

Derivas de la crítica filosófica en la filosofía del derecho contemporánea

Sofía Anahí Aguilar



THOMSON REUTERS
LA LEY

THOMSON REUTERS
LA LEY



**Derivas de la crítica filosófica
en la filosofía del derecho
contemporánea**

Sofía Anahí Aguilar

**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
DE BUENOS AIRES**

Decano

Alberto J. Bueres

Vicedecano

Marcelo Gebhardt

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares

Oscar Ameal / Ernesto Alberto Marcer / Leila Devia / Germán Gonzalo Alvarez / Luis Mariano Genovesi / Luis Fernando Niño / Daniel Roque Vítolo / Alfredo Mauricio Vítolo

Consejeros Suplentes

Marcelo Gebhardt / Mary Beloff / Raúl Gustavo Ferreyra / Juan Pablo Mugnolo / Carlos Mario Clerc / Silvina Sandra González Napolitano / Graciela Medina / Alejandro Norberto Argento

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares

Leandro Abel Martínez / Silvia Lorelay Bianco / Pablo Andrés Yannibelli / Fernando José Muriel

Consejeros Suplentes

Elisa Graciela Romano / Gisela María Candarle / Aldo Claudio Gallotti / Lisandro Mariano Teszkiewicz

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares

Joaquín Rodrigo Santos / Catalina Cancela Echegaray / Víctor Francisco Dekker / Juan Alfonsín

Consejeros Suplentes

Facundo Corrado / Silvia Alejandra Bordón / Eliana Malena Gramajo / Juan Francisco Petrillo

Secretarios

Secretaria Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Administración: Carlos A. Bedini

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Oscar M. Zoppi

Secretario de Investigación: Marcelo Alegre

Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales: Marcelo Haissiner
Subsecretarios

Subsecretario Académico: Lucas G. Bettendorff

Subsecretario de Administración: Rodrigo Masini

Subsecretario Técnico en Administración: Daniel Díaz

Subsecretaria de Planeamiento Educativo: Noemí Goldsztern de Rempel

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Luis R. J. Sáenz

Secretario: Jonathan M. Brodsky

Derivas de la crítica filosófica en la filosofía del derecho contemporánea

Sofía Anahí Aguilar



THOMSON REUTERS
LA LEY

Aguilar, Sofía Anahí

Derivas de la crítica filosófica en la filosofía del derecho contemporánea / Sofía Anahí Aguilar. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley ; Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Facultad de Derecho -UBA, 2023.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-03-4536-7

1. Derecho. I. Título.

CDD 346

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho UBA, 2023
Av. Pte. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) Buenos Aires

© De esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2023
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

ISBN: 978-987-03-4536-7

ARGENTINA

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO

.....	1
-------	---

AGRADECIMIENTOS

.....	3
-------	---

EPÍGRAFE

.....	5
-------	---

INTRODUCCIÓN

1. Algunas distinciones preliminares respecto del concepto de “crítica” ...	9
2. El nacimiento de la “crítica”	10
3. Jürgen Habermas y Michel Foucault: posiciones encontradas	13
4. La “crítica” en la filosofía del derecho	14
5. Sobre la estructura de este libro	17

PRIMERA PARTE

DOS VARIANTES DEL PENSAMIENTO CRÍTICO CONTEMPORÁNEO: HABERMAS Y FOUCAULT

CAPÍTULO 1: HABERMAS. RACIONALIDAD Y CRÍTICA

1. Introducción	21
2. Lenguaje, racionalidad y comunicación en Habermas	21
3. Racionalidad instrumental y racionalidad comunicativa.....	24
4. La crítica habermasiana: una apuesta a la transformación social.....	26
5. El debate Habermas-Foucault como punto de partida para una discusión más amplia.....	29

CAPÍTULO 2: FOUCAULT, RACIONALIDAD Y CRÍTICA

1. Introducción	33
2. Las relaciones saber-poder y la genealogía.....	34
3. ¿Qué es la crítica para Foucault?	35

	Pág.
4. La genealogía como una crítica “sin fe en las luces”.....	39
5. Algunas posibles respuestas a las objeciones planteadas por Habermas...	43

SEGUNDA PARTE

DERIVAS DE LAS DOS VARIANTES DE CRÍTICA EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

CAPÍTULO 3: EN LA SENDA HABERMASIANA

1. Aspectos centrales de la propuesta de Manuel Atienza para la filosofía del derecho	49
2. Atienza y las teorías jurídicas críticas	51
3. Atienza ante el debate “Habermas / Foucault”	52
4. Robert Alexy y su propuesta de una teoría de la argumentación jurídica.....	56
5. Racionalidad, moral y derecho en Alexy.....	57
6. Habermas y Alexy.....	58

CAPÍTULO 4: EN LA SENDA FOUCAULTIANA

1. Racionalidad, imaginario social y poder en Enrique Marí.....	61
2. Marí, la genealogía, la crítica	63
3. Boaventura de Sousa Santos: una epistemología del sur.....	64
4. Santos, la racionalidad, la crítica	67

CONCLUSIONES

.....	71
-------	----

BIBLIOGRAFÍA

.....	79
-------	----

PRÓLOGO

He tenido el placer de dirigir la tesis de maestría en filosofía del derecho de Sofía Aguilar, que ha sido evaluada con un sobresaliente por su tribunal. Y ahora tengo el placer adicional de redactar este prólogo para su publicación a pedido de la autora.

Como verá el lector desde las primeras páginas, la obra está redactada en un lenguaje claro y honesto, lo que torna, de alguna manera, innecesario un prólogo introductorio. Me limitaré, por lo tanto, a subrayar sólo los aspectos que a mi entender constituyen el núcleo principal de su trabajo.

El texto presenta una clara y necesaria división en dos partes: la primera, podríamos decir, de interés filosófico general; y la segunda, ya de relevancia específica para la filosofía del derecho contemporánea.

En la primera parte, se presentan didáctica y críticamente (pero a la vez en diálogo constructivo recíproco) las concepciones filosóficas de los que tal vez sean los pensadores más influyentes de las últimas décadas: Jürgen Habermas y Michel Foucault. En este plano, Aguilar se focaliza en sus respectivas ideas acerca de qué son y cómo se relacionan “racionalidad”, “poder” y “crítica”, mostrando sus puntos de distanciamiento, pero también las posibilidades de encuentro entre lo que ella denomina *crítica de matriz ilustrada* (Habermas) y *crítica genealógica* (Foucault).

En la segunda parte, la autora nos presenta, a modo de ejemplos típicos, cuatro pensadores del derecho que en cierta medida tienen “aires de familia” con alguna de esas dos vertientes de la filosofía contemporánea: Robert Alexy y Manuel Atienza, en relación a la *matriz ilustrada*, y Enrique Marí y Boaventura de Sousa Santos, en relación a la *matriz genealógica*.

Así, desde este punto de vista general, la obra de Aguilar ya resulta útil como introducción general tanto a las ideas de Habermas y Foucault, como a las de Alexy, Atienza, Marí y Santos. Pero además de ese valor didáctico, el trabajo sugiere algunas consideraciones teóricas que estimo de original importancia. Mencionaré las dos que, en lo personal, me parecen más interesantes:

1. Los autores de filosofía del derecho que parecen tener “aires de familia” con el pensamiento de Habermas, sin embargo, no mantienen los as-

pectos propiamente *críticos* de su teoría socio-política general; se limitan a ofrecer teorías *prescriptivas* de la argumentación jurídica, pero ya sin la contraparte de crítica socio-política que es fundamental en la construcción teórica habermasiana.

2. La *crítica de matriz ilustrada* (Habermas) y la *genealógica* (Foucault) presentan profundas diferencias, pero nada impide que puedan complementarse y enriquecerse mutuamente. Y ese camino de acercamiento podría recorrerse partiendo desde la primera hacia la segunda, como ha propuesto Honneth, o bien desde la segunda hacia la primera, como ha sugerido Boaventura de Sousa Santos.

Seguramente, los lectores podrán encontrar otros desarrollos de su interés, así como puntos en los cuales disentir, dialogar o profundizar. Por mi parte, felicito a la autora y le auguro un fructífero futuro intelectual y académico.

Aníbal D'Auria

Barrio de Florida, invierno de 2022.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quiero mencionar a Aníbal D'Auria, quien ha sido mi director de beca de investigación y de tesis, y además ha prologado este libro. Nada de esto hubiera sido posible sin su guía, su paciencia constante y su generosidad en los últimos años, por lo que le estoy profundamente agradecida.

Este libro se basa en la tesis que presenté para graduarme de la Maestría en Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires, lo cual fue posible gracias al financiamiento que me brindó la Universidad de Buenos Aires para esos fines. No quiero dejar de mencionar al director de dicha maestría, Ricardo Guibourg, quien ha propiciado que dicho espacio sea plural para el intercambio y aprendizaje de nuestra disciplina. Además, quiero expresar mi agradecimiento al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja en donde fue desarrollada mi beca de investigación así como al departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y a sus autoridades que hacen posible la actual publicación.

También quiero agradecer a otros espacios de los que formé parte durante este trayecto y que han enriquecido mi recorrido: la cátedra D'Auria de Teoría del Estado de la UBA y la cátedra Martyniuk de Teoría General del Derecho de la UBA, a los proyectos Ubacyt, Decyt y PII que me abrieron sus puertas en los últimos años, el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati en donde realicé dos estancias de investigación que resultaron fundamentales, a Diego Duquelsky por el espacio en la UNPAZ, el Seminario Permanente de Lógica de Normas y Teoría del Derecho "Alchourrón & Bulygin", a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho y a las Interescuelas de Filosofía del Derecho.

Finalmente, a mis compañeras/os en la docencia, colegas, amigas/os y familiares que colaboraron con lecturas y/o acompañamientos sin los cuales tampoco habría sido posible concluir este proceso.

EPÍGRAFE

“El sueño de la razón produce monstruos”.
Francisco José de Goya.

“La libertad en la sociedad es inseparable del pensamiento iluminista”.
Max Horkheimer y Theodor Adorno.

INTRODUCCIÓN

Ante una de las preguntas nodales de la filosofía del derecho, esta es, “¿Qué es el derecho?” es posible dar diversas respuestas. Con algunas de ellas me he topado durante los cursos de la Maestría en Filosofía del Derecho las cuales se esbozan desde diferentes perspectivas epistemológicas, ontológicas o meta-éticas. La repregunta, que en cada insistencia se vuelve más atenta, es el principal ejercicio que hemos practicado durante los dos años de cursada. Este libro es el producto final de dicho proceso.

Comencé la maestría con un interés un tanto más difuso que el actual por la llamada “perspectiva crítica”. Al finalizar los cursos me encontré con que mi interés persistía pero que se había vuelto mucho más específico. Así todo, creo que hay aún dos preguntas bastante amplias que me siguen interrogando, estas son, por un lado, “¿Qué es la crítica?” y por el otro, “¿Cómo es la crítica?”. Estas preguntas dan cuenta de, al menos, dos modos de abordaje diferentes pero que entiendo no pueden responderse por separado. En este recorrido me encontré con que lo que consideraba que sería un presupuesto de mi trabajo, es decir la perspectiva epistemológica y la cuestión metodológica, se tornaron un objeto interesante en sí mismo. Sobre estos puntos es posible advertir una serie de tensiones no siempre explícitas. Es por ello que me he propuesto realizar un recorrido exploratorio del concepto de “crítica” y la relación que éste guarda con ciertos modos de abordar el estudio o la comprensión del “Derecho”.

