad, en tanto que asume que él mismo está siendo producido por aquello que estudia¹⁰. Consideramos que este es el punto clave que diferencia las propuestas de HABERMAS y FOUCAULT en relación con la tradición ilustrada. Pareciera que HABERMAS (al menos en *El discurso filosófico de la modernidad*) conserva aún algún pie en la "confianza histórica filosófica"¹¹ y en un horizonte de progreso típicamente marxista, mientras que la propuesta de FOUCAULT parece más corrosiva y desencantada. Para este último, lo importante no es identificar qué discurso es más verdadero o más verdaderamente crítico del poder; y si bien en su programa genealógico se exhibe una preocupación constante por el rigor y el sentido de la labor investigativa, no parece reclamar para sí el estatus de una teoría objetiva. En todo caso, parece expresar una seria preocupación por el papel que esas teorías afirman objetivamente haber desempeñado en la historia¹².

⁹ DREYFUS - RABINOW, *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*, p. 154.

¹⁰ DREYFUS - RABINOW, *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*, p. 153.

¹¹ CUSSET, *Habermas/Foucault. Trayectorias cruzadas. Confrontaciones críticas*.

¹² DREYFUS - RABINOW, *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*, p. 159 y 191.

Hasta aquí y con estas explicaciones que hemos brindado no se ha pretendido saldar o resolver en ninguna de las dos direcciones el debate planteado. En los apartados siguientes nos abocaremos a delimitar y explicar las características centrales de lo que entendemos por propuesta crítica en cada uno de estos autores.

§ 2. **CARACTERIZACIÓN DE LA CRÍTICA HABERMASIANA O “CRÍTICA DE TRADICIÓN ILUSTRADA”**

Pasemos ahora específicamente al programa de crítica social que intenta llevar adelante HABERMAS. Este autor considera que una teoría de la sociedad y del Estado contemporáneos debe tanto *explicar* su funcionamiento como *comprender* los valores en que pretende fundarse o que pretende realizar. Es decir, es necesario combinar metodológicamente el punto de vista externo del observador desinteresado con el punto de vista interno del participando consustanciado. Una ciencia social crítica vendría entonces a ser una síntesis entre disciplinas analíticas-empíricas y hermenéutico-históricas¹³. La objeción principal a esta postura es la posibilidad de deslizarse fácilmente en dirección al etnocentrismo en la medida en que el teórico social evalúa también desde un punto de vista interno de participante, es decir, desde los valores culturales y estándares moderno-occidentales. Sin embargo, para HABERMAS no solo sería una ficción pensar que podemos poner honestamente entre paréntesis nuestras valoraciones y estándares como partícipes de estas sociedades, sino que ignorándolos o incomprendiéndolos hacemos invisible un aspecto fundamental de la propia sociedad y además tornamos imposible cualquier clase de crítica inmanente de la misma (esto es, evaluándola desde los mismos valores y estándares que la sociedad pretende o dice asegurar). La teoría de la acción comunicativa puede, según HABERMAS, sentar las bases para una teoría social crítica de ese tipo, que pueda al mismo tiempo dar cuenta de las patologías que el imperio de la racionalidad instrumental genera en la sociedad actual (sus efectos “reificantes” sobre las relaciones humanas) sin atacar ni renunciar *in totum* a la razón misma. Una teoría así, además, nos permitiría retomar la dirección esperanzadora del proyecto emancipatorio de la ilustración. De esta manera, HABERMAS pretende superar el pesimismo que, en sus maestros, HORKHEIMER y ADORNO, habría estancado a la teoría crítica.

¹³ BERNSTEIN, en GIDDENS, *et al.*, *Habermas and modernity*, p. 10.

HABERMAS sostiene su tesis de que el proceso de "reificación" de las relaciones interpersonales no es culpa de la razón *in totum*, sino de su reducción a una sola de sus dimensiones: la de la racionalidad instrumental, habiéndose adulterado de ese modo el programa emancipador de la ilustración. A su vez, esa grave confusión de la razón en general con la racionalidad instrumental en particular serían la consecuencia de las premisas subjetivistas de la filosofía moderna de la conciencia. Desde su trasfondo solipsista, esa filosofía no podía más que reducir la racionalidad a cálculo instrumental y al otro a cosa u objeto. Pero, si en vez de fundarse en el sujeto aislado, se parte de la idea intersubjetiva de interlocutores en relación de habla, entonces se hace clara la dimensión primordialmente de la razón, orientada antes que nada al entendimiento entre las personas. Así entendida, la racionalidad supone la posibilidad de procesos de aprendizajes colectivos, sociales, que nos impulsan hacia el futuro, y como todo aprendizaje, supone la asimilación de experiencias que impiden el retroceso de cada mejora social, política o institucional alcanzada. Esta idea de progreso, obviamente, se halla más cerca de la visión de KANT que de la del materialismo histórico. El progreso social es concebido, por lo tanto, como un proceso de autoilustración emancipatoria, el cual consiste en ir afirmando y ampliando las condiciones para el diálogo racional en ámbitos cada vez más extensos de la sociedad, generando modos de organización y coordinación social libres, fundados en el entendimiento comunicativo entre los actores. De esta manera, su noción de acción comunicativa le permite a HABERMAS, a la vez, salir del pesimismo histórico de sus maestros de Frankfurt sin recaer, por otra parte, en el optimismo ingenuo y ya desacreditado de la teleología metafísica del materialismo histórico. El interés de HABERMAS es claro: recuperar el programa emancipador de la ilustración (del cual el marxismo tradicional era en gran parte heredero) asimilando las críticas que sus maestros de Frankfurt le hicieron, pero sin caer en su desánimo pesimista. Así, mediante su teoría de la acción comunicativa y de las condiciones formales de posibilidad del diálogo racional, HABERMAS busca sacar a la luz o reconstruir conceptualmente estructuras antropológicas profundas y supuestamente a-históricas. La búsqueda del entendimiento intersubjetivo sería inmanente a la capacidad discursiva del hombre. En tanto que la teoría de la acción comunicativa es una teoría de las estructuras primordiales de la práctica del habla, es a la vez una teoría de la racionalidad y una teoría antropológica, que permite fundar la crítica en criterios normativos no teleológicos. Ahora bien, podríamos preguntarnos si la teoría de la acción comu-

