

Conocimiento jurídico e intervención profesional: elementos para pensar la investigación del derecho en la actualidad¹

Legal knowledge and professional intervention: some elements to think legal research today

Luciana Alvarez*

Resumen

El presente trabajo constituye una reflexión situada en relación a los modos en que se produce conocimiento científico actualmente en el campo del derecho, al menos en Argentina. A partir de explicitar una serie de supuestos que nos permiten caracterizar cómo comprendemos la actividad científica, y sus particularidades en el campo jurídico, en el que se reconoce un amplio predominio de investigaciones de tipo profesional, nos ocupamos de mostrar problemas epistemológicos y metodológicos de algunas investigaciones jurídicas que tienen como objeto promover modificaciones normativas.

Palabras clave: ciencia jurídica – dogmática – investigación profesional

Abstract

This work pretends to be a situated reflection on the ways in which we produce scientific knowledge in law field, in Argentina at least. After specify our assumptions about the elements that allow us to characterize an inquiry as scientific, and of course its singularities in law arena in which predominates professional researches, we focus some problems related to a singular type of juridical research that, beyond its professional profile, are concerned to promote normative reforms.

Keywords: legal science – legal dogmatism – professional research

¹El presente trabajo constituye una versión modificada de la exposición realizada por la autora en la Jornada de encuentro entre investigadores e investigadoras del derecho y revistas jurídicas universitarias, 3 de agosto de 2018, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

* Abogada. Doctora en Derecho con mención en Filosofía del Derecho por la Universidad Nacional de Cuyo. Investigadora adjunta de CONICET. Docente de Filosofía del Derecho e Introducción a la Filosofía, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo. E-mail: lalvarezbauza@gmail.com.

Conocimiento jurídico e intervención profesional: elementos para pensar la investigación del derecho en la actualidad

Luciana Alvarez

1. Introducción: derecho, ciencias sociales y racionalidad política.

De acuerdo a las perspectivas contemporáneas, en un registro que podemos denominar “concepción actual de ciencia”, el discurso científico específico de las ciencias sociales constituye una práctica social institucionalizada tendiente a elucidar y/o comprender aspectos problemáticos y/o desconocidos de la realidad social, en las diversas maneras en que ella como objeto de conocimiento pueda comprenderse. Desde este punto de vista, y asumiendo que la ciencia jurídica es una ciencia social, en la medida que estudia fenómenos que involucran comportamientos e interacciones humanas, ella constituye una práctica social institucionalizada que tiene por objeto elucidar y/o comprender aspectos problemáticos o desconocidos de la realidad jurídica, o simplemente del derecho como realidad.

Ahora bien, este parecería ser uno de los problemas fundamentales: ¿Qué entendemos por derecho? ¿Qué entendemos por realidad jurídica? A partir de las diversas respuestas, que a la hora de producir conocimiento jurídico funcionan como presupuestos teóricos, comienzan a delinearse distintas perspectivas de abordaje y sus correlativos problemas de coherencia. Una concepción de lo jurídico estructurada sobre el supuesto de que las normas cristalizan un orden o voluntad trascendente, divino, racional o cual fuere, oculta el hecho de que los textos normativos constituyen hechos sociales institucionalizados y, por lo mismo, expresan un estado de cosas (conflictos, acuerdos y tensiones de grupos sociales) en un momento y lugar determinados. En este sentido, como artificios o artefactos que expresan un estado de fuerzas contingente y determinado, poseen una racionalidad propia, una racionalidad no trascendental, sino un cierto tipo de racionalidad socio-política que organiza relaciones de poder múltiples, cambiantes, dinámicas, no estructurales y en muchos casos impredecibles (Mónaco, Pisera y Sztulwark, 2016), respecto de las cuales se encuentran en elaboración las grillas de análisis capaces de hacerlas inteligibles.

Este será entonces nuestro punto de partida: comprender al derecho como una ciencia social, entonces no una ciencia normativa en el sentido que lo propuso Kelsen (1982: 83-90) y continúan pensándolo tantos académicos dedicados a la investigación y el estudio sobre el derecho. Igualmente, asumir que la racionalidad que organiza la emergencia y funcionamiento

de lo jurídico responde a relaciones de poder múltiples y contingentes: entre las diversas normas que son sancionadas en una comunidad determinada no decimos que anidan relaciones lógicas –lo que dificulta la posibilidad de referirnos a ellas como sistema– sino correlaciones entre ellas mismas y respecto de las relaciones de poder en cuya trama emergen y a las que contribuyen a sostener, así como desbloquear o desplazar.