El objetivo general es mostrar la diferencia entre Habermas y Foucault en cuanto al modo de enlazar los conceptos de “crítica” y “Derecho” con el de “racionalidad”. Y a partir de ello, mostrar ulteriormente como sus respectivas construcciones teórico-críticas han influenciado a algunos autores del campo de la filosofía del derecho.

A esos fines me he propuesto delimitar el concepto de crítica en dichos autores y explicar las diferencias que sostiene cada uno respecto del concepto de “racionalidad”. Mostraré como el tratamiento diferenciado que realizan tanto del concepto de “crítica” como del de “racionalidad” implica un abordaje diferenciado del objeto “derecho” y las derivas en la crítica. Finalmente explicaré cómo estas diferencias afectan el marco de diversos autores del campo de la filosofía del derecho y a modo de ejemplo tomaré

los casos de Manuel Atienza, Robert Alexy, Enrique Marí y Boaventura de Sousa Santos.

Sostengo que el modo en que es entendida la “racionalidad” determina una forma de realizar la “crítica” del objeto “derecho”. Además, que los presupuestos epistemológicos, así como los aspectos metodológicos desarrollados por Habermas y Foucault han influido en variable medida en diversos autores del campo de la filosofía del derecho. He seleccionado sólo a cuatro de ellos que me resultan ilustrativos de esto que pretendo mostrar, pero este análisis podría extenderse a algunos otros. Por último, también sostengo que la discusión entre estas perspectivas, condensada en el llamado “debate Habermas-Foucault” se reactualiza en discusiones actuales y específicas del campo de la filosofía del derecho.

En este sentido, la principal hipótesis de este libro es que el modo en que se comprende la racionalidad, tanto en Habermas como en Foucault, influye en la conceptualización de la crítica como método, y por lo tanto del derecho en tanto objeto de estudio. Debido a ello, el derecho a su vez, en tanto objeto de la crítica, es dotado de diferentes características, funciones, atribuciones y condicionamientos, a partir del modo en que entienden la perspectiva crítica cada uno de estos autores. Considero que hay, por lo menos aparentemente, dos formas de entender la racionalidad, que pueden encontrarse explícitamente en la obra de Habermas y de Foucault (aunque no únicamente en ellos), lo que deriva en dos modos de la crítica que aprehenden el objeto “derecho” de formas diferentes; dos modos de la crítica a las cuales provisoriamente llamaremos crítica de tradición ilustrada (para la propuesta de Habermas) y crítica genealógica (para la de Foucault).

De la contrastación de la hipótesis creo que no sólo se podrá explicar cierta heterogeneidad en el campo, sino incluso dentro de la llamada corriente crítica de filosofía del derecho. De las relaciones que establecen entre los tres conceptos centrales de este trabajo, “crítica”, “racionalidad” y “derecho” surgen resultados diversos.

Mientras que para Habermas la racionalidad comunicativa sería un presupuesto del entendimiento, y es a partir de la clarificación de sus condiciones formales de validez que sería posible fundar una crítica de los modos de organización social (lo que incluye al derecho como objeto), para Foucault la racionalidad se presenta como un resultado contingente, pasible de investigación genealógica, encontrándose el derecho entre uno más de los discursos legitimantes de las relaciones asimétricas de poder en el espacio de lo social que permitirá vislumbrar el funcionamiento contextual de estas lógicas.

En este sentido, el abordaje del derecho varía y sus efectos no son menores. Mientras que en un caso es razonable apostar a mejorar los procedimientos de producción, modificación y aplicación del mismo; en el otro vamos sobre todo a describir los contextos de producción y las prácticas institucionales derivadas. Si bien ambas han atravesado el pensamiento filosófico crítico jurídico pero que no siempre es tan claro ni explícito entre los autores de filosofía del derecho.

Para el desarrollo de los objetivos y la contrastación de la hipótesis trabajaré principalmente con fuentes primarias y secundarias en torno al llamado debate Habermas-Foucault y a los tópicos propuestos (“crítica”, “racionalidad” y “derecho”), así como bibliografía específica del campo de la filosofía del derecho, y centralmente de los autores que me propongo examinar con mayor detenimiento, es decir, Atienza, Alexy, Marí y Santos. Considero que un ejercicio analítico que caracterice esta cuestión no sólo es novedoso porque no se ha realizado pensando específicamente en las implicancias que conlleva para el campo de la filosofía del derecho, sino que también es útil en tanto que permitirá clarificar sentidos, prácticas y discursos que circulan en nuestros espacios de producción.

I. ALGUNAS DISTINCIONES PRELIMINARES RESPECTO DEL CONCEPTO DE “CRÍTICA”

Si bien el término “crítica” es habitualmente utilizado en el campo de la filosofía y la teoría del derecho, no necesariamente es claro qué perspectiva o conjunto de prácticas designa, e incluso cuando se las conoce, diversos autores lo utilizan de formas diferentes. D’Auria (2016) ha dado cuenta recientemente de ello, y realiza una distinción entre lo que denomina “sentido técnico filosófico”, de sus diversos usos “vulgares y no técnicos” (D’Auria, 2016: 18-19). Considera (y acuerdo con ello) que la polisemia del término no sólo genera, más de una vez, confusiones respecto de la delimitación del objeto, sino que además introduce la posibilidad de nombrar con el mismo término posiciones epistemológicas diversas, invisibilizando así algunas discusiones.

En uno de sus usos no técnicos, el término “crítica” suele designar algún juicio de valor negativo respecto de algo. En otras ocasiones, puede designar una objeción fundamentada o argumentada respecto de un discurso o una acción. En ambos casos, la crítica no puede ser patrimonio exclusivo de ninguna escuela filosófica o intelectual en particular, sino que el término es empleado para designar actitudes relativamente cotidianas y generalizadas. En un sentido un poco más específico que los anteriores, el término “crítica” puede designar un examen criterioso, analítico, detallado e interpretativo del objeto delimitado. O también puede entenderse “crítica” como un tipo de discurso o punto de vista alternativo o contra hegemónico. Estos

dos usos del término también son considerados por el autor como relativamente vagos y vulgares (D'Auria, 2016: 18-19).

Pero si nos preguntamos por el “sentido técnico-filosófico” del término, la crítica sería un tipo de reflexión intelectual o indagación científica que apunta a mostrar las condiciones de posibilidad, los condicionantes no inmediatamente visibles, los supuestos no explícitos de ciertos discursos o de determinadas instituciones. En este sentido técnico, la crítica sería una observación de segundo grado, es decir, una radicalización del discurso científico que busca explicitar las condiciones, supuestos, prejuicios, etc. que determinan la emisión o aceptación de otro discurso previo. Así, la crítica tiene como función desenmascarar la pretendida universalidad y atemporalidad de los discursos e instituciones. Ella tiene el potencial de historizar y relativizar, mostrando cómo su objeto es condicionado y contingente, no universal ni inmutable (D'Auria, 2016: 19-20)

Sin embargo, esta caracterización genérica del sentido técnico de la “crítica”, no impide que se sigan presentando dificultades y confusiones tanto conceptuales como terminológicas en el campo de la filosofía del derecho. D'Auria considera que dentro de la creciente y variada gama de corrientes, escuelas y posturas que se autodenominan hoy “crítica jurídica”, incluso entre aquellas que lo hacen conscientes del sentido técnico filosófico del término, es posible advertir una amplia diversidad de fuentes teóricas, presupuestos y metodologías (D'Auria, 2016: 38). Esta heterogeneidad seguramente tiene sus raíces en diferencias epistemológicas profundas, y excede las apropiaciones específicas que los autores recientes realizan en la escena de la filosofía jurídica.

Si nos retrotraemos un poco en el tiempo, tal vez podamos encontrar alguna pista respecto de esta diversidad. Cabe aclarar que no es de mi interés realizar una historia de la crítica, ya que no sólo no sería posible conservar en esta instancia la relación entre seriedad y extensión, sino que el objetivo que impulsa este libro es mucho más austero. Sin embargo, es necesario realizar algunas aclaraciones previas hasta llegar a plantear el problema respecto de los objetivos.

2. EL NACIMIENTO DE LA “CRÍTICA”

Brevemente, respecto del surgimiento de la crítica, Koselleck indica que los vocablos que se vinculan al concepto de crítica fueron incorporados en Francia e Inglaterra alrededor del año 1600, y han sido tomados del latín. La expresión de “*critique*” y de “*criticism*” (y también “*critic*”) se habría naturalizado durante el siglo XVII. Por ella se entendía “el arte de un enjuiciamiento adecuado al objeto, referido especialmente a los textos antiguos, pero también a las obras de arte y de literatura, así como al pueblo y a los hombres” (Koselleck, 2007: 98). La palabra fue utilizada al principio por los

humanistas; luego se extendió el método filológico a las Sagradas Escrituras y se llamó “crítica” a este procedimiento. Con la conciencia histórica adquirida durante la ilustración, la crítica se convirtió en una actividad corrosiva del statu quo, una razón que relativizaba recurrentemente los “saberes” sostenidos dogmáticamente. Se volvió la herramienta de la que se sirvieron los ilustrados para desenmascarar y poner en evidencia lo excesos del absolutismo. La razón ilustrada, entonces, se tornó en una instancia enjuiciadora, y la actividad que la caracterizó fue la crítica misma que impulsaba constantemente el proceso de “pro” y “contra”. Así, la crítica se convirtió en el arte de obtener mediante un pensar racional, conocimientos y resultados ciertos. Concebida de este modo, la razón crítica ilustrada, según Koselleck, se presentaba a sí misma como una perspectiva apolítica respecto de intereses parciales y ligada al progreso moral del género humano.

Con la publicación, en 1781, de la *Crítica de la Razón Pura*, la crítica emergía en la escena de la filosofía y se convertía en un concepto técnico filosófico fundamental. Si bien Kant fue un filósofo idealista que intentó exponer los a priori trascendentales que según él eran las *condiciones universales de posibilidad* de todo conocimiento empírico, también se interrogaba sobre el momento histórico específico en que vivía. En 1784 publicó su célebre escrito “Respuesta la pregunta ¿Qué es la ilustración?” en donde caracteriza a su propia época como el inicio de un proceso por el cual se llegará a la adultez del género humano. Para el autor, su tiempo no es ilustrado, sino de ilustración; esto es, los hombres todavía no alcanzan a ser ilustrados, pero comienzan a serlo. La crítica entonces se presenta como esa capacidad de preguntarse por las condiciones de posibilidad, por ejemplo, del conocimiento, pero también del presente histórico; de modo que se encuentra íntimamente ligada al proceso de la ilustración, o, mejor dicho, a la ilustración como proceso y como progreso. Dos siglos después, en un texto titulado igualmente “¿Qué es la ilustración?”, Foucault llamará la atención sobre estos dos gestos filosóficos paralelos de Kant: su interés por los condiciones ideales a *priori* del conocimiento, esto es, las condiciones en las que un conocimiento verdadero es posible, aspecto al que llama “analítica de la verdad en Kant”, y su interés por la situación específica de su época como etapa particular del proceso histórico, aspecto al que llama “ontología del presente en Kant”. Es a partir de estos dos gestos que Foucault considera que Kant inaugura las dos tradiciones críticas entre las que se dividió toda la filosofía moderna. (Foucault, 1996: 81-82).