nicativa no se encuentra destinada a fallar al igual que sus antecesoras versiones marxistas e ilustradas debido a una pretensión (tal vez excesiva) de explicación universalizable, derivada precisamente de su pretensión de haber sacado a la luz estructuras a-históricas de racionalidad comunicativa. A esto HABERMAS respondería que la racionalidad comunicativa no consiste en ningún contenido axiológico sustancial, sino simplemente criterios deontológicos formales, y que en todo caso lo que es universal en ella no son nunca sus resultados (siempre hipotéticos, susceptibles de crítica y revisables), sino las condiciones de posibilidad ideales-formales, contra-fácticas, pero supuestas ya siempre en todo intercambio dialógico¹⁴. En pocas palabras, HABERMAS trata de no renunciar al racionalismo de la ilustración, pero sin caer en un fundamentalismo de la razón.

§ 3. ***CARACTERIZACIÓN DE LA CRÍTICA FOUCAULTIANA O “CRÍTICA GENEALÓGICA”***

En primer lugar, conviene aclarar que la cuestión de la crítica no es, en principio, un tema central en la obra de FOUCAULT (o, en todo caso, que haya sido tratado de forma explícita). FOUCAULT sostiene que la crítica es ante todo una “actitud”. En su conferencia: “¿*Qué es la crítica?*”¹⁵ señala que, a partir del siglo xv, en paralelo con un proceso de laicización creciente de la sociedad civil, empezó a darse una creciente gubernamentalización de la vida. Esto último se caracterizaría por un fuerte despliegue de tecnologías específicas para el ejercicio del poder sobre la población. En otras palabras, podríamos decir que surge el “arte de gobernar”. Durante este período dicho modelo se vuelve predominante respecto de otras formas previamente señaladas por el autor (como el poder soberano o el poder disciplinario)¹⁶. La gubernamentalización de la vida sería entonces un modo específicamente moderno de articulación entre saberes y prácticas para el ejercicio del poder sobre la población. La gubernamentalidad tiene como principal objetivo la *sujeción* de los individuos por medio de ciertos mecanismos de poder que invocan la autoridad de la verdad. En cambio, la función principal de la crítica es la *de-sujeción*, esto es, el desajuste o corrimiento del sujeto en

¹⁴ HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, p. 567.

¹⁵ FOUCAULT, ¿*Qué es la crítica?*.

¹⁶ FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, p. 136.

relación al juego de lo que FOUCAULT llama “política de la verdad”. La crítica, por lo tanto, sería el movimiento opuesto a la gubernamentalización de la vida, por medio del cual el *sujeto* se auto-atribuye la posibilidad de interrogar y cuestionar al par saber-poder. Entonces, si la gubernamentalidad es el arte del gobierno, la crítica es el arte de la inservidumbre voluntaria o de la indocilidad reflexiva¹⁷. Ahora bien, FOUCAULT ya ve en KANT una suerte de sospecha o desconfianza en torno a la razón. Habría dos gestos filosóficos paralelos presentes en su propuesta: por un lado, su interés por las condiciones ideales a priori del conocimiento, esto es, las condiciones en las que un conocimiento verdadero, aspecto que denomina “analítica de la verdad”. Por el otro, una inquietud por la situación específica de su época como etapa particular del proceso histórico. A este segundo aspecto lo llama “ontología del presente”. Esta distinción habilitaría dos vías de la crítica ya presentes en la obra de KANT. En el primer caso (analítica de la verdad), aquella cuya relación fundamental es con el conocimiento, su principal objetivo es investigar la legitimidad de los modos de conocer y habría tenido un mayor desarrollo y prevalencia a lo largo de la historia de la filosofía. En el segundo (analítica del presente), el objetivo sería identificar una serie de elementos a partir de los cuales pudieran mostrarse las conexiones entre mecanismos de coerción y contenidos de conocimiento. Su objetivo no es mostrar el error o la ilusión (como en el caso de los estudios críticos sobre la ideología), sino las relaciones entre el par saber-poder, y mostrar la contingencia de sus procesos de conformación, así como sus efectos. Son estas relaciones de saber-poder las que generan un sistema y al mismo tiempo lo hacen *universalmente* aceptable, pero que invisibilizan las condiciones de su particular *emergencia*, su *procedencia*. Por lo tanto, no sería posible analizar estos *emergentes* como identidades o esencias universales que toman existencia necesaria en la historia, sino solo como singularidades y contingencias. Así, esta segunda vía de la crítica, que es la que sigue el propio FOUCAULT, se encuentra íntimamente enlazada a su noción metodológica de genealogía, porque se trata de exponer las condiciones de aparición de una singularidad a partir de múltiples elementos determinantes de los que es efecto¹⁸. Es muy importante comprender que esas relaciones *singulares* que permiten dar cuenta de ese “efecto” son siempre en-

¹⁷ FOUCAULT, *¿Qué es la crítica?*, p. 52.