Esto compromete entonces, una concepción del poder no economicista, centralizada, ni estática según la cual el poder circula, pudiendo operar en diferentes direcciones, se trata, podemos decirlo así: de una deriva hacia la polivalencia táctica del discurso en términos de Foucault (1977: 122-123). El discurso del derecho es un discurso multívoco y polivalente capaz de funcionar como garante de las relaciones sociales conforme ellas se presentan y capaz a su vez de potenciar su reconfiguración. Sus enunciados, en este sentido y a nuestro juicio, no constituyen cartas de triunfo, por el contrario “valen”. Poseen cierta fuerza en la medida en que son utilizados por agentes sociales en el marco de relaciones que esos mismos agentes no controlan.

Se trata, entonces, de algo que por el momento podemos designar como la inmanencia de lo jurídico, su configuración contingente y aleatoria. En palabras de Deleuze (2014), preguntarse por la ley en cuanto composición de ilegalismos, distribuidos en un campo social determinado. Se trata de la posibilidad y la urgencia de mostrar las necesidades y estrategias en relación con las cuales el derecho se configura, los problemas a los que pretende responder, las jerarquizaciones que logra establecer, con la inquietud finalmente de mostrar que en él no anida lo necesario. Por el contrario

todo lo que es se muestra al ojo del genealogista (...) como la actualización de una de las muchas de combinaciones de posibles que lo preceden, que lo atraviesan y que lo exceden; el resultado unilateral de una selección que acomoda lo múltiple a una “forma” que podría haber sido diferente (Chignola, 2018: 16).

Como artificio, el derecho sólo constituye una individuación siempre atada a un proceso, es la concreción de uno de sus modos, permaneciendo abiertos todos sus posibles (Simondon, 2009). Si decimos que los enunciados propios del discurso jurídico poseen la fuerza que se ha impreso en ellos en las diversas estrategias en que son utilizados, de lo que se trata es de desentrañar y comprender cómo valen los derechos en un determinado cruce, o choque, de fuerzas. Si Foucault se preocupó por desplegar una analítica del poder, lo hizo en esta dirección: para mostrar cómo funciona el poder en el juego de fuerzas en que circula, qué

ocurre con el poder en los movimientos por los cuales se multiplican, amplifican y difunden los focos y los territorios de enfrentamiento. Y en la renuncia, correlativa, a los "...juicios definitivos, globales, unilaterales, absolutos..." (Chignola, 2018: 89).

El discurso del derecho, en su dimensión de práctica social, constituye una configuración de sentido en que convergen, en múltiples formas de disputa, distintas posiciones políticas, ideológicas, culturales, sociales y económicas como lo han señalado, desde hace un buen tiempo, los teóricos críticos (Marí, 1982; Cárcova, 1993; Curtis, 2001). En este sentido, sostenemos que es posible, e incluso necesario, comprender que lo jurídico es tributario de una racionalidad inmanente a las relaciones sociales de poder en cuya trama opera y cobra forma aquello que podemos denominar realidad jurídica, y sobre todo que podría haber sido diferente. Esto habilita una línea de trabajos de investigación en el campo jurídico tendientes a mostrar estas correlaciones al interior de distintos objetos: judicialización de la política, resolución de conflictos, criminalización, interpretación del derecho, procesos decisionales, razonamiento judicial, efectivización de diversos derechos humanos, derechos a la salud, derechos a la diferencia, institucionalización de lo común, potencial emancipatorio de diversos arreglos institucionales, entre muchos otros y por mencionar sólo algunos de los que nos hemos ocupado en los últimos años. Correlativamente, el estudio de distintos objetos permitirá mostrar cómo una serie de verdades sobre lo jurídico, el tipo de enunciados que componen su discursividad, son inteligibles al interior de una racionalidad política específica que es necesario cartografiar, a fin de comprender igualmente el funcionamiento del discurso de los derechos.