La crítica kantiana era de corte idealista. Pero la crítica filosófica, en el siglo XIX, haría un viraje hacia el sociologismo materialista con Feuerbach, quien cuestionará la religión entendiendo que sus figuras e imágenes son una proyección hipostasiada que el hombre hace de sí mismo (Feuerbach: 1984 y 2006 en D’Auria, 2016: 47). Marx fue influenciado por este autor y será uno de los más conocidos exponentes en el desarrollo fi-

losófico materialista de la crítica, yendo más allá de la crítica de la religión para abrir camino a una crítica de todas las formas de alienación humana, políticas, económicas, jurídicas, etc. Es claro que en Marx, la crítica se relaciona a la práctica revolucionaria muchísimo más estrechamente que en Kant, quien sin embargo lo insinuaba (Marx: 2004 y 1996 en D'Auria, 2016: 48).

En el siglo XX, la crítica quedaría filosóficamente asociada al programa de la Escuela de Frankfurt, dentro de la cual podemos resaltar a las figuras de Adorno y Horkheimer. Fue este último quien desde un primer momento insistió en la idea de que existe una falsa neutralidad del científico social frente a lo que observa, y propuso asumir una actitud crítica consciente que permita a través del ejercicio interdisciplinar dirigirnos hacia un orden social más *racional*. Posteriormente junto con Adorno desarrollarán la tesis de la “dialéctica de la ilustración” mostrando la contradicción que la ilustración encierra en sí misma, dado que mientras más avanza la técnica, más despiadadas se vuelen las condiciones para los hombres. La contradicción de la ilustración consistiría en que cuanto más hace posible idealmente las condiciones técnicas para una sociedad emancipada, paradójicamente, más opresiva y alienada se vuelve en los hechos. El desarrollo de la razón técnica produce sus monstruos, pero al mismo tiempo, no es posible renunciar a ella, y los problemas que trae la ilustración sólo pueden afrontarse con más ilustración, la que, a su vez, trae más problemas... y así; un círculo, digamos. Esta visión desencantada propone una ilustración con conciencia de sí misma que le permita realizar sus ideales universalistas pero que siempre esté atenta respecto de su funcionamiento dialéctico (Horkheimer y Adorno, 1969 y Horkheimer, 2002 en D'Auria, 2016).

Siguiendo este desarrollo, ya para los años ochenta nos encontramos en la escena con un autor discípulo de Adorno y Horkheimer que es central para nuestro estudio: Jürgen Habermas. Contemporáneo de éste, es Michel Foucault, acaso más libre de la tradición frankfurtiana, pero no del todo ajeno a ella, y menos aún respecto de toda la tradición crítica resumida anteriormente. Ambos autores retomarán en sus obras la cuestión de la crítica de modos diferentes y tendrán una preocupación respecto del derecho en tanto objeto, tema que nos convoca en este libro.

En resumen, diversos autores sumamente relevantes para el pensamiento filosófico han utilizado la crítica como perspectiva en sus marcos teóricos o bien se han apropiado de ella a sus fines específicos. En este estudio me he concentrado en los últimos autores mencionados, Habermas y Foucault, centralmente por dos motivos. En primer lugar, porque han aprehendiendo el derecho en tanto objeto de modos notoriamente diferentes. En segundo lugar, porque podemos ver la fuerte influencia de sus desarrollos en los marcos teóricos de los autores de filosofía del derecho que discuten

desde posiciones encontradas en niveles profundos respecto de cómo entienden al derecho.

3. JÜRGEN HABERMAS Y MICHEL FOUCAULT: POSICIONES ENCONTRADAS

Como indiqué previamente, el materialismo (especialmente de impronta marxista) ha sido una marca fuerte en el pensamiento social crítico de la segunda mitad del siglo XIX en adelante. Ni Habermas ni Foucault son ajenos a las marcas que ese enfoque ha producido en el pensamiento, pero sí es cierto que cada uno de ellos participó de diferentes tradiciones teóricas. Mientras que la relación de Habermas con la tradición frankfurtiana es clara, situar a Foucault respecto de alguna tradición y en relación al marxismo es mucho más complejo, ya que, si bien hay algunas cercanías, el autor se ha encargado de establecer distancias (Benente, 2017:87).

Tanto Habermas como Foucault son autores que han tratado la cuestión de la racionalidad, de la crítica y del derecho. Pero lo han hecho con abordajes distintos. Cada uno de ellos ve diferentes rasgos, funciones y cualidades.

En este sentido, corresponde recordar el llamado “debate Habermas-Foucault”, qué es el modo en que se ha denominado a una serie de discusiones que se abrieron a partir de ciertas objeciones que plantea Habermas respecto del trabajo de Foucault una vez que este había fallecido. Sobre éstas se generó muchísima bibliografía secundaria que retoma argumentos desde ambas posiciones respecto de la relación que guardan centralmente con la racionalidad (Kelly, 1984).

En los capítulos nueve y diez del *Discurso filosófico de la modernidad* (Habermas, 1993), Habermas considera que Foucault pretende hacer una historia externa y radical de la ciencia, lo que conlleva hacer también una historia de la racionalidad misma. Para el autor alemán, Foucault intenta desplazarse desde una perspectiva interna de la historia de la evolución de las ideas científicas hacia una descripción estructural de discursos (o perspectiva externa) que muestra los momentos de desplazamiento y reemplazo de un discurso científico por otro, momentos que, desde la perspectiva interna, tienden a quedar ocultos. A partir de esta lectura es que Habermas considera que la “historiografía genealógica” posee una ambigüedad sistemática que la delata como una pseudociencia presentista, relativista y criptonormativa (Habermas, 1993: 330).

Estas objeciones se enlazan centralmente con el modo de entender la racionalidad. Si la racionalidad no es un presupuesto del entendimiento como horizonte a alcanzar entre seres abiertos a la comunicación (como sostiene Habermas), sino algo que debe problematizarse en tanto que es

una estrategia o técnica enlazada necesariamente a relaciones de poder epocalmente variables (como la aborda Foucault), entonces, no sorprende que, desde la perspectiva habermasiana, Foucault parezca quedar atrapado en la auto referencialidad de una crítica que no puede dar razón de sus propios fundamentos normativos y que no puede reclamar para su saber ninguna superioridad basada en pretensiones de validez que trasciendan los convenios locales. En la perspectiva de Habermas sólo es posible evitar esa suerte de auto refutación o autocontradicción, si se asume algún presupuesto de validez normativa, implícito idealmente en toda práctica efectiva de la comunicación. A partir de este planteo se abre una discusión en torno al trabajo de ambos filósofos que mayoritariamente y durante mucho tiempo fue leída en clave habermasiana (Kelly, 1984:4).

Como dije previamente, tanto Habermas como Foucault han influenciado fuertemente a diversos autores del campo de la filosofía del derecho. Por este motivo me interesa recuperar y retomar parte de esa discusión, así como mostrar sus consecuencias para nuestro campo. Ninguno de estos autores desconoce a Kant o a Marx, pero hay en ellos una reapropiación de los mismos. Tanto Habermas como Foucault reflexionan respecto de sus prácticas críticas en referencia a la Ilustración y a la modernidad, por lo que el problema de la racionalidad se sitúa en el centro de sus problematizaciones. Y, además, como consecuencia de su misma diversidad de enfoques, aunque ambos consideren sus perspectivas críticas, el tratamiento que cada uno de ellos ha hecho del derecho y de sus funciones es diferente, hasta opuesto a veces.

Pero entonces, nuevamente, ¿qué es la crítica y qué significado puede tener en el campo de la reflexión filosófica acerca del derecho?

4. LA “CRÍTICA” EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Retomemos con algo más de detenimiento un asunto que dejamos apenas esbozado en el punto 2, supra. Allí mencionamos un relativamente reciente estudio (D’Auria, 2016) que busca dar cuenta del sentido que en que se emplea el término “crítica” en los ámbitos de la filosofía del derecho, y en todo caso, si se lo hace de modo unívoco.

D’Auria distingue, por un lado, una amplia gama de usos del sentido común o cotidianos del término, y por otro el otro, un sentido técnico propio de la tradición filosófica (Ver cuadro 1). A su vez, dentro de este último distingue un sentido técnico acotado y otro ampliado. Sinópticamente, las diferenciaciones semánticas de D’Auria podrían resumirse del siguiente modo:

Cuadro n.º 1: LA “CRÍTICA” EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO	
A.	SENTIDOS VULGARES O NO TÉCNICOS DE “CRÍTICA”
A1.	“Crítica” entendida como juicio de valor negativo sobre algo. Ej.: “El color amarillo me parece horrible”.
A2.	“Crítica” entendida como objeción fundada o argumentada respecto de alguna afirmación o teoría. Ej.: “Usted se contradice al sostener el derecho a la vida y defender la pena de muerte”.
A3.	“Crítica” entendida como examen criterioso, analítico, detallado e interpretativo de algo, no necesariamente negativa ni objetante. Ej.: “El periódico hizo una excelente crítica del último film de Tarantino”.
A4.	“Crítica” entendida como discurso o punto de vista heterodoxo o alternativo. Ej.: “Soy muy crítico respecto de la medicina, por eso recorro a terapias alternativas”.
B.	SENTIDO TÉCNICO FILOSÓFICO DE “CRÍTICA”
B1.	“Crítica” en sentido técnico restringido: reflexión o indagación sobre las condiciones de posibilidad, presupuestos implícitos, prejuicios, puntos ciegos o no conscientes, de ciertos discursos o de determinadas instituciones. En este sentido, la “crítica” pretende expresarse a través de un uso estrictamente informativo del lenguaje, con la pretensión de ser puramente explicativa de los condicionamientos no evidentes ni inmediatamente visibles del discurso o la institución criticados. Ej.: “La institución de la propiedad privada como uno de los derechos del hombre encubre en realidad los intereses de una clase social en detrimento de otra”.
B2.	“Crítica” en sentido técnico ampliado: igual que el anterior (B1), pero superpuesto con un uso normativo del lenguaje que expresa un ideal ético-político consciente. En este sentido, se practica B1 a los fines de fomentar algún comportamiento en pos del ideal normativo propuesto como “mejor” a lo criticado. Pero lo que hace que este sentido ampliado siga siendo “crítica” en sentido técnico no es el ideal normativo superpuesto al empleo informativo o explicativo del lenguaje, sino éste último. Los elementos normativos de este sentido ampliado no son definitorios del concepto técnico de “crítica”, sino meramente accesorios. Ej.: “La propiedad privada encubre en realidad los intereses de una clase sobre otra, y por eso quiero luchar por la abolición de la misma”.
<i>Fuente: D’Auria (2016), pp. 18-21 y 75-78</i>	

Obsérvese que en sentido técnico filosófico (sea el restringido o el ampliado), la crítica tiene como función desenmascarar la pretendida universalidad y atemporalidad de los discursos e instituciones. Ella tiene el potencial de historizar y relativizar, mostrando cómo su objeto es contingente y no universal ni inmutable.

