

Derecho y Hegemonía: una mirada post-estructuralista acerca del Derecho, la judicialización de la política y la politización de la justicia.

Avance de investigación en curso

Estudios políticos y sociojurídicos

Igor Suzano Machado (Doctor en Sociología, *Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Profesor de teoría social de la Universidad Federal de Viçosa, Brasil.
Email: igorsuzano@gmail.com)¹

Resumen

La política hecha por los jueces adquiere cada vez más prominencia en el mundo contemporáneo, en un contexto de creciente “judicialización de la política” y “politización de la justicia”. Haciendo uso de la versión de Laclau y Mouffe de la categoría gramsciana “hegemonía”, nuestra intención es destacar la posibilidad de un análisis post estructuralista del derecho en el que la arena judicial se convierte en escenario de una disputa hegemónica. Desde este punto de vista, el derecho sería la construcción de una universalidad, pero una universalidad contaminada que, al fin y al cabo, representa a un grupo específico: que no se realiza como una simple máscara de universalidad, pero tampoco desvinculase de su carácter último de particularidad.

Palabras-clave: Derecho; Política; Hegemonía;

1. Introducción: nuevas figuras del lenguaje para una novela muy conocida

Mi punto de partida en este artículo es la crisis de la catacresis de Montesquieu², en la que se enuncia que el juez es la "boca que pronuncia las palabras de la ley" (2001: 180). Esa catacresis depende, a su vez, de una prosopopeya: ³ "la ley habla" y sólo necesita una boca para ser oída. Sin embargo, si la ley no habla, ¿qué se queda de su boca? Si seguimos, por ejemplo, Antoine Garapon (2001: 40-41), y aceptamos que la ley no es más suficiente para guiar a los jueces en su tomada de decisión, ¿cómo podemos mantener la catacresis de Montesquieu? Sin la prosopopeya que la fundamenta, la catacresis de Montesquieu no sobrevive. Por lo tanto, en un contexto en el que los jueces interfieren cada vez más en la política y asumen cada vez más posiciones políticas, debiendo dar significado concreto a valores constitucionales como la libertad y la igualdad, no podemos mantener la catacresis de Montesquieu, que es la base del llamado formalismo jurídico.

En lugar de esta catacresis, creo que otras figuras del lenguaje son mejores fuentes para la caracterización de la actividad judicial contemporánea. Me refiero a la metonimia y la sinécdoque⁴, que

¹ Quisiera agradecer a la CAPES (Proc.: BEX 2181/10-0) por la beca que me ha permitido cursar parte de mis estudios de doctorado en una institución extranjera y al Departamento de Gobierno de la Universidad de Essex que me ha aceptado como un estudiante de doctorado visitante. Doy gracias también a Faperj por la beca de doctorado en Brasil, y a Menara Lube Guizardi, quién ha contribuido a la revisión del texto.

² Catacresis es una figura del lenguaje que utiliza una metáfora desgastada para la caracterización de algo que determinado idioma no designa con una palabra específica, como en los casos de la “pata de la silla” o la “asa de la taza”.

³ La prosopopeya es una figura del lenguaje utilizada cuando es dado a animales o seres inanimados características de seres humanos o seres vivos, como en las expresiones “el gallo canta” o “la guitarra llora”.

⁴ Metonimia es la figura del lenguaje utilizada en la sustitución de una palabra por otra que se relaciona con la palabra sustituida de forma contigua, cambiando el recipiente por el contenido (y viceversa), el autor por su obra (y viceversa), el efecto por su causa (y viceversa). La sinécdoque es un tipo específico de metonimia en la que el conjunto es sustituido por una de sus partes componentes, o viceversa.

tomo prestadas de la teoría del discurso de Ernesto Laclau y Chantal Mouffe. Estos dos tropos, metonimia y sinécdoque, permiten comprender cómo en el discurso de los partidos políticos y de los movimientos sociales, y en las actuales decisiones judiciales, un grupo social específico representa la universalidad, unificando de esta manera una cadena de significados en torno a un significante vacío⁵ como *la justicia, la igualdad, o la libertad*⁶. Consecuentemente, en un contexto de judicialización de la política y politización de la justicia,⁷ creo que una teoría social como la teoría del discurso de Laclau y Mouffe puede ser una excelente referencia teórica para reflexiones sobre el Derecho actual⁸. El objetivo del presente artículo es vincular este enfoque teórico y este objeto empírico.

De todos modos, como los trabajos teóricos de Laclau y Mouffe se quedan concentrados en el nivel ontológico, necesito conectar sus reflexiones ontológicas a manifestaciones del Derecho en el nivel óntico⁹, desarrollando teorías discursivas de medio alcance para tres dimensiones del Derecho: 1) Las instituciones judiciales y su relación con el entorno socio-político; 2) Las prácticas de la jurisdicción y de la litigación y; 3) La decisión jurídica en sí misma. Para la primera dimensión yo me apoyaré en lo proficuo estudio sociológico del Derecho desarrollado por Philippe Nonet y Philip Selznick en la obra *Law and Society in Transition: toward responsive Law* (2010). Para la segunda, usaré la teoría jurídica de Ronald Dworkin y su reconstrucción discursiva del Derecho como una “novela en cadena”¹⁰. Finalmente, para la tercera, haré referencia a algunas importantes decisiones políticas del Judiciario brasileño como objetos para análisis empíricos embasados en las referencias teóricas anteriores.