2. Problematicación: intervención profesional, dogmática y saberes posibles

A partir de aquí propongo considerar un problema epistemológico y metodológico para la ciencia jurídica como ámbito específico de conocimiento que tiene como objeto al derecho. Problematizar el tipo de investigaciones que se plantean la necesidad de proponer, o directamente formular reformas, o modificaciones, legislativas al concluir un trabajo de investigación, una maestría, un doctorado, por ejemplo. Es habitual que los abogados y abogadas perciban su contribución al conocimiento del derecho sólo desde el punto de vista de cómo debería ser el derecho. Paul Khan (2001) advierte, en esa dirección, que la disciplina jurídica se encuentra en una situación tal que existe un colapso de la posibilidad analítica de establecer una distinción elemental entre el sujeto y el objeto de estudio: el investigador del derecho se encuentra desde el comienzo comprometido con su funcionamiento, lo que supone

necesariamente adscribir a una serie de supuestos que organizan determinado cuerpo de normas vigentes. En esta línea ha llegado a expresar:

La situación de la investigación jurídica contemporánea es de alguna manera irónica. Estudiando el derecho nos convertimos en parte de él. La consecuencia es que nuestro más profundo compromiso cultural, el compromiso con el Estado de derecho, permanece como uno de los elementos menos explorados (...) somos tan incapaces de estudiar el Estado de derecho como los investigadores del siglo XVIII y XIX lo eran de estudiar el cristianismo (2001: 10).

En otros trabajos he llamado la atención en relación a esta tendencia que, no constituye una novedad, pero, al permanecer, de todos modos, vigente permite caracterizar la situación actual del campo: el carácter intervencionista de los estudios o investigaciones jurídicas. En qué consiste esto: en el hecho de que los resultados de la investigación se validan fundamentalmente en función de sus consecuencias prácticas, en lugar de su capacidad para proveer una explicación o descripción comprensiva de un aspecto de la realidad.

Ello nos lleva al problema que suscita la distinción entre producción científica e intervención profesional, que materializa esa singularidad que hace que quienes se disponen a comprender y explicar lo jurídico se encuentran a su vez profundamente comprometidos con la función de regular e inducir las conductas sociales en un determinado sentido y con arreglo a fines también determinados, que es lo propio del derecho, pero no de la ciencia jurídica.

Evidentemente, el conocimiento jurídico se juega en ese borde inestable ciencia/intervención profesional (Schilardi, 2000, 2006), y ello trae aparejados algunos problemas en términos epistemológicos y metodológicos: el derecho, o lo jurídico, como objeto de conocimiento se configura y re-configura a la par que es descripto o explicado. Pareciera que para hacer ciencia jurídica deberíamos partir de la ficción, como lo hace tradicionalmente la dogmática jurídica, de que el derecho constituye un sistema consistente, libre de contradicciones. La tarea preciosa de los dogmáticos será “brindar justificaciones prácticas del derecho a fin de reconstruirlo de la mejor manera desde el punto de vista de una moralidad política plausible (...)” (Lariguet, 2016: 38) sea que ello se haga de manera explícita –el caso de los prescriptivistas o lo que tiende a enunciarse como dogmática crítica–; o implícita, como sería el caso de quienes se pretenden portadores de una neutralidad valorativa y se disponen a realizar una descripción aséptica de su objeto que nunca es tal, ni podría serlo–.

El problema es que si la dogmática jurídica se encuentra siempre comprometida y limitada

por fines políticos que son puestos a la base de la reconstrucción teórica que emprende, y hace del derecho una versión plausible en vistas de la realización de tales fines, se desvanece la posición del observador y toda posibilidad explicativa y/o comprensiva, especialmente cuando esta posición asumida no se explicita.

Por supuesto que asumimos que esta posición, la del observador, no es ni puede ser neutral (Haraway, 1991) pero, reconocer el carácter situado de la producción científica como práctica social no es lo mismo que pretender que el derecho legislado se adecúe a la moralidad política a la que adscribe el jurista. Esto supondría que el derecho, en palabras de Kennedy, te permite “tener razón respecto a tus juicios de valor, en vez de tener meras ‘preferencias’ (...)” (2006:53). Lo que –dentro del paradigma de la dogmática jurídica– podría sostenerse con cierto grado de legitimidad o validez científica es la mejor versión, en términos de adecuación y consistencia lógica, de un conjunto de normas jurídicas, una vez que se han explicitado los fines y valores a los que ese conjunto de normas adscribe, independientemente de las preferencias personales del jurista.