Ahora bien, en su estudio, después de todas estas distinciones semánticas, D’Auria muestra cómo en el ámbito específico de la filosofía del derecho los autores que suelen autodesignarse como “críticos jurídicos” emplean el término de un modo generalmente vago, mezclando todos esos diferentes sentidos del término, y muchas veces sin acercarse al sentido técnico de la

tradición filosófica; e indica que incluso cuando se aproximan al uso técnico, tampoco parecen ser conscientes de que lo están haciendo (D'Auria, 2016: 79-117). Por mi parte, y al margen de las conclusiones que D'Auria obtiene en su estudio respecto de los autores y escuelas actuales de Crítica Jurídica, quiero mostrar que esa diversidad de sentidos que proliferan en ella bien podría explicarse y reducirse en gran medida a dos posturas básicas; las cuales bien pueden simbolizarse en dos autores que han sido muy influyentes en los últimos cincuenta años: Habermas y Foucault.

Habermas lleva adelante una crítica que podríamos denominar de raíz fuertemente ilustrada. Para él la crítica de la razón no puede hacerse desde un afuera de la razón; ha de ser inmanente a la razón. En todo caso, no es posible ejercer la crítica desde un afuera de la racionalidad discursiva (argumentativa); o, digamos, que, si bien en nombre de la razón se fijan prejuicios y se entrelazan relaciones de poder, la crítica de ello sólo puede hacerse desde algunos presupuestos comunicativos de racionalidad. Si bien de procedencia marxista-frankfurtiana, el proyecto filosófico de Habermas evidencia, expresamente, la vuelta a un Kant *aggiornato* lingüísticamente.

Foucault, por su parte, lleva a cabo una crítica de tipo genealógico que mantiene relaciones problemáticas con la idea habermasiana. La genealogía pareciera asumir un punto de vista conscientemente paradójico: buscar mostrar las relaciones de poder inscritas en la "racionalidad" de ciertas instituciones y discursos desde una afuera de ellas, pero sin dejar de admitir que la genealogía misma está atravesada en sus presupuestos y su ejercicio por relaciones de poder, que en todo caso permiten posiciones alternativas. Si bien de cierta procedencia marxista no muy ortodoxa con la que el propio autor discute en más de una ocasión, el proyecto filosófico de Foucault evidencia, también expresamente, la influencia de Nietzsche.

Resumidamente: en Habermas, la crítica busca apoyarse en una racionalidad comunicativa que estaría implícita en ciertos presupuestos universales de habla inscriptos en la práctica argumentativa misma, en tanto que Foucault por su parte reivindica para su crítica genealógica un consciente perspectivismo cognitivo. Para Habermas, el perspectivismo de Foucault resulta auto contradictorio, pues ¿desde dónde puede reclamar validez para su propio discurso si no asume ciertos presupuestos ideales de racionalidad comunicativa? Para Foucault, las pretensiones de universalidad de toda racionalidad, aun meramente formal y discursiva, encierran siempre pretensiones de poder, pues ¿acaso no ha sido recurrentemente en nombre de la razón y de criterios universalistas que se ha justificado el ejercicio del poder, y especialmente los más despóticos es insidiosos?

5. SOBRE LA ESTRUCTURA DE ESTE LIBRO

Una vez presentados en esta INTRODUCCIÓN los presupuestos y objetivos su desarrollo ulterior está organizado en dos partes y unas CONCLUSIONES FINALES.

En la PRIMERA PARTE (“DOS VARIANTES DEL PENSAMIENTO CRÍTICO CONTEMPORÁNEO”) intento exponer dos direcciones diferentes en que se orienta la reflexión filosófica crítica contemporánea. Para ello me apoyo en quienes tal vez sean los dos pensadores más influyentes de los últimos cuarenta años: Jürgen Habermas y Michel Foucault. A ellos dedico respectivamente el Capítulo 1 (“HABERMAS, RACIONALIDAD Y CRÍTICA”) y el Capítulo 2 (“FOUCAULT, RACIONALIDAD Y CRÍTICA”). Me interesan particularmente las diferencias que presentan en el modo de entender el trabajo crítico filosófico, su abordaje de la racionalidad y cómo interpretan su propia relación con el legado filosófico de la Ilustración.

Como es sabido, Habermas es el último de los grandes representantes de la Escuela Crítica de Frankfurt, y la originalidad de sus aportes radica en la reintroducción de elementos críticos kantianos en aquella escuela de crítica predominantemente marxista-freudiana.

En cuanto a Foucault, aunque también podría atribuírsele algún resabio de origen marxista, su trabajo crítico está más marcado por la influencia de Nietzsche. Sin embargo, él también retoma expresamente aspectos kantianos (aunque diferentes de los que retoma Habermas, claro).

No debe sorprender, entonces, que en función de los diferentes motivos kantianos que sendos pensadores reelaboran para sus programas críticos, ambos se posicionen de manera diferente ante el programa optimista de la Ilustración, concibiendo así de forma diversa la tarea de la crítica.

En la SEGUNDA PARTE (“DERIVAS DE LAS DOS VARIANTES DE CRÍTICA EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO”) me dedico a considerar la impronta que ambos pensadores han impreso en algunos autores específicos del campo de la filosofía del derecho. Así, nuevamente subdivido esta parte en dos capítulos. El Capítulo 3 (“EN LA SENDA HABERMASIANA”) está dedicado a dos iusfilósofos que guardan un evidente “aire de familia” (para usar una expresión wittgensteiniana) con las ideas habermasianas: Manuel Atienza y Robert Alexy. El Capítulo 4 (“EN LA SENDA FOUCAULTIANA”), en cambio, está dedicado a otros dos pensadores que han abordado el Derecho con “aires de familia” predominantemente foucaultianos: Enrique Marí y Boaventura de Sousa Santos.

Respecto de esta selección de autores de la SEGUNDA PARTE debo hacer un par de aclaraciones preliminares adicionales:

En primer lugar, la elección de Atienza, Alexy, Marí y Santos no pretende sugerir que ellos simbolicen o representen todas las vertientes actuales de la filosofía del derecho. Naturalmente sigue habiendo pensadores iuspositivistas, iusnaturalistas, realistas, egológicos, trialistas, entre otros. Tampoco pretendo sugerir ellos sean los únicos que han tratado de pensar el derecho desde posiciones filosóficas ajenas en cierta medida a las que designan ese tipo de etiquetas tradicionales de la filosofía del derecho.

Mi intención es meramente ofrecerlos como ejemplos o casos corroboradores de la hipótesis central: 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: 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.

Es sólo al efecto de mostrar con cuatro ejemplos esa hipótesis que elijo a estos cuatro autores, muy lejos de pretender que los desarrollos significativos de la filosofía del derecho reciente se limiten a las obras de los mismos.

En segundo lugar, 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 intra crítica, es decir, que se da al interior de una concepción compartida de la actividad filosófica como “crítica”.

Sin embargo, 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 (v.gr. Atienza, Alexy), en tanto que sí se los emplea sin reservas para designar a los que se mueven en la órbita foucaultiana (v.gr. Marí, Santos).

Y 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, me 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 la CONCLUSIÓN ensayaré algunas propuestas posibles a esta cuestión secundaria. Pero 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.

PRIMERA PARTE

DOS VARIANTES DEL PENSAMIENTO CRÍTICO CONTEMPORÁNEO: HABERMAS Y FOUCAULT

CAPÍTULO 1: HABERMAS. RACIONALIDAD Y CRÍTICA

1. INTRODUCCIÓN

Las raíces teóricas de Habermas se hunden en la escuela de Frankfurt. Sin embargo, este autor busca distanciarse de la visión desencantada de la modernidad y la racionalidad, así como de cierta filosofía de la historia que compartían sus predecesores (Adorno, Horkheimer, pero también Marcuse). Habermas es reconocido como un autor que verdaderamente realiza un nuevo aporte a dicha corriente ya que continúa en la senda de aquella tradición crítica, pero desarrolla en su teoría una distinción entre lo que denomina “racionalidad comunicativa” y “racionalidad estratégica”. Es a partir de esta distinción que el autor es capaz de recuperar el proyecto de la ilustración como horizonte de sentido.

En este capítulo me propongo, en primer lugar, explicar algunos de los presupuestos teóricos fundamentales de la teoría de Habermas para comprender su posición ante la racionalidad, la crítica y el derecho. En primer lugar, la distinción que ese autor hace entre racionalidad estratégica y racionalidad comunicativa es fundamental y preliminar para tratar luego de elucidar las características y funciones que le atribuye tanto a la crítica como al derecho. Dejaré para el final del capítulo las objeciones teóricas específicas que Habermas hizo respecto a la obra de Foucault, porque creo que se tornan más claras una vez comprendidas las cuestiones anteriores.

2. LENGUAJE, RACIONALIDAD Y COMUNICACIÓN EN HABERMAS

En su *Teoría de la Acción Comunicativa* (2001), Habermas sienta las bases epistemológicas de su pensamiento, corrigiendo algunas de sus posturas previas desarrolladas en *Conocimiento e interés* (1989).

Para Habermas, la cuestión de cómo es posible un orden social está necesariamente ligada a la cuestión del lenguaje. Considera que la vida humana se distingue de otros modos de existencia gracias a una intersubjetividad anclada en el lenguaje y es debido a ello que el entendimiento lingüístico entre sujetos representa el presupuesto más básico y fundamental para explicar la reproducción del orden social (Honneth, 1995: 86). En este senti-

do, toma distancia de la tradición marxista que reducía el problema de la reproducción social a una cuestión de relaciones de producción material y obviaba la faz comunicacional del asunto. En otras palabras: a diferencia de la tradición marxista, para Habermas no es posible explicar todos los procesos de reproducción social a través de un esquema basado en las relaciones de producción y prescindiendo del papel central que la comunicación juega en la interacción humana. Según nuestro autor, en la pragmática del lenguaje, es decir, en la práctica misma del habla hay ya siempre presupuestos ciertos criterios ideales de racionalidad y validez, ciertas idealizaciones implícitas que apuntan a la búsqueda de un consenso racionalmente motivado entre los interlocutores. Estas condiciones formales o ideales determinan la práctica comunicativa concreta de los interlocutores reales tanto como lo hace el mundo concreto de la vida en el cual ellos se insertan (Habermas 2001: 433). Si se me permite una imagen gráfica con fines didácticos, podríamos decir que, para Habermas, la comunicación entre interlocutores reales está como tironeada a la vez *desde arriba y desde abajo*: *desde arriba*, por los presupuestos ideales implícitos en el lenguaje mismo en tanto medio de entendimiento humano (y por ende, en tanto modo imprescindible de interrelación e interacción); y *desde abajo*, por las condiciones materiales y concretas que determinan el mundo de vida en que se mueven específicamente los interlocutores (y por ende, en el cual se insertan, entre otras cosas, en ciertas relaciones económicas de producción). Los presupuestos o condiciones ideales de comunicación tienden al logro de un acuerdo racionalmente motivado; las condiciones reales y materiales, en cambio, muchas veces, impiden, interfieren o distorsionan la búsqueda de dicho acuerdo.