2. Utilizando la teoría del discurso de Laclau y Mouffe para comprender el Derecho I: la articulación discursiva de la sociedad

Como afirma Laclau, el mayor progreso alcanzado por el estructuralismo fue el reconocimiento del carácter relacional de toda identidad social, pero su límite fue transformar esas relaciones en un sistema, con existencia e inteligibilidad objetivas y con una esencia. Es esta aceptación del axioma estructuralista de la dimensión relacional de toda identidad, junto con la negativa de una organización sistémica de estas identidades en torno a un centro fijo que son las características del pensamiento de Laclau y Mouffe, lo que permite que ellos sean considerados pensadores post-estructuralistas. Empero, si se mantiene el carácter relacional de todas las identidades y, al mismo tiempo, se renuncia a la fijación de esas identidades en un sistema, la sociedad se convierte en el juego infinito de las diferencias, es decir, lo que en el más estricto sentido del término podríamos llamar discurso –

⁵ La noción de significante vacío y otras categorías Laclauianas se quedarán más claras a continuación.

⁶ Aquí se encuentra el carácter de sinécdoque de la política en el pensamiento de Laclau y Mouffe, y en el desarrollo de mi argumentación espero dejar claro la relación entre este carácter y el Derecho actual.

⁷ El contexto de "judicialización de la política" se caracteriza por una disminución de las fronteras y las diferencias entre las funciones del gobierno, en este caso representadas por las funciones legislativas y judiciales. Sobre el fenómeno contemporáneo de la "judicialización de la política", véase: Tate, C. Neal. e Valinder, Torbjörn. (eds.). 1995. *The Global expansion of Judicial Power*. Nueva York / Londres: New York University Press.

⁸ Cuando uso la palabra Derecho con mayúscula, aunque no en el principio de la frase, estoy refiriéndome al campo de conocimientos y prácticas que se caracterizan por la referencia a esta palabra. La palabra derecho sin la mayúscula la utilizo cuando me refiero a determinados sistemas judiciales o prerrogativas jurídicas específicas.

⁹ Aquí, utilizo la distinción heideggeriana, asimilada por Laclau y Mouffe, en la que lo "óntico" hace referencia a las manifestaciones concretas de ciertos seres, mientras que lo "ontológico" hace referencia a un origen más abstracto y fundamental de éstos seres. Para hacerlo más claro, por ejemplo, podemos decir que las reflexiones de las teorías políticas y sociales conciernen a la dimensión ontológica de la política y la sociedad, mientras que las investigaciones de la sociología y de la ciencia política se refieren a las manifestaciones ónticas de dichos fenómenos.

¹⁰ Esta referencia dworkiniana es lo que me permite hablar de “una novela muy conocida” en el título de la presente epígrafe.

abandonando, por supuesto, la comprensión del discurso como algo estrictamente vinculado sólo a la habla y la escritura (Laclau 2000: 104).

De todos modos, una formación discursiva no se caracteriza sólo por la imposibilidad de una fijación definitiva de los significados y por el flujo infinito de las diferencias. Lado a lado a la falta de fijación definitiva de significados, un discurso es siempre un esfuerzo para producir una *sutura* que interrumpe el flujo de las diferencias creando una totalidad significativa e inteligible, aunque provisional y precaria. La imposibilidad de fijación final de los significados implica que debe haber fijaciones parciales. De lo contrario, el flujo de las diferencias mismo sería imposible: incluso para diferir, para subvertir un significado, debe haber un significado. Si *lo social* no puede ser fijado en una realidad objetiva y apriorística como *la sociedad*, él aun existe como un esfuerzo para producir tal objeto imposible¹¹. Todo discurso es un intento de dominar *el campo de la discursividad* deteniendo el flujo de las diferencias e instituyendo un centro (Laclau, Mouffe 2006: 152). Consecuentemente, si una totalidad, como la sociedad, no puede ser una suposición apriorística, aun así, debe ser considerada como un horizonte (Laclau 2007: 95).

Por lo tanto, un discurso debe *articular* los elementos del campo de la discursividad, transformándolos en *momentos* de una cadena discursiva dotada de sentido que establece algunos *puntos nodales*. Son esos puntos nodales, que reúnen y dan unidad al conjunto de momentos asimilados, que también acaban por limitar la presencia de nuevos elementos en la cadena discursiva. Por fin, cabe destacar también que esta organización del discurso tampoco será una *mediación* que tiene como objetivo la reconstrucción de una totalidad inicial que se perdió (como Dios, la naturaleza o la razón). En realidad, ella es una actividad constructiva radical de *articulación* que cambia el significado original que los elementos tenían antes de su asimilación discursiva (Laclau; Mouffe 2006: 142-153).