Lo cierto es que ello sucede, es decir, tanto de manera explícita como implícita todo ejercicio dogmático involucra un compromiso con el modo en que el derecho “debería ser” y esto trae algunos problemas de validación que podríamos sintetizar de la siguiente manera: pretender conocer de manera más o menos rigurosa un objeto a la vez que se lo produce en términos fenoménicos es bastante polémico. Sería como pretender explicar o comprender los comportamientos electorales de una determinada población y promover una campaña de captación de votos como corolario del mismo producto científico. Es cierto que conocer y comprender determinados comportamientos permite tomar decisiones, que podrán ser -o no- efectivas, sobre la base de ese conocimiento, pero se trata de dos actividades que mantienen cierta independencia. Y, además siguiendo el ejemplo que proponemos, no podríamos invalidar el conocimiento producido sobre la base de la falta de eficacia de la campaña de captación de votos, que elaboramos como su corolario. Debemos seguir pensando alternativas de acción, pero ello pertenece al campo de la decisión que en su horizonte siempre es socio-política.

Ahora bien ¿Qué pasa en el campo de la investigación profesional en el campo jurídico? En términos generales, lo que se reconoce como intervención profesional busca mejorar un procedimiento técnico a fin de optimizar resultados, lograr una adecuada eficacia local en los marcos del problema que intenta resolver y en el marco de las reglas del campo disciplinar (Samaja, 2004: 35). En esta dirección, una investigación profesional deberá ser capaz de

validar ese resultado no sólo por su eficacia local sino por su capacidad de universalización y contrastación de dicho resultado a partir de un marco teórico. En ese límite, un ejercicio dogmático que dé cuenta qué entiende por “la mejor versión del derecho” y sea capaz de mostrar los problemas que su propuesta de interpretación o sistematización puede solucionar podrá ser considerado científico si, igualmente, puede exponer su desarrollo con algún grado de generalidad y adecuación en el marco de un modelo teórico. Pero en este caso resulta siempre fundamental explicitar los supuestos de los que parte, en ello consiste la presencia de un marco teórico que, como tal, permea cada una de las etapas de un diseño de investigación, permitiendo tomar decisiones teóricas y metodológicas consistentes (Sautu, 2005).

Sin embargo, aun cuando asumamos el carácter científico de la investigación profesional, esas otras investigaciones que señalamos problemáticas en cuanto se proponen una modificación normativa parecen salirse del cuadro...

Proponer “científicamente” una modificación legislativa, que parece ser lo propio de una comunidad política, implicaría cancelar el carácter político y deliberativo de las normas en el sentido que supone que ellas derivan de la lógica interna y propia de un “sistema jurídico”, olvidando igualmente que ellas son el producto de acuerdos contingentes e históricos que una comunidad se da a sí misma. La consagración legal de determinados derechos no proviene de una regularidad científica según la cual un orden jurídico posee reglas más o menos estructurales, que es posible descubrir a través de un método científico. Así, por ejemplo, no hay nada científico en el principio de legalidad o “*in dubio pro reo*”. La consagración normativa de tales principios es una decisión política. Y en relación con ella, un estudio dogmático podría mostrar la adecuación sistemática, o su falta, de determinadas normas a ese principio, y con ello contribuiría a la tarea de los operadores jurídicos al plantear, contestar o resolver inconstitucionalidades, en su caso.

La pretensión de científicidad de los estudios que proponen una modificación normativa permanece opacada en la medida que pretenden derivar estándares de verdad –que es lo propio del conocimiento científico– a una decisión que involucra consideraciones, preferencias y jerarquías de diversa índole. Distinto es el caso en el que se contrastan diversas posibilidades, e incluso proyectos de reforma legislativa, y se los analiza a la luz de un modelo teórico determinado a fin de evidenciar la consistencia o inconsistencia que presenta cada una de esas posibilidades.

3. Problematización y después: la crítica y sus posibles

Pero, si el derecho conforme señalamos al comienzo resulta ese conjunto de normas que cristalizan, o expresan, tensiones y acuerdos en una sociedad determinada, se encuentra entonces sujetado a las prácticas sociales de su época, es producto de ellas. Podemos continuar elaborando modelos teóricos que muestren cómo nos gustaría que fuese ese conjunto de normas, pero sino no somos capaces de comprender esas prácticas, esa racionalidad socio-política, nos será imposible comprender la racionalidad que lo rige. Y continuaremos “ficcionalando”, perdón por el neologismo, sobre la base de lo que el derecho debería ser o podría ser sino fuera lo que es, sin comprender finalmente ¿Qué es? ¿Cómo funciona?