Habermas asume que todo aquel que lleva a cabo un acto de habla está lanzando, de hecho, a su interlocutor una oferta de entendimiento sobre algo; y este “algo” puede ser un estado de cosas del mundo (v.gr. “la silla es verde”), una pauta normativa de interrelación (v.gr. “no se debe lastimar a otros”), o una descripción de un estado de consciencia personal (v.gr. “siento nostalgia”). Esa oferta de entendimiento conlleva siempre necesariamente alguna pretensión de validez para ser aceptada: de verdad, en el primer ejemplo (correspondencia de lo dicho con el estado de cosas); de corrección normativa, en el segundo; y de sinceridad, en el tercero.

De ese modo, para Habermas en la pragmática del lenguaje entre dos o más sujetos lingüística e interactivamente competentes se encuentra siempre implícita la pretensión de “entenderse” mutuamente, no sólo en el significado semántico de sus expresiones lingüísticas, sino también, inseparablemente, en la validez de las mismas (verdad, corrección o sinceridad) (Habermas: 2001:393). En suma, la pretensión de validez que entra en juego en todo acto de habla no es otra cosa que la búsqueda de que lo que enunciamos sea aceptado, es decir, que se genere un acuerdo sobre su verdad respecto del mundo objetivo de las cosas, su corrección moral respecto de

la sociedad, o su sinceridad respecto del sujeto mismo que enuncia. Quien recibe esa oferta, si decide continuar con la comunicación necesariamente (implícita o explícitamente) ha de tomar postura respecto de la enunciación que recibe, asumiendo su validez o rechazándola (García Amado, 2001: 2). Es decir que *actuar comunicativamente* presupone la búsqueda de un acuerdo libre y racionalmente motivado entre las partes.

Como se infiere de ello, en definitiva, existe para Habermas un uso primordial del lenguaje orientado al entendimiento, esto es, a la producción de interacción social. Ese uso primordial del lenguaje no es otra cosa que la racionalidad discursiva o comunicativa, que se nos presenta como la posibilidad de orientar nuestras acciones en cierta dirección emancipatoria, y que permite fundamentar también la pretensión normativa y universalista de las ciencias sociales modernas en la inmanencia de reglas presupuestas en la misma dimensión pragmática del lenguaje.

El objetivo central de Habermas es claro y declarado: establecer los fundamentos teóricos para una teoría crítica de la sociedad. Si bien en el programa originario de la Escuela de Frankfurt, enunciado en 1937 por Horkheimer, las ciencias sociales, actuando interdisciplinariamente, podían cumplir ese papel, en los desarrollos posteriores de Adorno y del propio Horkheimer las ciencias sociales pasaron a constituir parte del problema de la modernidad misma. En cierta medida, podría decirse que al distinguir esta racionalidad comunicativa primordial del lenguaje y anteponerla tajantemente a la racionalidad instrumental, Habermas vuelve a creer que es posible apropiarse de los desarrollos de las ciencias sociales para integrarlos en una “ciencia social crítica” (Bernstein en Giddens et al., 1991: 8).

Pero los fundamentos normativos de esa crítica social no pueden ni necesitan extraerse ya de instancias metafísicas ontológicas o trascendentes, sino de los mismos criterios normativos presupuestos en las idealizaciones universalistas que las sociedades occidentales alcanzaron en la Modernidad ilustrada, criterios normativos que desde el plano ideal sirven para evaluar, enjuiciar y criticar el plano fáctico en el cual se realizan apenas parcialmente, cuando no distorsionada o falsamente. La base que las ciencias sociales pueden proveer para la crítica social no estaría conformada por valores trascendentes postulados metafísicamente, sino por las idealizaciones normativas inmanentes a la misma sociedad moderna ilustrada (Habermas; 2001: 17). Esta relación, digamos dialéctica y crítica a la vez, entre los ideales de la modernidad y su efectiva realización, es lo que Habermas resume en el título de otro de sus influyentes libros: *Facticidad y validez* (1998).

El lenguaje (o mejor dicho, la práctica comunicativa a través del lenguaje) como elemento posibilitador del orden social constituye, entonces, la base de la ética discursiva, así como la clave del concepto epistemológico de racionalidad y la hipótesis explicativa de la evolución social (García Amado,

2001: 1). Esto, debido a que, para Habermas, la coordinación social sólo es posible a través del lenguaje, pues es sólo mediante la acción comunicativa que nos orientamos hacia el entendimiento con otros. Por este motivo, quien actúa en sociedad no puede sustraerse ni a la comunicación ni a los presupuestos ideales universales de la misma que hacen posible nuestra práctica cotidiana. Para Habermas comprenderse con otros a través del lenguaje (único modo del entendimiento) implica ya siempre la búsqueda de algún tipo de acuerdo o consenso. Y es la inevitable búsqueda, consciente o no, de ese acuerdo o consenso la que abre la posibilidad de la coordinación social y la que permite comprender cómo se realiza recurrentemente el entrelazamiento entre individuo y sociedad. Así, toda práctica comunicativa se orienta inevitablemente, implícita o explícitamente, al entendimiento con otros, y en este sentido hacia un acuerdo porque es el único modo en que es posible actuar conjuntamente (García Amado, 2001: 2).

3. RACIONALIDAD INSTRUMENTAL Y RACIONALIDAD COMUNICATIVA

Habermas es consciente de que no siempre las personas se comportan orientadas hacia el entendimiento. Es decir, no desconoce que las condiciones y presupuestos formales de la pragmática del habla que él reconstruye idealmente se alejan irremediabilmente del uso fáctico y habitual del lenguaje. Pero entonces ¿para qué emprender el proyecto de una teoría de la acción comunicativa en términos de pragmática formal del habla? (Habermas 2001: 419). La respuesta que ofrece es que solo mediante una investigación planteada desde la pragmática formal es posible asegurarnos una idea de entendimiento capaz de acercar el análisis empírico a problemas complejos como los fenómenos de comunicación patológica (Habermas: 2001: 424).

En efecto, muchas veces no buscamos el entendimiento recíproco con el otro, sino que nos comportamos *estratégicamente* frente a él, esto es, tratando de manipular o forzar su conducta, no por medios argumentativos sino por amenazas, sobornos, falacias y técnicas retóricas. En estos casos, el otro ya no es tratado como un interlocutor con quien se busca un entendimiento, sino como un medio para fines individuales o parciales. Uno ya no se comporta con el otro como con un interlocutor en tanto igual, sino que se lo trata como un objeto que es instrumentalizado para fines exclusivos o egoístas. En este punto se advierte claramente la impronta kantiana de Habermas.

Ahora bien, en esos casos de acción estratégica, el lenguaje ya no cumple la función primordial de producir sociabilidad comunicativa, sino una función, digamos, parasitaria que no sólo ya no es congruente con la función social-racional del lenguaje, sino que además es contraria a ella en tanto que interrumpe la comunicación misma. Para Habermas, así, las pato-

logías de la comunicación provienen justamente de estas intromisiones de la acción estratégica orientadas al éxito en la esfera que correspondería a la acción comunicativa, esto es, a la razón orientada al entendimiento (Habermas: 2001: 245); y es esta confusión de esferas la que intenta deslindar.

Dicho rápidamente, la racionalidad instrumental es adecuada a la relación de las personas con los objetos del mundo (las cosas); pero no para el trato de las personas entre sí. Cuando esa racionalidad instrumental se emplea en la relación entre las personas, mediatizándolas como si fueran objetos, entonces, estamos ante una acción estratégica, no sólo inmoral sino también irracional por cuanto es interrupción de la racionalidad orientada al entendimiento. Las acciones estratégicas son, por lo tanto, efectos de la racionalidad instrumental sacada de la esfera que le es propia y específica (las cosas) y llevada a la esfera que no le corresponde (las relaciones interpersonales).

Para Habermas, tanto el error de sus precursores frankfurtianos como el de Foucault en sus denuncias contra la razón en general y las patologías socio-políticas de la Modernidad, consiste centralmente en haber identificado (confundido) a la racionalidad instrumental, que es sólo un aspecto parcial de la razón, con la razón en su totalidad, sin haber advertido su dimensión primordial comunicativa, que se orienta al entendimiento recíproco. Este concepto de racionalidad comunicativa es uno de los grandes aportes de Habermas, sobre el cual además se monta el resto de su obra. El entendimiento intersubjetivo, que es un fin en sí mismo, sólo puede ser efecto de la racionalidad comunicativa. Y es a partir del concepto de racionalidad comunicativa que Habermas puede recuperar el entusiasmo moderno-ilustrado por la razón y por un futuro de mayor emancipación social y política que el ejercicio práctico de ella haría posible.

La práctica de la acción comunicativa, es decir, del uso de la racionalidad orientada al entendimiento, supone, según Habermas, ciertas condiciones ideales de habla, que en tanto *ideales* sólo pueden cumplirse siempre más o menos aproximadamente, nunca plenamente; en todo caso, son un presupuesto contra fáctico implícito en cualquier intercambio argumentativo, dialógico, racional. Básicamente, se trataría del reconocimiento de la igual capacidad argumentativa de cada interlocutor y de su plena libertad para expresarse. Ambos elementos, en última instancia, implican que en cualquier diálogo racional los hablantes deben asumir previamente la validez de sus emisiones discursivas mutuas. Por ejemplo, si *a priori* yo pienso que mi interlocutor miente y se expresa de mala fe, o que habla bajo amenaza, o que no se encuentra en estado de lucidez, entonces ya no es posible un diálogo racional, pues yo no estaría aceptando los presupuestos que lo hacen posible. La admisión de las pretensiones de validez de los hablantes, en cualquier intercambio argumentativo que se pretenda racional, es previa

(lógicamente, no temporalmente) al proceso argumentativo mismo (Habermas, 2001: 143-144).

Como dije previamente, esos presupuestos ideales de habla nunca se dan de forma pura en ninguna sociedad o momento histórico; además, no siempre los interlocutores reales llegan efectivamente a un consenso o acuerdo sobre los puntos discutidos. Pero esto no significa, según Habermas, que no sea posible mejorar los procedimientos institucionales de modo que posibiliten o faciliten mayores grados de igualdad (simetría entre los interlocutores) y libertad argumentativa (ausencia de coacciones sobre los interlocutores), incrementando así los niveles de racionalidad comunicativa. Para el autor es posible identificar y graduar la racionalidad en los discursos si observamos el nivel de cumplimientos de las condiciones formales o procedimentales que garanticen determinados grados (si no completamente) de las condiciones ideales de habla. En este sentido, los acuerdos obtenidos respetando estas características expresan contenidos que pueden ser asumidos por todos los involucrados como consensos válidos sobre algún punto o cuestión.