Por ejemplo, el formalismo jurídico articula una gran cantidad de elementos tales como la previsibilidad, la racionalidad y la equidad reuniéndolos en torno al punto nodal de la aplicación de la ley. Estos elementos, después de su asimilación, tienen significados específicos que no son los mismos que serían si puestos afuera de este discurso – por ejemplo, la previsibilidad en la estadística, o la equidad en un discurso político socialista podrían significar algo completamente diferente – habiéndose convertido, por consiguiente, en momentos del discurso. Uno de estos momentos es la aplicación silogística de las leyes del Estado, y ese momento – un punto nodal – se pone por encima de los demás unificando sus equivalencias– es decir, sólo se podría tener previsibilidad, racionalidad y equidad derivadas del Derecho si se entiende el Derecho mismo como la aplicación de las leyes del Estado. Y este punto nodal es también lo que bloquea la presencia de otros elementos en el discurso y detiene la expansión infinita de la cadena discursiva, es decir, si el Derecho es la aplicación de un sistema cerrado de reglas objetivas, no puede admitir ser la concreción, por ejemplo, de los enunciados morales o preferencias políticas de jueces particulares.

Sin embargo, el campo de la discursividad contiene una gran cantidad de elementos, no todos ellos asimilados por los discursos en momentos específicos, algunos de ellos flotando entre los diferentes discursos, y, como toda identidad es relacional, muchos de ellos funcionando como *exteriores constitutivos* de los demás. Y si un exterior constitutivo es en cierto sentido “exterior”, también es igualmente “constitutivo”. La consecuencia de esto es una dimensión inextricable de *contingencia* inherente a todas las identidades sociales. Como la fuente de la posibilidad de todas las identidades sociales es también la fuente de la obstrucción de la constitución de sus identidades como plenitudes objetivas, toda identidad es también una fuente interminable de *antagonismos* posibles (Laclau 2000: 49). Esto significa que la articulación discursiva del exterior constitutivo no puede ser

¹¹ Es por eso que Laclau no focaliza la "sociedad", pero lo "social" que son las relaciones que tratan de dar a la sociedad un sentido provisional estable, como un todo inteligible. La dimensión de lo "social" y sus diferencias con respecto a la dimensión de lo "político" serán mejor explicadas en la próxima sección del artículo.

vista sólo como el origen de la identidad, sino también como su bloqueadora, como un enemigo que debe ser desafiado. Y si no hay un centro para determinar la mediación discursiva bajo la lógica de la *necesidad*, lo que queda es la posibilidad infinita de la subversión y rearticulación discursiva de las relaciones antagonistas bajo la (no)lógica de la contingencia.

3. Utilizando la teoría del discurso de Laclau y Mouffe para comprender el Derecho II: el movimiento de sinécdoque de la hegemonía política

De lo que hemos visto hasta aquí podemos inferir que la institución del discurso, el establecimiento de sus puntos nodales, la exclusión de sus exteriores constitutivos, la articulación de sus elementos como momentos diferenciales, constituyen operaciones que se basan en el ejercicio del poder, excluyendo y reprimiendo las alternativas que son mantenidas afuera de la cadena discursiva. Eso hace que la construcción del cerramiento precario y temporal de la sociedad sea una *actividad política*, una actividad que utiliza el poder y la represión como los únicos medios para hacer frente a la dimensión antagonista ontológica de la vida social. Aún así, algunas de estas exclusiones y represiones están tan profundamente asimiladas que su carácter político se olvida y ellas se convierten en momentos no controvertidos de ciertos discursos, permitiendo algunas referencias de gran estabilidad para la acción. En la obra de Laclau y Mouffe, esos momentos "naturalizados" del discurso corresponden a la dimensión de lo "social". Así, una diferencia entre *lo político* y *lo social* se establece y lo político obtiene primacía sobre lo social, convirtiéndose en su dimensión de definición (Laclau 2000: 50-51).

Pero Laclau y Mouffe también dedican atención a la lógica específica de la determinación política de lo social: el momento en que una nueva formación discursiva emerge para realizar una nueva sutura en una fractura social, dándole una totalidad significativa provisoria. Mientras lo social es un proceso de *sedimentación*, la política es un proceso de *reactivación*. Este proceso tiene lugar en un momento de *dislocación*, en que los discursos disponibles no consiguen dar sentido a nuevos acontecimientos o aspectos sociales. En este momento se crea una situación de inestabilidad en que el carácter contingente de las formaciones discursivas se hace explícito y sus elementos precisan ser re-articulados para formar una nueva cadena significativa (Laclau 2000: 60). En el ejemplo de las transformaciones recientes del derecho, se puede considerar como un momento de dislocación la dificultad del formalismo jurídico de asimilar dentro de sus cadenas discursivas significativas las pretensiones morales de las legislaciones post-holocausto y Estado de bienestar social, y, conseqüentemente, la apertura de esas cadenas discursivas para re-articulaciones alternativas que puedan asimilar esta nueva realidad.