A partir de aquí, habrá quienes comprendan estas precisiones como una forma de conformismo, como un tipo de conocimiento que aboga por una forma de pensamiento ocupado en comprender únicamente cómo funciona el derecho y se desinteresa de los problemas que ello acarrea. Pero eso no es más que el síntoma de su mal-entendido. Es necesario comprender cómo funciona si lo que nos interesa, verdaderamente, es que funcione de otro modo. La posibilidad de que el derecho constituya un objeto que podemos transformar, en atención a los múltiples fines que como comunidad seamos capaces de experimentar, se encuentra indisolublemente ligado a la posibilidad de comprender en qué consiste.

Retomo, para finalizar, la manera en que Foucault caracterizó su pensamiento como forma singular de la crítica:

Se trata, en suma, de transformar la crítica ejercida en la forma de la limitación necesaria, en una crítica práctica que toma la forma de una transgresión posible (...) me parece que esta actitud histórico-crítica debe ser también una actitud experimental. (...) someterse a la prueba de la realidad y de la actualidad, tanto para aprehender los puntos en los que el cambio es posible y deseable, como para determinar la forma precisa que haya que darle a ese cambio. Es decir que esta ontología histórica de nosotros mismos, debe apartarse de todos aquellos proyectos que pretenden ser globales y radicales (Foucault, 1994: 14-15).

Bibliografía

Cárcova, C. M. (1993). *Teorías Jurídicas Alternativas. Escritos sobre derecho y política.*

Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.

Courtis, C. y Bovino, A.(2001). Por una dogmática conscientemente política (183-222) en: C. Courtis (ed.) *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho.* Buenos Aires: Eudeba.

Chignola, S.(2018). *Foucault, más allá de Foucault.* Buenos Aires: Cactus.

Deleuze, G.(2014). *El poder. Curso sobre Foucault.* Buenos aires: Cactus.

Foucault, M.(1977) *Historia de la sexualidad. Vol. I La voluntad de saber.* Buenos Aires: Siglo XXI.

Foucault, M.(1995). Crítica y Aufklärung [Qu'est-ce que la Critique?]. *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, 11. Traducción de Jorge Dávila.

Haraway, D.(1991). *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza.* España: Ediciones Cátedra.

Kahn, P.(2001). *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos.* Barcelona: Gedisa.

Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho.* México: UNAM.

Kennedy, D. (2006). La crítica de los derechos en los critical legal studies, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 7(1), 47-90. Disponible en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf. Recuperado el 5 de julio de 2018.

Lariguet, G. (2016). “Prólogo” (13-44) en G. Lariguet (comp.), *Metodología de la investigación jurídica: propuestas actuales* Córdoba: Brujas y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.

Marí, E. (1982). Moi, Pierre Rivière... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales (55-81) en AAVV. *El discurso jurídico.* Buenos Aires: Hachette.

Mónaco, J, Pisera, A. y Sztulwark, D. (2016). De Foucault a Marx, el hilo rojo de la crítica”. Disponible en: <http://anarquiacoronada.blogspot.com/2016/01/de-foucault-marx-el-hilo-rojo-de-la.html?m=1>. Recuperado el 4 de julio de 2018.

Samaja, J. A. (2004). *Epistemología y metodología: elementos para una teoría de la investigación científica.* Buenos Aires: Eudeba.

Sautu, R. (2005). *Todo es teoría: objetivos y métodos de investigación.* Buenos Aires: Lumiere.

Schilardi, M. (2000). *Ciencia y derecho. La investigación jurídica.* Mendoza: EDIUNC.

Schilardi, M.(2006).¿Hacer derecho o investigar la realidad jurídica? (147-157) en R. Gotthelf. *La investigación desde sus protagonistas: senderos y estrategias.* Mendoza:

EDIUNC.

Simondon, G. (2009). *La individuación*. Buenos Aires: La cebra/Cactus.

Ynoub, R. C. (2011). *El proyecto y la metodología de la investigación*. Buenos Aires: Cengage Learning.