Pero es importante subrayar que cada consenso obtenido a través de la práctica comunicativa se establece siempre de manera provisoria, hasta que ese tópico vuelva ser planteado y replanteado. Este ejercicio puede realizarse todas las veces que los interlocutores interesados deseen hacerlo. Si bien cada acuerdo alcanzado bajo condiciones racionales de diálogo relativamente aseguradas pretende validez universal (esto es, para todos los involucrados en el debate), ello no significa que efectivamente lo sea y trascienda el tiempo y el lugar; simplemente significa que tiene *pretensiones* de serlo, y que esas *pretensiones de validez universal* son también presupuestos de toda argumentación racional. Como se ve, lo que es trans histórico no es el acuerdo mismo, sino los presupuestos o condiciones ideales de habla que lo hacen posible. La razón comunicativa no es instrumental, pero sin embargo también es un concepto procedimental de racionalidad, esto es, no metafísico.

Es claro que con su teoría de la racionalidad comunicativa y de las condiciones o presupuestos ideales de habla, Habermas se aleja de posiciones relativistas, contextualistas u holísticas (García Amado, 2001: 9). Todo discurso que diga carecer de pretensión alguna de validez (de verdad, de corrección, de sinceridad) sería una especie de contradicción performativa (pragmática): algo así como hablar diciendo que no se está hablando, o argumentar para demostrar que no es posible argumentar.

4. LA CRÍTICA HABERMASIANA: UNA APUESTA A LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL

Pasemos ahora específicamente al programa de crítica social que intenta llevar adelante Habermas. Según este autor 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. O sea, 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 así a ser una síntesis entre disciplinas analíticas-empíricas y hermenéutico-históricas (Bernstein en Giddens et al., 1991: 10)

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 sólo 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.

En efecto, Adorno interpreta el fascismo como el punto más alto de un proceso de “reificación” humana inherente al mismo desarrollo y crecimiento de una racionalidad técnica dominadora abocada al dominio de la naturaleza, que al mismo tiempo deshumaniza las relaciones interpersonales. Adorno destierra toda la confianza que la ilustración había depositado en la razón como motor del progreso hacia la emancipación humana (Honneth 1995: 101). Contra ese diagnóstico pesimista de su maestro, Habermas opone 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, según Habermas, es consecuencia de las premisas subjetivistas de la filosofía moderna de la consciencia. 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 pues, 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. Para Honneth (1995: 106-109), en Habermas la cuestión crítica adquiere un nuevo sentido social-epistemológico, ya que se pregunta por las condiciones de posibilidad de interacciones libres de coacción entre interlocutores situados socio-históricamente (la modernidad ilustrada), y cómo acercarse cada vez más a su concreción fáctica en un proceso de aprendizaje inmanente. El progreso social es concebido así como un proceso de auto ilustración 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 (la creencia en la marcha *mecánica* de la humanidad hacia un final *feliz*). Desde su perspectiva, una teoría crítica de la sociedad no necesita comprometerse con los supuestos de la filosofía de la historia del marxismo tradicional (Habermas, 2001: 534).

En efecto, el optimismo de la filosofía de la historia del marxismo tradicional ya había sido minado por el marxismo heterodoxo de Horkheimer, Adorno, e incluso Marcuse, para quienes las sociedades postliberales son la máxima expresión de una racionalidad instrumental que ha tomado todo. Esta hegemonía inaudita de la racionalidad instrumental reificadora de todas las relaciones humanas, mostraría el fracaso explicativo del materialismo histórico, que postulaba que la lucha de clases acarrearía necesariamente las transformaciones que acabarían con la desigualdad respecto de los medios de producción entre los hombres. En suma, Horkheimer y Adorno mostraron la fragilidad de una teoría basada en una teleología de la historia (Habermas, 2001: 540). Pero, aunque sus argumentos eran muy sólidos para mostrar ese fracaso, al hacerlo también recayeron en un pesimismo histórico que negaba la posibilidad de todo progreso o mejora social.

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. De este modo, el materialismo histórico puede verse liberado de todo resto de teleología. 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 comunicativa 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 dialógico (Habermas, 2001: 567).

En pocas palabras: Habermas trata de no renunciar al racionalismo de la ilustración, pero sin caer en un fundamentalismo de la razón.

5. EL DEBATE HABERMAS-FOUCAULT COMO PUNTO DE PARTIDA PARA UNA DISCUSIÓN MÁS AMPLIA

Una cantidad de material muy importante se ha producido sobre el llamado “debate Habermas-Foucault” (Kelly: 1984). Todas esas derivas de algún modo tienen que ver con el hecho de que ambos autores son percibidos como críticos, aunque con muy diferentes alcances acerca de qué entienden por crítica.

Estrictamente hablando, el “debate Habermas-Foucault” no tuvo propiamente lugar; es decir: nunca existió. Con ese nombre se llama a una serie de discusiones que se abrieron a partir de ciertas objeciones que Habermas planteó unilateralmente respecto de la obra de Foucault. Incluso ya algunos años antes, otros autores como Fraser, Honneth y Frank habían realizado algunas objeciones respecto del enfoque foucaultiano; pero será recién con Habermas que la discusión adquiere otra dimensión (Ver por ejemplo Cusset: 2007). Las objeciones de Habermas fueron plasmadas primeramente en un artículo llamado “Apuntar al corazón del presente” (Habermas: 1988)

y consolidadas luego en los dos capítulos que el autor dedica a la obra de Foucault en *El discurso filosófico de la modernidad* (Habermas: 1993). Ambas publicaciones fueron realizadas cuando Foucault ya había muerto y es sobre estas que se monta el resto de la bibliografía secundaria que retoma argumentos desde ambas posiciones en torno a la relación con la racionalidad.

En *El Discurso filosófico de la modernidad*, Habermas (1993) atribuye a Foucault la pretensión de hacer una historia externa y radical de la ciencia, lo que conllevaría intentar realizar una historia de la racionalidad desde fuera de la razón misma. Es decir, Foucault buscaría salirse de una perspectiva interna de la historia de la evolución de las ideas científicas, para desplazarse hacia una descripción estructural de los discursos (o perspectiva externa) que muestre los momentos de rupturas y reemplazos de un discurso científico por otro, momentos que desde la perspectiva interna tienden a quedar ocultos. Para Habermas, este intento de hacer una historia de la racionalidad desde un punto de vista radicalmente externo a la razón trae aparejado necesariamente aporías, cuando no a contradicciones que minan la misma empresa.

Habermas aclara que no le interesa tratar todos los temas que le preocupan particularmente a Foucault, sino que sólo tiene un interés específico:

“[...] examinar la cuestión de si Foucault logra, en forma de una historia de las ciencias humanas planteada como arqueología y ampliada a genealogía, llevar adelante una crítica radical a la razón, sin verse atrapado en las aporías de esta empresa autorreferencial”. (Habermas, 1993: 296)

El autor alemán sabe que su colega francés, desde principios de los años setenta, distingue entre arqueología del saber y genealogía de las prácticas.⁽¹⁾ Pero entiende que con la apropiación que Foucault hace del concepto nietzscheano de genealogía, la historia genealógica sólo puede asumir el papel de una anti ciencia, la que negaría todos los presupuestos que desde fines del siglo XVIII son constitutivos de la conciencia histórica, de la filosofía de la historia y de la ilustración histórica moderna (Habermas, 1993: 298-299). Dicho de otro modo: la genealogía tendría como consecuencia metodológica una despedida de la hermenéutica en tanto que no buscaría la comprensión sino la destrucción y dispersión de la trama de influencias que une al historiador con su objeto. El ámbito de la historia queda así reducido al de aconteceres absolutamente contingentes, destellos desordenados de aparición y desaparición sucesivas y nuevas formaciones de discurso,

(1) La arqueología tiene como objetivo sacar a la luz las reglas de exclusión por las que dentro de los discursos se determina la verdad de los enunciados mientras que la genealogía investiga cómo se forman los discursos, por qué emergen y se disuelven, persiguiendo la génesis de las condiciones de validez, históricamente variables, hasta sus mismas raíces institucionales (Habermas. 1993: 297).

limitando toda posibilidad de un sentido global. Ante las formaciones arbitrarias de discursos que nos muestra el arqueólogo, aparece el historiador genealógico que muestra, una y otra vez que esas accidentalidades se deben siempre a formaciones y re articulaciones de relaciones de poder. Para Habermas en Foucault el “poder” se torna el concepto básico histórico-transcendental de una historiografía planteada en términos de crítica a la razón (Habermas, 1993: 303-304).

Sobre esa interpretación, Habermas no sólo objeta a Foucault un similar pesimismo derivado de confundir la razón en general con la racionalidad instrumental en particular, desconociendo o dejando de lado el carácter primordialmente comunicativo de la razón. También considera que la “historiografía genealógica” de Foucault se delata como una pseudo ciencia *presentista, relativista y cripto-normativa*, características que la tornan de una sistemática ambigüedad constitutiva.

En primer lugar, la genealogía sería *presentista* porque no puede evitar (a pesar de intentarlo y declararlo) proyectar sobre las instituciones o discursos del pasado que estudia, sus propios modos de comprender el mundo presente desde el que escribe el genealogista. Aunque el genealogista declare que el pasado sólo podría explicarse por sus propias lógicas epocales, no lo logra, ya que no puede evitar comparar los diferentes complejos de poder que estudia ni de disponer para ello de un punto de partida hermenéutico (Vásquez Rocca, 2009: 5).

En segundo lugar, también sería *relativista* porque supuestamente no pretende establecer ninguna jerarquía entre discursos, prácticas o procesos sociales, sino que se dedicaría solamente a describirlos, a mostrar los pasajes entre un período y otro, y sus articulaciones específicas del poder sin hacer un juicio valorativo sobre ellos. Su mirada desencantada, en la que no nos dirigimos hacia ningún horizonte, habilitaría un relativismo en el que todo curso de acción da lo mismo. Como veremos a continuación en la tercera objeción, para Habermas además esta posición es una impostura.

Por último, entonces, también sería *cripto-normativista* porque ese relativismo declarado es una apariencia que encubre un posicionamiento valorativo y político. Porque si no hubiera realmente ningún posicionamiento moral o político de Foucault, desde la perspectiva de Habermas, no tendría sentido su producción crítica, pues si todo da lo mismo ¿para qué tomarse el trabajo de teorizar críticamente y describir las relaciones de poder? Si tras toda episteme (régimen de verdad) sólo hay siempre una economía de poder, no tendría sentido práctico alguno escribir genealogías para mostrar que toda economía o régimen de verdad-poder es igual a cualquier otra. Habermas piensa que en realidad Foucault esconde o disimula su crítica humanista.