En gran medida, la articulación política que se producirá en un momento de dislocación será una articulación *hegemónica*, es decir, una articulación en la que una particularidad asume el lugar de lo universal. Sin una referencia trascendental para ser mediada por las prácticas discursivas, esa referencia será necesariamente una particularidad, pero una particularidad que puede asumir el lugar de la universalidad en una especie de relación similar a la relación de *hegemonía* de Gramsci, en la que una clase social trasciende sus propios intereses corporativos para representar a un grupo social más amplio (Laclau; Mouffe 2006: 13-14)¹². Utilizando categorías de la retórica, podemos decir que la *metonimia* puede ser utilizada para ampliar la cadena discursiva de equivalencias, articulando nuevas

¹² En Gramsci, sin embargo, esta particularidad que puede representar la universalidad sólo puede ser el proletariado, ya que para él, la economía es el fundamento último de la sociedad, siendo las clases sociales los únicos sujetos que podrían verdaderamente transformarla. Pero esta centralidad de la economía, diferentemente de lo que encontramos en Gramsci, es negada por Laclau y Mouffe.

relaciones de contigüidad, y un tipo específico de la metonimia, la *sinécdoque*, es especialmente representativa del movimiento de la hegemonía.¹³

El funcionamiento de la sinécdoque de las relaciones hegemónicas es posible porque la totalidad, aunque no pueda ser representada por una identidad objetiva y positiva, puede ser simbolizada por algunos signos de una plenitud ausente. Estos signos son *significantes vacíos*, significantes cuyo excedente de significados les pone más allá del alcance de contenidos específicos¹⁴. Por ejemplo, en un contexto de total desorden, el significante “orden” se convierte en el signo de la plenitud ausente. Pero el “orden” sólo existe como órdenes específicos. Así, aunque represente una dimensión universal de la sociedad – la falta causada por el desorden – un orden social será siempre un orden específico, es decir, una particularidad – como un orden liberal, o un orden conservador (Laclau, 1996: 44). Esta es la sinécdoque de la hegemonía: una particularidad que, aunque sin renunciar a su particularidad, representa una totalidad trascendente, obviamente contaminada por su origen particular. Es por esto que creo que un Derecho descentrado, derivado de la crisis de los fundamentos del formalismo jurídico, podría hacer uso de nuevas figuras del lenguaje, especialmente la sinécdoque – la representación retórica de la lógica de la hegemonía – en sustitución a la catacresis de Montesquieu.¹⁵

4. Vinculando los niveles ontológico, óntico y empírico

Como mencioné anteriormente, Laclau y Mouffe realizan sus reflexiones intelectuales en el nivel ontológico. Por esto, Jacob Torfing, concluyendo su libro sobre la teoría del discurso de Laclau y Mouffe, dice que:

Although the concepts and arguments of the new theories of discourse are developed in specific analytical contexts, they are pitched at a highly abstract level. That is to say, because discourse theory has a metatheoretical character, it is often difficult to apply it in an unmediated way in concrete empirical studies. Discourse theory provides us with a basic understanding of the key aspects of discursive world formation, but has no ambition of furnishing a detailed and fully operationalized framework for the study of all kinds of social, cultural and political relations. I would thus warn against attempts to apply discourse theory directly and instrumentally in empirical studies (Torfing 1999: 291)¹⁶.

¹³ Como la sinécdoque constituye una metonimia en la que la relación de contigüidad representada es una entre la totalidad y una de sus partes, la sinécdoque es exactamente la representación retórica de las relaciones de hegemonía.

¹⁴ Aquí utilizo la distinción de la semiótica entre los significantes – los símbolos – y el significado – el contenido posiblemente diferenciado, de contexto para contexto, que pueden tener esos símbolos.

¹⁵ Pero en este punto es necesario hacer una observación. En las obras de Laclau, la catacresis es considerada el movimiento retórico en sí, es decir, el acto de nombrar algo con un término figurativo que no puede ser reemplazado por un literal, como en la “pata de una silla” (Laclau, 2007: 96). Ya que esa función se lleva a cabo por cualquier figura retórica, prefiero considerar la catacresis como una metáfora desgastada. Considero así que, en sus primeras utilizaciones, “pata de una silla” era una metáfora, pero, después del desgaste causado por su uso repetido, se ha convertido en una metáfora ya desgastada, o sea, una catacresis. Por lo tanto, la catacresis es una figura del lenguaje más cercana a lo social que sus hermanas metáfora, metonimia y sinécdoque, más explícitamente vinculadas a lo político¹⁵. Cuando propongo reemplazar la catacresis de Montesquieu por la metáfora, la metonimia y la sinécdoque, lo que propongo es la reactivación del carácter político y contingente de la construcción discursiva del Derecho en todos sus niveles.

¹⁶ Traducción: “Aunque los conceptos y argumentos de las nuevas teorías del discurso hayan sido producidos en contextos específicos de análisis, ellos fueron lanzados a un nivel muy abstracto. Es decir, debido a que la teoría del discurso tiene un carácter metateórico, a menudo es difícil aplicarla de una forma no mediada en estudios empíricos concretos. La teoría del discurso nos ofrece una comprensión básica de los aspectos claves de la formación discursiva del mundo, pero no tiene la ambición de proporcionar un marco detallado y plenamente operacionalizado para el estudio de todo tipo de relaciones sociales, culturales y políticas. Me gustaría, pues, advertir contra los intentos de aplicar la teoría del discurso directa e instrumentalmente en los estudios empíricos”.