¹⁸ FOUCAULT, *¿Qué es la crítica?*, p. 70.

tre individuos o grupos de sujetos, y no es algo que se encuentre en la naturaleza de las cosas. Más bien es la lógica de un juego de interacciones que siempre implica un margen de incertidumbre. Por ello no se trata de cuestiones simplistas como estar a favor o en contra de la Ilustración y, por ende, a favor o en contra de la racionalidad. Más bien, de lo que se trata es de esquivar ese tipo de chantaje. El propio *ethos* crítico de la ilustración implicaría adquirir una actitud-límite que buscaría recurrentemente escapar a la alternativa del afuera o adentro. O sea, la crítica se ubicaría siempre en las fronteras. La pregunta sería: ¿En qué medida lo que nos es dado como universal, necesario, obligatorio es en realidad singular, contingente, debido a constricciones arbitrarias? En definitiva, esta propuesta crítica no trata de descubrir *teóricamente* los límites infranqueables del conocimiento, sino de franquear *prácticamente* los límites contingentes, históricos, de nuestra subjetividad¹⁹. Se trata de ocuparnos de los discursos que articulan y condicionan fácticamente nuestra subjetividad histórica, una actitud histórico-crítica, que conserva un *ethos ilustrado* pero separado de la fe en las luces y que se aparta de los proyectos globales y radicales de cambio. Esta propuesta crítica nos propone transformaciones parciales, locales, un trabajo austero sobre nosotros mismos en tanto que seres libres, y que nos propone renunciar a alcanzar un punto de vista que pudiera darnos acceso a un conocimiento completo y definitivo de lo que pueda constituir nuestros límites históricos.

C) DERIVAS DE LAS VARIANTES DE LA CRÍTICA EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

§ 4. ***EL TRASPASO DEL DEBATE HABERMAS-FOUCAULT AL CAMPO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. UN MARCO DE COMPRENSIÓN POSIBLE PARA ALGUNAS DISCUSIONES ACTUALES***

En primer lugar, recordaremos la hipótesis que guía este trabajo: sostenemos que la contraposición filosófica “HABERMAS/FOUCAULT” conforma una suerte de *matriz polémica general* que se reintroduce en el campo específico de la filosofía del derecho. O, en otros términos,

¹⁹ FOUCAULT, *¿Qué es la ilustración?*, p. 107.

que muchas de las diferencias teórico-epistemológicas entre diversas escuelas y autores de filosofía del derecho reproducen en la escala iusfilosófica más reducida los términos de la confrontación HABERMAS/FOUCAULT. Para mostrar de forma concreta esta cuestión he seleccionado la obra de cuatro autores: ATIENZA, ALEXY, MARÍ y SANTOS. Esta selección no pretende sugerir que ellos simbolicen o representen todas las vertientes actuales de la filosofía del derecho. Tampoco sostenemos que ellos sean los únicos que han intentado pensar el derecho desde posiciones filosóficas alternativas a los posicionamientos tradicionales de la filosofía del derecho. Y en ninguna medida intentamos clausurar las discusiones en torno a las posibles vías de la crítica en este campo. Además, conviene tener en cuenta que, por grandes o pequeñas que sean las diferencias entre HABERMAS y FOUCAULT, ellas se dan dentro de lo que podemos considerar la matriz más general de la crítica filosófica, esto es, de lo que técnicamente se denomina “crítica” en el contexto de la filosofía en general. De modo que es posible ver esas diferencias, en gran medida, como una polémica intracrítica, es decir, que se da al interior de una concepción compartida de la actividad filosófica como “crítica”. Sin embargo, como pretendemos explicar en los párrafos siguientes, al trasladarse al específico ámbito de la filosofía del derecho parece producirse un llamativo cambio semántico: el término “críticos” ya no parece usarse para designar a los iusfilósofos que se mueven en la órbita habermasiana (ATIENZA, ALEXY), en tanto que sí se los emplea sin reservas para designar a los que se mueven en la órbita foucaultiana (MARÍ, SANTOS). Esta reducción semántica de la palabra “críticos” que se produce cuando el término pasa de la filosofía en general a la filosofía del derecho en particular, nos resulta tanto más llamativa en tanto que la filiación de HABERMAS respecto de la tradición de la crítica filosófica es quizá más evidente que la de FOUCAULT. En efecto, HABERMAS es aún heredero y representante de la Escuela Crítica de Frankfurt. ¿Por qué en el ámbito de la filosofía del derecho los juristas y los iusfilósofos de cuño habermasiano no son denominados “críticos” como si lo hacen los de cuño foucaultiano? En nuestras conclusiones ensayaremos algunas respuestas posibles a esta cuestión. Sin embargo, conviene tener presente esta diferencia en cuanto al alcance semántico de los términos “crítica” y “críticos”, en el campo de la filosofía general y en el de la filosofía del derecho en particular. En definitiva, en los párrafos siguientes señalaremos y explicaremos este traspaso y las transformaciones que identificamos.