Resumidamente: como Foucault rehúsa aceptar la idea de *una* racionalidad de estándares *universales*, aunque más no sea un austero concepto formal-procedimental, sino que habla expresamente de *diferentes racionalidades discursivas históricamente situadas*, como juegos discursivos incommensurables e incommunicables entre sí, la misma empresa cognoscitiva genealógica se ve minada por sí misma en sus propias bases. Así las investigaciones genealógicas de Foucault, según Habermas, quedarían atrapadas en la auto referencialidad de una crítica que no puede dar razón de sus propios fundamentos normativos y que no puede reclamar para sí misma ninguna superioridad o preferencia respecto de otros saberes. Y si esto es así, entonces, ¿por qué emprenderla? ¿Qué sentido tiene realizar esta tarea? O dicho de otro modo “¿por qué es preferible la lucha a la sumisión?, ¿por qué debemos oponernos a la dominación?” (Habermas, 1993: 339). Para Habermas sólo es posible responder a estas preguntas si se introduce algún tipo de noción normativa. Sólo de ese modo es posible empezar a decir qué es lo que está mal en el moderno régimen de poder/conocimiento y por qué debemos oponernos a él. Este último tipo de respuesta es la que la crítica tradicionalmente ha intentado dar, como hemos explicado previamente respecto de la escuela de Frankfurt.

En fin, fue a partir de estas objeciones que se abrió ulteriormente el debate en torno a la obra de ambos filósofos. 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 (Ashenden y Owen: 1999). Sin embargo, resulta interesante ver que tanto Habermas como Foucault reflexionan respecto de sus propias teorizaciones críticas en referencia a la Ilustración y a la Modernidad. Si bien ambos autores, como indicamos previamente, son en alguna medida herederos teóricos tanto de Kant como de Marx, hay en cada uno de ellos una reapropiación de los mismos que se expresa de diferente forma en cada uno. La relación que entablan con ellos es diferente. En el siguiente capítulo continuaremos con estas cuestiones, pero desde la perspectiva de Foucault.

CAPÍTULO 2: FOUCAULT, RACIONALIDAD Y CRÍTICA

1. INTRODUCCIÓN

Corresponde ahora abordar los vínculos entre genealogía, crítica y racionalidad en la obra de Foucault, y a partir de allí intentar dialogar con las objeciones formuladas por Habermas. Para ello, como paso preliminar, expondré algunos conceptos centrales de la obra de Michel Foucault que permitirán ulteriormente comprender su particular abordaje de esos temas que nos interesan.

Foucault pone las relaciones de poder en el centro de sus indagaciones. Esas relaciones de poder funcionan como una dimensión de análisis que atraviesa todos los temas que toma por objeto de estudio. Sin embargo, el poder no es entendido de forma tradicional como dominación cruda o desnuda, sino que siempre se presenta en relación con el saber. Es decir, el par saber-poder es en sí lo que permite problematizar ciertos aspectos de sus temas de interés que lo separa de otros enfoques. De ese modo, Foucault problematiza algunos conceptos tradicionales de la filosofía, como lo son el de racionalidad y el de crítica.

A partir de la puesta en juego de la genealogía como método, la crítica adquiere un cariz diferente al de la tradición frankfurtiana. La genealogía busca desandar el camino del enfoque histórico tradicional, y a diferencia de éste trata de rastrear los “comienzos inconfesables” de las prácticas y discursos (momentos enterrados o invisibilizados por los relatos históricos progresivos auto complacientes) que llegan a estandarizarse en un proceso de lucha constante. Se trata de una metodología que pone el foco más en los quiebres que en las continuidades y que en este sentido nos interroga desde otro lugar respecto de nuestros objetos de conocimiento y sus respectivas disciplinas.

Estos puntos de partida son los que le permiten establecer algunas relaciones diferentes a las que desarrolló Habermas respecto de la racionalidad y la crítica. Creo que esto responde centralmente a una radicalización del desencanto no sólo de la racionalidad, sino también de todo horizonte de progreso posible más allá de conquistas siempre locales, contingentes y frágiles. Me interesa sobre todo en este capítulo presentar algunas aclaracio-

nes desde una perspectiva situada en la obra de Foucault para matizar los términos en los que se plantea muchas veces la discusión (a partir del par racionalidad/irracionalidad) que generalmente es presentada, como vimos al final del capítulo anterior, en términos habermasianos.

2. LAS RELACIONES SABER-PODER Y LA GENEALOGÍA

En la obra de Foucault podemos delimitar dos métodos: la arqueología y la genealogía. A lo largo del desarrollo de su obra hubo variaciones en la intensidad del uso de los enfoques. En 1970, en *El orden del discurso* (Foucault: 2005), se ocupa brevemente de la genealogía, y a partir de *Vigilar y castigar* (Foucault: 2006) y de *Historia de la sexualidad* (Foucault: 2013) ya podemos advertir claramente que el enfoque genealógico empieza a primar sobre el arqueológico (Dreyfus y Rabinow: 1988).

Foucault se apropia del concepto de nietzscheano de genealogía y lo resignifica. En “Nietzsche, la genealogía, la historia” (Foucault, 1980) contrapone la idea de “origen” a la de “procedencia” para explicar el concepto de genealogía. Indica que Nietzsche, cuando remite a la genealogía, rechaza la búsqueda de un origen (*Ursprung*), ya que ello supone la aceptación de esencias, identidades cuidadosamente replegadas sobre sí, formas en sí de lo estudiado. Buscar el origen de algo equivale a la búsqueda de una supuesta primera identidad; y al preguntarse así por lo ya dado, por lo que es en sí mismo, olvida los intentos trancos y fallidos que lo preceden. La genealogía, por el contrario, pretende mostrar algo que se distancia de las identidades trans históricas, o mejor dicho, que esas identidades o esencias no existen en sí mismas, son constructos contingentes. La genealogía, entonces, no busca el “origen” de algo, sino su “procedencia” (*Erfindung*). Con este concepto pretende advertirnos que detrás de las cosas siempre existe algo muy distinto a su propio origen, lo que Foucault denomina “un comienzo innombrable” (Foucault, 1980: 13), resultado de cristalizaciones de luchas personales, en definitiva, invenciones. Al remitirnos a la procedencia nos aproximamos a lo que se encuentra en el comienzo histórico de las cosas, mostrando la discordia y el disparate fundantes.

La genealogía, entonces, pone su foco en las disrupciones (en vez de las constantes), mostrando la dispersión que es propia de los sucesos, percibiendo los accidentes que los instauran, las desviaciones sutiles, los errores y los malos cálculos que han producido existencias válidas para nosotros. Se trata de

“[...] descubrir que en la raíz de lo que conocemos y de lo que somos no están en absoluto la verdad ni el ser, sino la exterioridad del accidente”. (Foucault, 1980: 13)

Así, para Foucault, la procedencia implica siempre el surgimiento de prácticas en un contexto temporalmente situado y por ende rastreable, mientras que el origen es mítico y, por lo tanto, insondable. La genealogía rechaza la idea de que una misma cosa se despliega históricamente conservando su identidad esencial, meta-histórica. Más bien intenta dar cuenta de los procesos de configuración de las relaciones de poder, siempre contingentes. Pero la genealogía no sólo toma distancia así del enfoque histórico tradicional, sino también del marxista. El genealogista -diagnosticador de las relaciones modernas de saber-poder-cuerpo (Dreyfus y Rabinow, 2001: 134)- busca percibir la singularidad en los procesos históricos, porque para él “no hay esencias fijas, ni leyes subyacentes ni finalidades metafísicas”. Evita la búsqueda de los sentidos profundos, que no serían más que meras ficciones o ilusiones.

En suma, como el propio Foucault explica, su idea de genealogía puede resumirse como una serie de inversiones del enfoque y método de la práctica historiográfica tradicional. A la noción de origen, contrapone la de procedencia, surgimiento o emergencia siempre situada, localizable y mezquina. A la noción de “Verdad” objetiva y desinteresada, contrapone la de “verdades” producidas por un régimen de saber-poder determinado. A la noción de desarrollo o progreso, contrapone la de contingencia. Y finalmente, a la idea de racionalidad entendida como elemento constitutivo y generador de todo saber, contrapone la de “racionalidades” como productos de esos mismos regímenes específicos de poder.

Así entendida, la tarea genealógica consiste en realizar una morfología de las relaciones de poder, de luchas de fuerzas, y de “las estrategias sin estrategias” (Dreyfus y Rabinow, 2001: 138). No es relevante quiénes son los actores de esas relaciones de poder, sino qué efectos de verdad ellas producen.

3. ¿QUÉ ES LA CRÍTICA PARA FOUCAULT?

La cuestión no parece ser un tema central en la obra de Foucault, aunque la ha tratado ocasional y marginalmente. En principio, para él la crítica es una cierta forma de relación con algo (la cultura, la historia, etc.), una actitud, acaso un instrumento.

En *¿Qué es la crítica?* (Foucault, 2018) indica que a partir del siglo XV, correlativo al proceso de laicización creciente de la sociedad civil, se produce un proceso que Foucault denomina “de gubernamentalización”, el cual consiste en la aparición de un conjunto de instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones, cálculos y tácticas novedosas para el ejercicio de poder sobre la población. En otras palabras, surge el “arte de gobernar”. Sus instrumentos técnicos principales son los dispositivos de seguridad, y su saber específico, la economía política. Así la gubernamentalidad sería la

tendencia en Occidente a la prevalencia de un tipo de poder, el ‘gobierno’, sobre otras formas tales como el poder soberano o el poder disciplinario (Foucault, 2006: 136). En definitiva se trata de un modo específicamente moderno de articulación entre saberes (v.gr. estadísticas) y prácticas de poder (v.gr. políticas económicas públicas) sobre la población. De acuerdo con Foucault, la crítica vendría a ser justamente lo opuesto, esto es, una actitud que pueden adoptar los sujetos y que implica una resistencia ante esa gubernamentalización de la vida, la decisión de no ser gobernado, el “arte de no ser gobernado de determinado modo”.

Si la gubernamentalidad procura la sujeción de los individuos por medio de ciertos mecanismos de poder que invocan la autoridad de la verdad, la crítica sería el movimiento opuesto por el cual el sujeto se auto atribuye el derecho de interrogar a la verdad acerca de sus efectos de poder, y al poder, acerca de sus discursos de verdad. Si la gubernamentalidad es el arte del gobierno, la crítica es el arte de la inservidumbre voluntaria, de la indocilidad reflexiva. Y su función principal es la de-sujeción, esto es, el desajuste o corrimiento del sujeto en relación al juego de lo que Foucault llama “política de la verdad” (Foucault, 2018: 52).

Foucault agrega que su caracterización de la crítica no se encuentra muy lejos de la definición que Kant había dado de la Ilustración (*Aufklärung*). Según su interpretación, para Kant el *sapere aude* (coraje de saber) que definía a la Ilustración implicaba también reconocer los límites del conocimiento. Es decir, Foucault ya ve en Kant una suerte de sospecha o desconfianza en torno a la razón. Pero luego, en el siglo XIX, se habría consumado algo así como un desfase entre crítica e Ilustración. Y eso por tres motivos: primero, la necesidad de la ciencia positivista de darse confianza a sí misma; segundo, el desarrollo de un sistema estatal que se presenta a sí mismo como producto de una racionalidad profunda de la historia; y tercero pero nodal, la sutura entre aquel positivismo científico y ese desarrollo estatal.