Esta es la razón por la que David Howarth afirma que la noción de articulación desarrollada por Laclau se podría ampliar a un nivel descriptivo y explicativo, siendo un excelente punto de partida para la conexión entre los niveles óntico y ontológico: sin subsumir lo concreto en lo abstracto, y sin regresar a un empirismo vacío de fundamentos teóricos. Sin embargo, continúa Howarth, esto requeriría la elaboración de una serie de conceptos y teorías de "medio alcance" sobre las instituciones políticas y organizaciones económicas situadas en contextos históricos específicos (Howarth 2004: 267). Por consiguiente, para cumplir mi tarea de hacer posible vincular la teoría del discurso y los estudios empíricos sobre el derecho contemporáneo, yo debo desarrollar, o traer a discusión, algunos "conceptos y teorías de medio alcance" que podrían hacer esto posible. Sin embargo, antes de empezar, me gustaría dejar claro en qué niveles del Derecho esta vinculación puede tener lugar y dónde es necesario desarrollar algunas observaciones sobre el puente ontológico-óntico.

Así, me gustaría distinguir tres niveles empíricos donde creo que sería posible efectuar una aproximación entre la teoría del discurso y el Derecho a través de otras teorías más específicas. Para tanto, seguiré la intuición de la escuela de Birmingham, de Norman Fairclough y de Teun Adrianus van Dijk en sus estudios de los medios de comunicación de masas basados en una teoría del discurso y citados por Jacob Torfing en *New theories of discourse: Laclau, Mouffe and Zizek* (1999: 212-213). De acuerdo con Torfing, la escuela de Birmingham, Norman Fairclough y Teun Adrianus van Dijk no analizan *el discurso sobre los medios de comunicación de masas* o *el discurso de los medios de comunicación de masas*, pero, en realidad, *los medios de comunicación de masas como discurso*, distinguiendo para esto tres niveles de análisis empírico: el *nivel micro*, el *nivel meso* y el *nivel macro*.

En el nivel micro, los estudios discursivos sobre los medios de comunicación de masas deben concentrarse en el propio texto, comprendiendo el texto en un sentido amplio, incluyendo señales habladas, escritas y audiovisuales. En el nivel meso, la atención debe centrarse en las formas institucionales de producción, distribución y consumo de los mensajes de los medios de comunicación y las intertextualidades producidas por estas "reglas" de producción, distribución y consumo. Por último, en el nivel macro, lo que se debe analizar son las prácticas socio-culturales que organizan el campo de los medios de comunicación de masas como un todo, como las normas políticas y económicas sobre la propiedad y el control de estos medios (Torfing 1999: 213-215).

Podemos hacer un paralelo entre este enfoque de tres niveles discursivos para los medios de comunicación de masas y un enfoque similar de tres niveles discursivos para el Derecho. En el nivel micro, el nivel del "texto en sí", podríamos situar las decisiones de los tribunales, las sentencias de los jueces o las peticiones de los abogados. En el nivel meso, el nivel de "las formas institucionales de producción, distribución y consumo", podríamos situar las reglas y lógicas de la jurisdicción y la litigación. Por último, en el nivel macro, el nivel de "las prácticas socio-culturales que organizan el campo", podríamos situar las relaciones entre las instituciones judiciales y su entorno social y político. Retroactivamente, podemos hablar de las instituciones judiciales (nivel macro), la jurisdicción y la litigación (nivel meso) y la decisión o petición judicial en sí mismas (nivel micro).

Con esa distinción y el reconocimiento de estos tres niveles, podemos encontrar algunas reflexiones sobre el nivel óntico del Derecho que tienen afinidades con la teoría del discurso de Laclau y Mouffe y nos permiten llevar a cabo investigaciones empíricas basadas en la orientación ontológica y meta-teórica de estos autores. Con respecto al nivel macro, el nivel de las instituciones judiciales, creo que una buena referencia es la obra de Philippe Nonet y Phillip Selznick. Haciendo referencia al nivel meso, de la jurisdicción y la litigación, esta reflexión podría ser encontrada en la teoría jurídica de Ronald Dworkin. Por último, sobre el nivel micro del texto de la decisión o de la petición judicial, un análisis del texto basado en las reflexiones teóricas anteriores surgiría como la vía ideal para su análisis empírico.

5. Derecho y sociedad en transición en el nivel macro: reflexiones sobre las instituciones judiciales

En 1978, Philippe Nonet y Philip Selznick escribieron un proficuo libro llamado *Law and society in transition: toward responsive law* (2010). En el libro, los autores desarrollan una interesante reflexión sociológica sobre la situación del derecho y de las instituciones judiciales de los Estados Unidos en aquel momento. Como los Estados Unidos han diseminado su influencia política por todo el mundo, las cuestiones del libro se convirtieron en referentes importantes para una gran cantidad de países que han organizado sus instituciones políticas y jurídicas influenciados de alguna manera por el sistema estadounidense. Fundamentalmente, Nonet y Selznick argumentan en su libro que podemos clasificar las instituciones judiciales como las instituciones de un *derecho represivo, autónomo o responsivo*.

Estas definiciones del derecho corresponderían a tres tipos ideales que podrían ser utilizados para clasificar los sistemas judiciales específicos, en la medida que se identifiquen en ellos características más represivas, autónomas o responsivas¹⁷. Estas características serían reacciones al medio ambiente socio-político donde las instituciones judiciales estarían inseridas. En el caso del derecho represivo, las instituciones judiciales se insertarían en un contexto de consolidación de una instancia política. Por lo tanto, estas instituciones tendrían por objeto imponer y mantener un orden político deseado por las élites políticas y no por toda la comunidad (Nonet, Selznick 2010: 75).