§ 5. **EN LA SENDA HABERMASIANA: MANUEL ATIENZA Y ROBERT ALEXY**

Quisiéramos comenzar señalando los motivos por los cuales inscribimos en esta tradición a MANUEL ATIENZA. Es evidente la familiaridad de las tesis iusfilosóficas de ATIENZA con la noción habermasiana de racionalidad comunicativa. Y al igual que en HABERMAS, para el filósofo español el derecho cumpliría una función clave como herramienta de reaseguro y aproximación regular a interrelaciones humanas cada vez más racionales y morales. Es decir, en ambos autores la racionalidad comunicativa se presenta como programa de emancipación social que ha de plasmarse cada vez más en el derecho. También puede verse la familiaridad entre ambos en la distinción entre una perspectiva de observador y una perspectiva de participante. Pero acá tal vez habría que llamar la atención respecto de una sutil diferencia entre ellos. Mientras el alemán intenta construir su teoría combinando simétricamente ambas perspectivas, en equilibrio entre ambas digamos, pues sin ello no podría darse cuenta acabadamente de la facticidad y la validez del Estado social de derecho²⁰, ATIENZA parece dar preferencia a la perspectiva del participante en desmedro de la del observador, inclinando su interés por el asunto de la validez antes que por el de la facticidad. Y por ello la moral adquiere en él mayor protagonismo. Lo fundamental de una teoría del derecho, según ATIENZA, no es su función descriptiva sino la prescriptiva, a cuyo sentido solo puede accederse desde la perspectiva interna del derecho como práctica, no desde la externa del derecho como objeto de estudio: "A las pretensiones cognoscitivas se añadiría otra (la fundamental) de carácter práctico o político"²¹. Por esto, la teoría de ATIENZA resulta eminentemente normativa, más próxima a una pura teoría de la justicia que a una teoría del derecho (positivo). ATIENZA parece aceptar sin resquicios de duda alguna que toda teoría del derecho propiamente entendida tiene un carácter prescriptivo, y que, en todo caso, su función descriptiva o cognitiva está subordinada a aquél. Es claro que el derecho es prescriptivo, pero ¿por qué toda teoría del derecho debería también serlo? ATIENZA respondería que, si se adopta el punto de vista interno del derecho como práctica y no como mero objeto de estudio, se hace claro que su conocimiento queda subordinado a su práctica, y que por ello su teoría ha de ser tam-

²⁰ HABERMAS, *Apuntar al corazón del presente*.

²¹ ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, p. 54.

bién prescriptiva. Esta posible respuesta puede parecer habermasiana, pero es dudoso que lo sea realmente. Al margen de si en este caso la postura de ATIENZA sería equivalente a la de HABERMAS, consideramos que esa eventual respuesta podría problematizarse del siguiente modo. ¿No será acaso que la posibilidad de asumir un punto de vista interno al derecho ya está condicionada por compartir a priori y a-críticamente los valores morales que ese derecho ya reconoce o expresa en gran medida? Queremos decir, tal vez la cosa sea inversa a como la cree ATIENZA: la secuencia no sería “primero me coloco en el punto de vista del participante (interna) y luego comprendo (empatizo) con los valores morales que darían validez al derecho”, sino exactamente al revés: “como empatizo, acepto o comparto previamente la validez del derecho, luego creo comprender los valores morales que supuestamente le brindan validez”. Al momento de polemizar con las teorías jurídicas críticas, ATIENZA parece reproducir también, reversionadas, las objeciones de HABERMAS a FOUCAULT. Si bien la línea argumental parece la misma, y en sendos casos la “racionalidad” juega un papel central, lo cierto es que, en el caso de ATIENZA, sus objeciones a los “críticos jurídicos” están más recargadas en el tema de la moral que en el de la racionalidad. Seguramente esto se debe al desequilibrio que opera en favor del derecho como práctica (perspectiva interna) en desmedro del derecho como objeto (perspectiva externa). HABERMAS reprochaba a los pensadores cuestionadores de la racionalidad y de la modernidad, entre ellos FOUCAULT, pretender ubicarse en un afuera de esa racionalidad y modernidad criticadas, es decir, les objeta estar apoyándose en lo que creen estar rechazando; no puede desarrollarse una crítica totalmente externa a la razón (comunicativa). ATIENZA reprocha u objeta a los “críticos jurídicos” intentar ubicarse por fuera del derecho que critican, esto es, les critica su punto de vista externo, no partícipe. Ahora bien, ¿son equivalente ambas cosas? ¿Es lo mismo la contradicción performativa que HABERMAS denuncia en quienes pretenden hacer una crítica de la razón desde un afuera radical de la razón, que el desinterés que puede tener un estudioso del derecho vigente por ubicarse en un punto de vista de juez o de operador jurídico? No parece que sea lo mismo, pues en el segundo caso no se ve contradicción performativa o pragmática alguna. Queremos decir: si alguien da argumentos (con sentido, racionales, comprensibles, comunicables) en contra de la posibilidad de argumentar racionalmente, comprensivamente, con sentido, entonces sí, claramente esto sería una contradicción performativa. Esto es lo que HABERMAS objeta a FOUCAULT. Pero esto ya no parece

ser equivalente a la posibilidad de criticar al derecho totalmente desde su afuera, que es lo que parece objetar ATIENZA tanto a positivistas jurídicos como a críticos jurídicos. En este caso, es perfectamente posible no compartir, sin contradicción performativa, la "moralidad mínima" que el derecho contemporáneo representaría, sin incurrir en un conflicto lógico. En fin, sea como fuere, parece claro que la teoría del derecho de ATIENZA está bajo la influencia del pensamiento filosófico de HABERMAS.