Como la coerción y el mantenimiento del orden son características de cualquier sistema judicial, el derecho represivo tiene similitudes con todos los ordenamientos jurídicos. Pese a esto, habría que considerar que el Derecho no se reduce a la utilización de la coerción, sino que combina referida utilización con una reivindicación de legitimidad del poder político. Y en lo que dice respecto a la dimensión de ser una instancia de legitimación del poder político, el derecho represivo es en gran parte débil. Es por eso que Nonet y Selznick presentan, como una evolución del derecho represivo, el derecho autónomo, que tiene como objetivo proporcionar una base más sólida para la legitimidad del poder político en una sociedad más compleja y diversificada (Nonet; Selznick 2010: 100).

El objetivo del derecho autónomo, como una evolución del modelo represivo, sería establecer un gobierno de leyes, más que un gobierno de hombres. En el modelo autónomo, todos, gobernantes y gobernados, están sujetos al mismo orden jurídico y al sistema judicial. Este carácter universal de su "modelo de reglas" proporciona al derecho autónomo las herramientas para el mantenimiento de la legitimidad política en una sociedad compleja. Aun así, su justicia estrictamente formal y procedimental se ha mostrado incapaz de hacer frente a algunas injusticias sustantivas ya fuertemente establecidas.

Centrándose en sus procedimientos y atado a la estricta obediencia a las reglas prescritas por la legislatura, un sistema judicial autónomo se vuelve insensible a las demandas sociales por justicia sustantiva y su autonomía degenera en aislamiento. Si, por un lado, el derecho represivo en su deseo de mantener el orden ha sido insensible a la dimensión necesaria al Derecho de promoción de la legitimidad, por otro lado, el derecho autónomo, con el objetivo de superar los problemas del derecho represivo, ha terminado por dejar de lado otra dimensión esencial al Derecho: la promoción de la justicia.

Dentro de este contexto, surge la demanda por un nuevo tipo de derecho. Nonet y Selznick llaman a este nuevo tipo de derecho el derecho responsivo. Por lo tanto, la transición del derecho

¹⁷ Los tipos ideales son construcciones intelectuales en las que algunas de las características especialmente importantes de un objeto específico—una institución social, una relación social, o una acción social— se radicalizan para permitir que el analista entienda su manifestación concreta mediante la comparación entre los fenómenos observados y la construcción conceptual que él ha desarrollado idealmente. La metodología de los tipos ideales fue criada por Max Weber, a quien Nonet y Selznick utilizan como referencia metodológica.

autónomo al derecho responsivo implica una apertura de las instituciones judiciales a su medio ambiente, entendido éste como una fuente de auto-corrección. El modelo de reglas se debilita, la equidad ya no es ciega a las desigualdades sociales y la desobediencia no es siempre considerada una ofensa al orden jurídico. Sea como fuera, esto hace del derecho autónomo un modelo de derecho maleable, pero puesto a la vez en constante peligro (Nonet, Selznick 2010: 127).

Sostengo que las transformaciones de las instituciones jurídicas, como descritas por Nonet y Selznick, pueden ser entendidas bajo un marco de la teoría del discurso. En realidad, las transiciones entre el derecho represivo, el derecho autónomo y el derecho responsivo implican una rearticulación de elementos discursivos bajo nuevas cadenas de sentido. Esto se ve muy claramente en la cadena discursiva unificada bajo el significante vacío "orden" (en el derecho represivo), que es subvertida por una cadena discursiva unificada bajo el significante vacío "legitimidad" (en el derecho autónomo). Es menos claro, no obstante, en la transición entre el derecho autónomo y el derecho responsivo. Tal vez por el sistema judicial responsivo ser más que el sistema judicial contemporáneo, siendo como una promesa aun a ser alcanzada. Pese a todo lo anterior, considero que esto se debe más a la apertura típica del derecho responsivo que en lugar de dar al Derecho un nuevo principio de cierre, pone de relieve la contingencia de ese principio. Al igual que la política democrática, el derecho responsivo haría más visible el carácter hegemónico – y contingente – de la articulación de su contenido.

6. Hegemonía e integridad en el nivel meso: reflexiones sobre la jurisdicción y la litigación

La transición de un derecho autónomo a un derecho responsivo se refleja en la transición de una teoría jurídica positivista a una teoría jurídica que intenta ir más allá del positivismo. De hecho, podemos entender las reflexiones teóricas contemporáneas sobre el Derecho como un intento de dar a los agentes judiciales un marco para llevar a cabo sus tareas en las instituciones judiciales de un derecho responsivo. Estos marcos pueden variar desde mantener la fe en el modelo positivista de reglas (como en el llamado positivismo inclusivo), hasta la aceptación de la apertura del sistema jurídico como un llamado a la transformación social radical operada por jueces (como en algunos autores vinculados al llamado pragmatismo jurídico).