Pasemos a examinar entonces la propuesta de ROBERT ALEXY. Este autor expresamente procura recuperar aspectos de HABERMAS que considera relevantes para su propia la teoría del derecho y de la argumentación jurídica. Particularmente se interesa por la teoría habermasiana de la verdad como producto consensual de un diálogo racional. Claro que para HABERMAS no cualquier consenso es criterio suficiente para asignarle presunción de verdad a su contenido. Se trata de un consenso en torno al argumento que se ha mostrado mejor después de un proceso de diálogo argumentativo en condiciones relativamente simétricas y libres de expresión por parte de los interlocutores involucrados (condiciones ideales de habla). Para ALEXY, el problema radica, precisamente, en que las condiciones ideales de habla, esto es, de argumentación, por definición nunca pueden realizarse plenamente. Solo orientan una tendencia, y es bajo este aspecto que hay que preguntarse: ¿Qué es lo que hace al mejor argumento? O sea, de este modo, las condiciones ideales de habla funcionan como criterio crítico de evaluación de las situaciones reales, esto es, marcan criterios formales hacia los cuales deberíamos aproximarnos²². Por lo tanto, si bien la teoría de HABERMAS no garantiza la certeza plena en torno a la validez de un cierto consenso contingente logrado tras un intercambio argumentativo real, es decir, efectivo, sí permite establecer una diferencia entre argumentación racional e irracional, en la medida en que se tienda a cumplir con las condiciones procedimentales ideales de habla²³. De este modo, al tiempo que le hace algunas críticas, ALEXY toma de HABERMAS los elementos que puedan serle útiles para su propia teoría de la argumentación jurídica. Un rasgo fundamental de la argumentación jurídica, según el iusfilósofo alemán, es la justificación, que puede ser de carácter interno o ex-

²² ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.*, p. 129.

²³ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.*, p. 182.

terno. Mientras la justificación interna se refiere a la consistencia lógica entre la decisión y las premisas, lo que nos interesa ahora a nosotros es la justificación externa, que consistiría en la pregunta por la corrección de las premisas mismas²⁴. Pero la racionalidad de la argumentación jurídica, en tanto está determinada por la ley, es siempre relativa a la racionalidad de la legislación²⁵. Por lo que cabe preguntarse: ¿Qué significa decidir racionalmente en el marco de un ordenamiento jurídico válido?²⁶. Sin duda, el “cumplimiento de una serie de principios, criterios o reglas”²⁷. Ahora bien, hay obviamente ciertos criterios mínimos exigibles en cualquier tipo de argumentación, como el de consistencia (no contradicción), racionalidad de los fines y veracidad de los enunciados empíricos empleados²⁸. Pero estos austeros criterios no son suficientes para determinar la racionalidad de la argumentación jurídica. No viene al caso ahora cuáles son los criterios adicionales de racionalidad que ALEXY postula para la argumentación jurídica. Digamos solo que son más que los de HABERMAS, aunque presuponen los de este. Igual que en el caso de ATIENZA, los aires de familia de las posturas de ALEXY con la filosofía de HABERMAS son bastante claros. No solo se trata de una similitud de léxicos entre los tres, sino de un interés filosófico común por la pragmática de la argumentación normativa y por la racionalidad inherente a la intersubjetividad comunicativa del lenguaje mismo.

§ 6. **EN LA SENDA FOUCAULTIANA: ENRIQUE MARÍ Y BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS**

ENRIQUE MARÍ es uno de los fundadores de la llamada “Crítica jurídica” en la Argentina. La influencia de FOUCAULT en sus trabajos es asumida expresamente (si bien no desconocemos que hay otras va-

²⁴ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, p. 214.

²⁵ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, p. 274.

²⁶ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, p. 275.

²⁷ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, p. 278.

²⁸ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, p. 279.

riadas influencias, particularmente psicoanalíticas y literarias)²⁹. En su artículo "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden"³⁰, MARÍ explica algunos de sus puntos de partida para abordar el fenómeno jurídico. Considera posible la elaboración de una historia del poder y de sus dispositivos de legitimación, que coincidiría con una historia de la racionalidad (aspecto en común con la propuesta foucaultiana). Al igual que en FOUCAULT, en la propuesta de MARÍ las relaciones entre saber, poder y ley son inescindibles. Y como en el pensador francés, también MARÍ asume la inseparabilidad entre racionalidad y poder. Este solo puede ser tal, o sea, hacerse poder y no mera fuerza o violencia, en la medida en que resulta legitimado por discursos que lo racionalizan, esto es, que lo recubren de un carácter racional³¹. De modo que, al igual nuevamente que en FOUCAULT, la razón no es vista en MARÍ como una constante transhistórica o suprahistórica, sino como un discurso histórico más que se modifica en relación con el imaginario social (tercer elemento del dispositivo de poder). En este sentido, como en FOUCAULT, es preferible hablar de racionalidades en plural históricas, ligadas a lo que en cada situación sociohistórica se asume como producción de conocimiento (inseparable, como vimos, de la reproducción de asimetrías sociales). Cuando MARÍ remite a su concepto de imaginario social retoma otro presupuesto foucaultiano: no es posible comprender los discursos sin sus prácticas. El imaginario social está conformado por aquellas representaciones, prácticas, rituales, distribuciones de espacios y marcas que, en definitiva "ponen en relación al hombre con la solemnización de la palabra" a partir de la interpelación de las emociones, la voluntad y los deseos³². Es dentro del imaginario social donde se hace posible materialmente la reproducción del discurso del orden. También el derecho opera dentro de este tercer elemento, ya no como simple ley (en el sentido de mandato) sino como norma (en el sentido de normalización, conducta ritualizada). Así el derecho es tanto discurso como práctica, y no funcionan el uno sin el otro. Recordemos que ATIENZA

²⁹ Algunas de las cuestiones que señalo en este apartado han sido exploradas de forma más exhaustiva en AGUILAR, *La genealogía y la crítica: de Michel Foucault a Enrique Marí*, "Revista Derechos en Acción", año 5, n° 15, p. 499 a 510.

³⁰ MARÍ, *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*, "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", n° 3, p. 93 a 111.

³¹ MARÍ, *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*, "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", n° 3, p. 93 a 111.

³² MARÍ, *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*, "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", n° 3, p. 93.

centraba su conceptualización del derecho en su faz de práctica. Pero parece haber una importante diferencia entre el iusfilósofo español y el argentino. ATIENZA considera al derecho como práctica en tanto remite a lo cognoscible por medio de la razón práctica, lo que implicaría cierta orientación a fines morales implícitos o explícitos. En cambio, en MARÍ el sentido de las prácticas estaría enlazado a la noción de disciplina foucaultiana, esto es, a formas de acción sobre la corporalidad misma de los sujetos en tanto internalizan normas. Algunas de las preguntas más interesantes que nos propone este autor podrían resumirse en las siguientes: ¿Cómo se enlazan discursos y prácticas en el campo jurídico? ¿Qué efectos tienen? ¿Cómo se establecen jerarquías hacia dentro de un mismo campo entre discursos expertos? Muchas de las respuestas solo pueden darse a partir de una investigación genealógica que permita mostrar los surgimientos marginales de discursos y prácticas y las formas en las que unos se enlazan a otros para conformar entramados estables de relaciones entre sí. El ejemplo más claro de un análisis de estas características es el que realiza en *"Moi, Pierre Rivière..." y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales*. En fin, en todo esto podemos apreciar que MARÍ no concibe a la racionalidad como una capacidad intelectual emancipadora. Más bien la concibe en plural, es decir, como "racionalidades" que son constitutivas o necesarias al dispositivo de poder, esto es, como ya-siempre entrelazadas con el poder y sus prácticas. Esto no puede significar otra cosa que una mirada desencantada sobre la razón, ya que, en su entrelazamiento inevitable con el poder, ella no puede más que reproducir relaciones sociales asimétricas. Por ello, MARÍ replica el gesto foucaultiano que descenra la mirada hacia lo periférico, esto es, hacia la capilaridad de las prácticas concretas invisibilizadas. Esa mirada hacia lo periférico, a su vez, significa recurrir a una estrategia de investigación que rastree discontinuidades, rupturas y comienzos inconfesables y mezquinos. En otras palabras, lo que FOUCAULT ha definido como genealogía.

Examinemos por último la propuesta de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. Este autor enlaza expresamente la idea de una epistemología alternativa con un programa de emancipación social. Se trata de validar estrategias de investigación que hagan visibles y creíbles las prácticas cognitivas de grupos sociales histórica y sistemáticamente oprimidos, invisibilizados o marginados por el colonialismo y el capitalismo³³.

³³ SANTOS, *Una epistemología del sur: la reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, p. 12.

Al igual que FOUCAULT, SANTOS prefiere hablar de “racionalidades”, en plural, antes que de la razón o la racionalidad en singular. También, del mismo modo que FOUCAULT, entiende que todo acto de conocimiento, incluidos especialmente los criterios y fórmulas de la ciencia, es en realidad un acto de creación³⁴. Ambos, FOUCAULT y SANTOS, también coinciden en la posibilidad y conveniencia de rastrear en la historia cómo esas racionalidades, entrelazadas con relaciones de poder, se han ido conformando, consolidando, luchando entre sí por imponerse en diferentes momentos. Sin embargo, lo específico de SANTOS es el foco que pone en el colonialismo como un modo específico del ejercicio del poder enlazado al capitalismo para sostener desde lo epistémico la reproducción de relaciones asimétricas. Lo que denuncia SANTOS es cierto monismo metodológico o, en todo caso, las jerarquías metodológicas y epistemológicas producidas en un contexto de capitalismo y colonialismo, jerarquías que no solo constituyen determinados modos de conocimiento, sino que además serían una herramienta fundamental para el sostenimiento de las asimetrías sociales. Si el conocimiento no es descubrimiento sino creación, entonces el obrar de los científicos, es decir, de sujetos históricamente situados, con trayectorias individuales y colectivas determinadas socialmente, no es para nada ajeno a los procesos de producción cognitiva³⁵. Esto debe ser plenamente asumido, lejos de intentarse la asepsia que es vista como una ilusión imposible. Entonces, la propuesta de SANTOS es claramente prescriptiva, pero en un nivel epistemológico, es decir, no en torno a objetivos específicos directamente políticos, sino a modos de hacer, de construir conocimiento. Deja siempre la posición abierta, dado que la apuesta es siempre en primer lugar a “un movimiento prudente”³⁶. Las similitudes con el trabajo de FOUCAULT se presentan no solo en el modo de entender la racionalidad sino también en este último aspecto, es decir, en no indicar un camino a seguir, sino un método, en asumir una actitud “crítica”, esto es, un modo de relacionarse con el conocimiento. No obstante, por otro lado, también es posible detectar en SANTOS algún punto en común con las ideas habermasianas. Como el filósofo alemán, SANTOS parece apostar

³⁴ SANTOS, *Una epistemología del sur: la reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, p. 55.