En lugar de una insistencia en el modelo positivista de reglas, o una visión totalmente instrumental de las normas jurídicas, creo que una visión más precisa sobre la actividad judicial es proporcionada por Dworkin y su modelo del *Derecho como integridad*.¹⁸ La propuesta de Dworkin es que la jurisdicción – la actividad de los jueces y tribunales – y la litigación – la actividad de los abogados y los procuradores – deben ser entendidas como tareas interpretativas que intentan materializar los valores de una comunidad política fraternalmente unida por principios morales. La sustancia utilizada para realizar esta tarea es la cultura institucional de la comunidad, es decir, sus decisiones políticas pretéritas. Al tratar con un caso judicial concreto, los agentes implicados en el juicio deben ver en las decisiones políticas del pasado no sólo las reglas aplicables, sino también los principios que deben hacer efectivos. Y estos principios pueden exigir la revisión de algunas reglas que podrían socavarlos y la aceptación de otras reglas que, mismo no estando explícitas en la legislación, serían necesarias para que estos principios se pudieran concretizar (Dworkin 2003).

Dentro de este contexto, la actividad judicial sería exactamente la de proporcionar un significado concreto a los principios derivados de los meta-principios de la igualdad y de la libertad. Y la fuente de construcción de las cadenas significativas que deberían llenar los significantes igualdad y

¹⁸ Como creo que las actividades de los agentes judiciales, si comprendidas bajo los lineamientos de la teoría del discurso, deben ser entendidas de manera ni tan restringida, ni tan libre – en realidad, el sujeto en la teoría del discurso actúa sobre una estructura sólo parcialmente dislocada (Laclau, 1998: 119-120) – considero que estas dos visiones extremas sobre la actividad judicial deben ser rechazadas.

libertad con significados específicos, sería la cultura institucional de la comunidad, es decir, sus decisiones políticas pasadas – como las leyes o los precedentes judiciales. Es esto lo que hace que las actividades judiciales, según las comprende Dworkin, puedan ser entendidas como prácticas de articulación de elementos discursivos para la construcción de una nueva totalidad coherente, a la que referido autor llamaría exactamente de una novela: la novela en cadena que él argumenta que los jueces escriben cada uno un capítulo, a través de sus decisiones¹⁹.

Acerca de la política entendida bajo un marco de la teoría del discurso, Jacob Torfing señala que:

The structural context of meaning and action contains numerous rules. These are neither rigid nor aprioristic, but flexible, and in the last instance simply an instance of their usage. Nevertheless, they cannot be changed arbitrarily, but have to hegemonize, to a certain extent, the previous instances of usage. As such, we can change the rules of the game in collective wage negotiations in many different ways, but we have to take the pre-existing rules into account and show how they are either compatible or incompatible with the new rules (Torfing 1999: 64)²⁰.

Eso es básicamente lo que los abogados y jueces comprometidos con lo llamado "Derecho como integridad" hacen en el ámbito de la adjudicación y jurisdicción. Así, aunque Dworkin sea ambiguo sobre si esta búsqueda de la integridad debiera resultar necesariamente en una novela políticamente liberal o no, creo que si nosotros respondemos a esa pregunta de forma negativa y entendemos la integridad del Derecho como un proceso de articulación hegemónica y no de mediación liberal, la noción de Derecho como integridad de Dworkin es la mejor comprensión de la jurisdicción y adjudicación para una vinculación entre la teoría del discurso y el Derecho en el nivel meso.

7. Hacia un análisis de casos empíricos en el nivel micro: reflexiones sobre decisiones judiciales en un contexto de judicialización de la política y de politización de la justicia

Teniendo en cuenta las observaciones teóricas anteriores, ¿qué tipo de investigaciones en el nivel micro se podría realizar? Aunque no sea posible desarrollar el punto aquí, me gustaría dar sólo algunos ejemplos de "textos en sí mismos", retirado de las decisiones judiciales y que podrían ser provechosamente analizados bajo un marco de la teoría del discurso. Considerando la realidad brasileña, me gustaría poner de relieve las decisiones del Supremo Tribunal Federal - Corte Suprema de Brasil - sobre:

1. El derecho de huelga de los funcionarios públicos (MI ²¹ 670, 708 y 712);
2. La posibilidad de investigaciones científicas con células madre (ADI ²² 3510); y

¹⁹ Aunque Dworkin tenga el foco en las actividades de los jueces, él reconoce que los legisladores también son autores de la novela en cadena. De hecho, desde dentro de la actividad legislativa, son ellos quienes escriben los primeros capítulos de la novela que los jueces continuarán en los tribunales. De ahí que su pensamiento pueda ser aplicado a las dos grandes tradiciones jurídicas del Occidente: la tradición de la *Common Law* –en la que la jurisdicción se basa principalmente en las decisiones judiciales anteriores– y la tradición de la *Civil Law* –en la que la jurisdicción se basa principalmente en los códigos de leyes hechos por los legisladores–.

²⁰ Traducción: “El contexto estructural del significado y de la acción incluye numerosas reglas. Estas no son ni rígidas, ni apriorísticas, pero flexibles y, en última instancia, simplemente un ejemplo de su uso. Sin embargo, no es posible cambiarlas arbitrariamente, sino que ellas debieran hegemonizar, en cierta medida, los casos anteriores de su uso. Como tal, podemos cambiar las reglas del juego en las negociaciones salariales colectivas de muchas maneras diferentes, pero tenemos que tener en cuenta las reglas preexistentes y mostrar la forma en que ellas son compatibles o incompatibles con las nuevas reglas”.