³⁵ SANTOS, *Una epistemología del sur: la reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, p. 53.

³⁶ SANTOS, *Una epistemología del sur: la reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, p. 61.

a una comunicación dialógica, simétrica, entre los diversos saberes o racionalidades (lo que implícitamente parece equivalente a reconocer una racionalidad comunicativa general o abarcadora): el mundo es comunicación y por eso la lógica existencial de la ciencia posmoderna es promover la “situación comunicativa”, tal como HABERMAS la concibe³⁷.

Es decir, si bien SANTOS prefiere por lo general hablar de “racionalidades” en plural (y en esto parece acercarse a la postura de FOUCAULT), por otro lado, su confianza en un uso específicamente comunicativo de la racionalidad como modo de llevar adelante un proyecto emancipatorio lo acerca más a HABERMAS. Respecto de la cuestión del universalismo, SANTOS señala que “admitir la relatividad de las culturas no implica adoptar sin más el relativismo como actitud filosófica. Pero sí implica concebir el universalismo como una particularidad occidental cuya primacía no se funda en sí misma sino en los intereses que la sustentan”³⁸.

De esta crítica al universalismo, SANTOS considera que se sigue una crítica a toda posibilidad de una teoría general. Entonces, SANTOS propone un “universalismo negativo”, es decir, “una teoría general sobre la imposibilidad de una teoría general”³⁹. Estimamos que esta idea original de SANTOS marca su diferencia específica, tanto respecto del antiuniversalismo radical de FOUCAULT como del universalismo de los presupuestos ideales de habla de HABERMAS. En fin, en el marco de esos posicionamientos epistemológicos, el criticismo jurídico de SANTOS consiste en rastrear los legalismos subalternos, insurgentes, contrahegemónicos, invisibilizados por la normatividad jurídica oficial⁴⁰. En ello podría verse un programa crítico de impronta foucaultiana. Pero podríamos decir que a ello se suma un momento habermasiano, por cuanto la pluralidad de experiencias vitales sacadas a luz, han de ser comunicadas, esto es, “traducidas”. Es aquí donde el universalismo negativo de SANTOS jugaría el rol de salvaguarda de un consenso transcultural libre de todo colonialismo epistémico, totalizador o hegemónico. Sin asumir ese universalismo negativo que inmunice a la traducción de una cultura a otra de toda tentación etno-

³⁷ SANTOS, *Una epistemología del sur: la reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, p. 47.

³⁸ SANTOS, *Una epistemología del sur: la reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, p.139.

³⁹ SANTOS, *Una epistemología del sur: la reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, p. 139.

⁴⁰ SANTOS, *Sociología jurídica crítica*.

céntrica, todo discurso científico (y más aún el discurso “científico” del derecho) se vuelve colonialista.

D) CONCLUSIONES

En el campo especializado de la filosofía, el concepto de crítica refiere un tipo de reflexión, investigación o estudio que aborda a su objeto desde lo que ha llamado una “actitud de sospecha”. Es probable que JÜRGEN HABERMAS y MICHEL FOUCAULT sean los dos referentes recientes más influyentes de esa manera de entender la tarea filosófica. Ambos, a su modo, son “pensadores críticos”, pero dentro de eso que podríamos llamar “matriz crítica general”, representan diferencias en algunos aspectos específicos e importantes que he señalado a lo largo del trabajo. HABERMAS parece tener mayor optimismo respecto de la potencialidad emancipadora de la racionalidad (entendida como práctica comunicativa), en tanto que FOUCAULT no parece concebir la posibilidad de una racionalidad emancipadora desde el momento que la racionalidad misma es constitutiva, justificadora y reproductora de relaciones de poder. Digamos que HABERMAS concibe a la racionalidad comunicativa (argumentativa) como fundamento de la crítica del poder, en tanto que FOUCAULT prefiere hablar en plural, de “racionalidades” que lo atraviesan inevitablemente. Mientras que, en HABERMAS, la razón bien entendida (la razón comunicativa, orientada al entendimiento, no instrumental) es emancipadora, desenmascaradora y contrarrestadora del poder sistémico del mercado y de la política profesional, y es la única herramienta para despejar el camino hacia la mejora social, para FOUCAULT, la razón (las “racionalidades”) es (son) siempre elemento(s) constitutivo(s) y reproductor(es) del poder (de algún tipo u otro). Solo por ponerles un nombre, hemos llamado “crítica de tradición ilustrada” a la de HABERMAS, y “crítica genealógica” a la de FOUCAULT.

En el campo de la teoría y la filosofía del derecho se observa en algunos autores más o menos recientes la recepción de las producciones críticas tanto de HABERMAS como de FOUCAULT. Sin embargo, esa recepción de la “crítica de tradición ilustrada” y de la “crítica genealógica” por parte de algunos exponentes del pensamiento iusfilosófico contemporáneo amerita algunas observaciones. En efecto, entre la obra de HABERMAS y los autores que inscribimos en esta senda del campo específicamente iusfilosófico (ATIENZA y ALEXÝ), se presenta una significativa diferencia. Desde la perspectiva de HABERMAS el investigador debe combinar al mismo tiempo el punto de vista del observador

externo no comprometido (para explicar la facticidad), con el punto de interno del participante (para comprender sus fundamentos de validez). En cambio, en los desarrollos justeóricos de ATIENZA y de ALEXY parece darse una acentuación por el elemento ideal de la comunicación, de modo que sus teorías jurídicas son práctica y exclusivamente teorías prescriptivas de la argumentación jurídica. Es decir, parecen centrarse en cómo debería fundarse argumentativamente el discurso jurídico, dejando en un muy segundo plano el elemento de la facticidad de los discursos jurídicos reales. En pocas palabras, el equilibrio tensional entre facticidad y validez, entre perspectiva del observador y perspectiva del participante, que signa toda la construcción habermasiana, parece quedar desbalanceado en favor del aspecto de la validez, esto es, de la exclusiva perspectiva del participante. Esta diferencia fundamental es la que explicaría por qué en el ámbito de la academia jurídica no se suele denominar como "críticas" a estas contribuciones jus-teóricas, aunque tengan "aires de familia" con la filosofía crítica de HABERMAS. En cambio, los autores que mantienen más vínculos intelectuales con la crítica genealógica de impronta foucaultiana, como ENRIQUE MARÍ o BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, parecen adoptar un punto de vista externo, que toma a la práctica jurídica misma, en su facticidad real, como objeto de sus estudios. Así, sus producciones, marcadas por la interdisciplinariedad, buscan sacar a la luz las relaciones de poder, la exclusión o invisibilización de saberes, los condicionamientos políticos concretos silenciados, etc., de los discursos e instituciones jurídicas. En este sentido, no importa cómo estimemos sus aportes específicos, indudablemente constituyen trabajos de crítica en el sentido técnico del término. Por último, nos parece importante destacar el potencial explicativo que tendría asumir como punto de partida la matriz polémica general para la comprensión de algunas discusiones de nuestro campo y para analizar las relaciones entre otros autores.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, SOFÍA, *La genealogía y la crítica: de Michel Foucault a Enrique Marí*, "Revista Derechos en Acción", año 5, n° 15, 2020, p. 499 a 510.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2018.
- ASHENDEN, SAMANTHA - OWEN, DAVID, *Foucault contra Habermas: recasting the dialogue between genealogy and critical theory*, London, UK SAGE Publications Ltd., 1999.

- ATIENZA, MANUEL, *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017.
- BERNSTEIN, R. - GIDDENS, ANTHONY, *et al.*, *Habermas and modernity*, The MIT Press, Massachusetts, Cambridge, 1991.
- COUSENS, D., *Foucault*, Bs. As., Nueva Visión, 1988.
- CUSSET, IVES, *Habermas/Foucault. Trayectorias cruzadas. Confrontaciones críticas*, Bs. As., Ediciones Nueva Visión, 2007.
- D'AURIA, ANIBAL, *La crítica radical del derecho*, Bs. As., Eudeba, 2016.
- DREYFUS, HUBERT- RABINOW, PAUL, *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*, Bs. As., Ediciones Nueva Visión, 2001.
- FOUCAULT, MICHEL, *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica*, Bs. As., Siglo XXI, 2007.
- *Nietzsche, la genealogía, la historia, en Microfísica del poder*, Madrid, Las Ediciones de la Piqueta, 1980.
- *¿Qué es la crítica?*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2008.
- *¿Qué es la ilustración?*, Madrid, Las Ediciones de La Piqueta, 1996.
- *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Bs. As., Siglo XXI, 2006.
- HABERMAS, JÜRGEN, "Apuntar al corazón del presente", en COUSENS, D., *Foucault*, Bs. As., Nueva Visión, 1988.
- *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus, 1993.
- *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 2001.
- KANT, IMMANUEL, *Crítica de la razón pura*, Bs. As., Colihue, 2014.
- *Filosofía de la historia*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1978.
- "¿Qué es la ilustración?", en *Filosofía de la historia*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1978.
- MARÍ, ENRIQUE, "Moi, Pierre Rivière..." y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales, Bs. As., Editorial Biblos, 1993.
- *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*, "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", n° 3, 1986, p. 93 A 111.
- MONOD, JEAN-CLAUDE, "La reforma como acontecimiento constitutivo: modernidad, subjetividad, actualidad", en CUSSET, IVES, *Habermas/Foucault. Trayectorias cruzadas. Confrontaciones críticas*, Bs. As., Ediciones Nueva Visión, 2007.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica*, Madrid, Trotta, 2009.
- *Una epistemología del Sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*, Bs. As., Clacso, Siglo XXI Editores, 2013.
- VÁSQUEZ ROCCA, ADOLFO, *Las críticas de Habermas a Foucault y Sloterdijk; en torno al discurso filosóficos de la modernidad y la teoría consensual*, "Nómadas Critical Journal of Social and Juridical Sciences", n° 24, vol. 4, 2009.