²¹ M.I. = “Mandado de injunção”. Es una especie de proceso constitucional brasileño en que se solicita una respuesta jurídica a un vacío legislativo.

3. La fidelidad de los candidatos a sus partidos políticos (ADI 3999 y 4086).

En el primer caso, existe lo que se ha denominado "activismo judicial", ya que en esta decisión los jueces han fijado los términos del derecho de huelga de los funcionarios públicos establecido por la Constitución brasileña, pero sin su prevista regulación infra-constitucional. En el segundo, hay la asunción judicial de la actividad de un "papado laico", en la que se decide un polémico dilema moral, tradicionalmente decidido por otras instancias políticas y religiosas. En el tercero, hay la intervención judicial en la competición política, ejemplo clásico de "judicialización de la política". Estas decisiones son ejemplos de tres de las más controvertidas interferencias judiciales en el mundo político (Badinter; Breyer 2004). Y, como decisiones propiamente políticas, creo que debieran ser analizadas con respecto a las prácticas hegemónicas realizadas en su interior, es decir, con respecto a la metonimia y la sinécdoque que se realizan en su texto, a pesar del peso que aún pueda tener el espectro de la catacresis de Montesquieu.

En este contexto, el ámbito judicial aparece como un nuevo espacio para las disputas políticas. Por ejemplo, incapaces de regular su derecho a la huelga bajo los tradicionales procedimientos legislativos, algunos servidores públicos brasileños buscaron a los jueces constitucionales como autores políticos capaces de reforzar derechos constitucionales abstractos que podrían representar los intereses particulares de estos funcionarios, es decir, significantes vacíos que ellos podrían intentar hegemonizar.

8. Consideraciones finales

El objetivo principal de este artículo ha sido establecer un vínculo entre la teoría del discurso de Laclau y Mouffe y el estudio del Derecho en el contexto contemporáneo. Sin embargo, como un estudio exploratorio, el presente texto no llega a conclusiones finales. Aún así, creo que la argumentación aquí detallada es suficientemente fundamentada para mostrar cómo el enfoque propuesto puede ser útil para una nueva comprensión del Derecho. Nociones como las de hegemonía, significantes vacíos y dislocación podrían ayudar a comprender las nuevas articulaciones políticas y jurídicas contemporáneas. Esto sería cierto tanto en lo que se refiere a la dimensión de una relación más abierta entre las instituciones jurídicas y su entorno político y social (en el contexto de un derecho responsivo), como en los intentos de los juristas de hacer del ordenamiento jurídico un todo íntegro bajo principios comunes (como se destaca en el Derecho como integridad de Dworkin). Este sería el caso incluso para el análisis del texto de las decisiones judiciales en sí mismas, cubriendo también, por supuesto, las relaciones entre todas esas dimensiones macro, meso e micro, como influenciadas unas por las otras.

10. Bibliografía

- Alexy, Robert. 2009. *Conceito e validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 176 p.
- Badinter, Robert; Breyer, Stephen (orgs). 2004. *Judges in Contemporary Democracy*. New York/London: New York University Press. 317p.
- Dworkin, Ronald. 2003. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 513p.
- Dworkin, Ronald. 2006. *Justice in robes*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 308 p.
- Foucault, Michel. 2007. *A arqueologia do saber*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 236p.
- Garapon, Antoine. 2001. *Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. 272p.

²² ADI = "Ação Direta de inconstitucionalidade". Es uno de los medios de revisión judicial en Brasil, un proceso en el que se solicita una declaración judicial sobre la inconstitucionalidad de ciertas leyes aprobadas por el Legislativo.

- Howarth, David. 2004. "Hegemony, political subjectivity, and radical democracy". In: Critchley, Simon; Marchant, Oliver. *Laclau: a critical reader*. New York: Routledge. 357p.
- Laclau, Ernesto. 1996. *Emancipation(s)*. Londres: Verso. 127p.
- Laclau, Ernesto. 1998. "Desconstrucción, pragmatismo, hegemonía". In: Mouffe, Chantal. *Desconstrucción y pragmatismo*. Buenos Aires: Paidós. 97-136.
- Laclau, Ernesto. 2000. *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión. 270p.
- Laclau, Ernesto. 2004. "Construyendo la universalidad". In: Butler, Judith; Laclau, Ernesto; Žižek, Slavoj. *Contingencia, hegemonía, universalidad: diálogos contemporáneos en la izquierda*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina. p. 281-306.
- Laclau, Ernesto. 2007. *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. 312p.
- Laclau, Ernesto; Mouffe, Chantal. 2006. *Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia*. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina. 246p.
- Montesquieu, Baron de. 2001. *The spirit of laws* [electronic resource]. Kitchener: Fantoche. 726p.
- Nonet, Philippe; Selznick, Philip. 2010. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan. 176 p.
- Torring, Jacob. 1999. *New theories of discourse: Laclau, Mouffe and Žižek*. Oxford: Blackwell Publishers. 342p.