Esa sutura entre sistema político y positivismo reactualizaría la cuestión que ya se insinuaba en el mismo Kant: ¿qué excesos de poder son responsabilidad de la razón, de la ciencia, del conocimiento? ¿Qué es en verdad la Ilustración? Esta pregunta atravesaría la reflexión crítica desde la izquierda post hegeliana hasta la Escuela de Frankfurt. No es posible comprender el movimiento de la historia de los siglos XIX y XX sin considerar los efectos de coacción institucionalizados durante esa etapa en nombre de la racionalidad científica. Y ni qué hablar de las experiencias totalitarias que buscaron su justificación en la autoridad de diversas teorías supuestamente científicas. Según el propio Foucault, la inquietud común por esta cuestión de las relaciones entre racionalidad y poder, por lo tanto, lo hermanaría con la Escuela de Frankfurt, más allá de las diferencias que pueda haber entre ellos en el modo de su abordaje.

Para Foucault existen dos vías de la crítica. Por un lado, la sugerida por Kant, que se plantea en relación al conocimiento. Esta se trata de una investigación sobre la legitimidad de los modos de conocer y se pregunta ¿qué falsa idea se ha hecho el conocimiento o la razón sobre sí mismos? ¿A qué dominación se han encontrado ligados? Esta perspectiva es, al parecer, la de la crítica tradicional, incluida la Escuela de Frankfurt de la cual es heredero Jürgen Habermas.

Pero por otro lado, Foucault propone habilitar una dirección diferente para la reflexión crítica, que tome como objeto de análisis una serie de elementos en los que pueda señalarse conexiones entre mecanismos de coerción y contenidos de conocimiento. No se busca saber que es verdadero o falso sino conocer los lazos, las conexiones que pueden ser señaladas entre ellos. La pregunta sería: ¿qué hace que un elemento de conocimiento pueda tener los efectos de poder referidos? No se busca mostrar el error o la ilusión (como en el caso de los estudios críticos sobre la ideología) sino de observar las relaciones de saber-poder.

Esas relaciones de saber-poder son 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 es posible analizar estos *emergentes* como identidades o esencias universales que toman existencia necesaria en la Historia, sino sólo 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 efecto (Foucault, 2018: 70).

Es muy importante comprender que esas relaciones *singulares* que permiten dar cuenta de ese “efecto” son siempre entre 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. Ninguna de esas interacciones aparece como primaria o totalizante (a su vez todas se afectan entre sí, pero ninguna con tanta fuerza como para ser determinante). A esto lo denomina “análisis estratégico”. Pero cuando Foucault se refiere a la arqueología, a la genealogía y a la estrategia no lo hace como si se tratara de propuestas metodológicas alternativas o sucesivas, sino como tres dimensiones simultáneas del análisis crítico, según él entiende esta segunda vía de la crítica.

Veamos un ejemplo.

En el prefacio de *El nacimiento de la clínica*, Foucault vuelve a referirse a su propio proyecto metodológico y epistemológico como “crítico”. Allí se pregunta por las mutaciones del discurso médico y sus implicancias. Dice

que la medicina moderna fija para sí misma su fecha de nacimiento hacia finales del siglo XVIII. ¿Por qué ese momento? ¿Cuál es el criterio para marcar esa fecha y no otra? Porque, para Foucault, lo que cambió en esa época es el régimen discursivo de visibilidad y de enunciabilidad. Y este cambio es parte de una serie de modificaciones más grandes que caracterizan la relación que la Ilustración entabla con el conocimiento en general. En particular, el individuo se hace visible, *emerge*, como sujeto que a la vez puede ser tema de un conocimiento científico sin que se modifiquen por ello las figuras de la objetividad racional. Foucault indica así un cambio en la relación con el objeto de conocimiento, que a la vez es un cambio en la estructura misma de los discursos del saber.

Ahora bien, a diferencia de la crítica tradicional, que procura desentrañar el supuesto verdadero significado de un cierto discurso, esto es, su supuesto sentido oculto o profundo (lo que ese discurso encubriría *verdadamente* más allá de lo que declara en su superficie), Foucault sugiere un camino diferente. En efecto, en vez de asumir esa actitud “comentarística” de la crítica tradicional como discurso sobre otro discurso, que nos lleva inevitablemente a una tarea infinita (pues siempre es posible repreguntar por el significado del nuevo discurso que pretende dar cuenta del significado de otro anterior), Foucault sugiere dejar de tratar al significado como un contenido o un núcleo duro, autosuficiente, digamos. Lo que intenta, en su concepción particular de la crítica, es más bien un análisis estructural donde los elementos semánticos son tomados como segmentos funcionales que constituyen gradualmente sistemas relacionales de saber-poder-cuerpos (Foucault, 2007:12). En esta clave, Foucault se interesa por la aparición de la clínica en el siglo XVIII (como otras prácticas, discursos instituciones, jurídicas, psiquiátricas, etc.) porque es parte de todas esas reorganizaciones que produjo la Ilustración en las formas de conocer, de percibir y de enunciar; reorganización de las formas de saber que, en definitiva, desde su teoría, modifican asimismo la estructura y administración de las relaciones de poder. El estudio de la clínica, entonces, viene a presentarse como un ejemplo más, un caso entre otros que pretende ilustrar puntos de vista teóricos más generales y abarcativos acerca de las relaciones entre poder y conocimiento.

En *El nacimiento de la clínica*, Foucault afirma que su estudio es crítico porque:

“[...] en la medida en que se trata, fuera de toda intención prescriptiva, de determinar las condiciones de posibilidad, de la experiencia médica, tal como la época moderna lo ha conocido”. (Foucault, 2007: 15)

Pero en su escrito sobre el significado de la crítica se pregunta lo siguiente:

“[...] ¿no nos llevaría eso a situarnos, como basamento de la actitud crítica, frente a algo que sería la práctica histórica de la revuelta, de la no aceptación de un gobierno real, por un lado, o, por otro, la experiencia individual del rechazo de la gubernamentalidad?” (Foucault, 2018: 81)

Ambas citas parecen contradictorias entre sí: en la primera se dice que la crítica expone las condiciones de posibilidad de la experiencia médica moderna, sin *intención prescriptiva* alguna; pero en la segunda se sugiere que la crítica nos reenvía a la *práctica histórica de la revuelta* y a la resistencia o *rechazo de la gubernamentalidad*. Si efectivamente tomamos esto como una contradicción, podríamos considerarla casi como un fallido a través del cual Foucault deja entrever los motivos normativos profundos que alimentan su empresa intelectual, a pesar de su aparente escepticismo ético. De este modo, en sus investigaciones crítico-genealógicas Foucault estaría haciendo de hecho algo más de lo que sólo declara estar haciendo, y Habermas parecería tener razón al tildarlo de cripto-normativista.

Pero las dos citas en cuestión bien podrían interpretarse de otra manera algo más sutil, donde la contradicción no fuera más que aparente y producto de una lectura apresurada. Veamos en detalle cada una de las citas. En la primera, Foucault afirma que la crítica carece de *intención prescriptiva*. Obsérvese que lo que se dice no es que la crítica no tenga efectos normativos, sino que no tiene intención de tenerlos; bien podría tener en última instancia algún efecto normativo, aunque no fuera ninguna intención específica del crítico que la tuviera. Y en la segunda cita, lo primero que hay que destacar es que está formulada como pregunta, no como afirmación categórica. Por lo demás, la sugerencia de que la crítica nos *reenvíe* a ciertas prácticas de resistencia o revuelta, no necesariamente debe entenderse como que la crítica *prescribe intencionadamente* esas prácticas, sino que simplemente las hace posible al minar las bases supuestamente sólidas en que pretenda fundarse a-históricamente una determinada institución. Para decirlo de otro modo, la investigación crítica no recurre al uso normativo del lenguaje; en tanto su objetivo es mostrar condicionamientos, prejuicios, presupuestos, etc. que subyacen a un cierto discurso o a una cierta institución, su pretensión es descriptiva, no prescriptiva. Pero al mostrar así el carácter contingente del objeto criticado, abre la posibilidad de formas de acción posteriores destinadas a cambiar ese estado de cosas, o a rechazarlo y resistirlo. Quiero decir: mostrar la *contingencia* de un estado de cosas (v.gr. unas prácticas, una institución, etc.) es al mismo tiempo admitir la posibilidad de un estado de cosas alternativo, aunque no se tenga *intención de prescribir* ninguno con claridad específica (D'Auria, 2016: 138).

4. LA GENEALOGÍA COMO UNA CRÍTICA “SIN FE EN LAS LUCES”

Para Foucault, Kant habría entendido a la Ilustración como “la modificación de la relación preexistente entre la voluntad, la autoridad y el uso de

la razón” (Foucault, 1996: 87), proceso tanto individual como colectivo que consiste en una “salida de la minoría de edad”. Y en este sentido, Kant advertiría dos condiciones necesarias a cumplir. La primera condición consiste en distinguir qué corresponde a la obediencia y qué al uso de la razón. La mayoría de edad implicaría obedecer sin dejar de razonar. En este sentido, habría una limitación de la libertad de expresión y conciencia; uno debe ser libre en el uso público de la razón y sumiso en el uso privado de ésta. El uso privado remite así al hombre considerado como eslabón de una sociedad, cumpliendo una función determinada, en cuyo caso Kant no pide que se obedezca ciegamente pero sí que se haga un uso de la razón que se adapte a los fines particulares de la actividad. La segunda condición, en cambio, refiere que el uso público de la razón es aquel en que se razona por razonar, como miembro de la humanidad; y este proceso debe ser libre y público. Por lo tanto, ilustración no es la mera libertad privada de pensamiento, sino la coincidencia o superposición del uso universal, libre y público de la razón. Entonces, la ilustración se presenta como un asunto político: el uso público y libre de la razón autónoma resulta ser la mejor garantía de la obediencia, a condición de que el principio político al cual se obedece sea conforme a la universalidad de la razón.

Ahora bien, según Foucault, existe un vínculo entre ese análisis kantiano de “¿Qué es la Ilustración?” y las tres críticas del filósofo alemán (esas son, la *Crítica de la Razón Pura*, la *Crítica de la Razón Práctica* y la *Crítica del Juicio*). En efecto, Kant describe la ilustración como el momento en que la humanidad comienza a hacer uso de su propia razón sin someterse a ninguna autoridad externa a sí misma, pero es precisamente en ese mismo momento cuando la crítica de la propia razón es necesaria. La época de la ilustración, entonces, es la época de la crítica (Foucault, 1996: 93). De este modo, el gesto kantiano es doble: una reflexión sobre la universalidad de la razón y, al mismo tiempo, una reflexión sobre la particularidad de su propia época histórica. Filosofía del Conocimiento y Filosofía de la Historia.

En ese sentido, el breve texto kantiano sobre la Ilustración resultaría particularmente importante, de acuerdo con Foucault, porque podemos situar en él el inicio de lo que podría llamarse la actitud de la modernidad, o mejor dicho, la modernidad entendida más como una actitud que como un período cronológico de la historia. En otras palabras: la modernidad sería, ante todo, un modo de relación con la actualidad, una actitud de recurrente comprensión crítica respecto del propio presente. Para caracterizarla, Foucault retoma a Baudelaire y considera que ser moderno es posicionarse ante el movimiento, lo transitorio, lo fugitivo o fugaz, lo contingente. Se trataría de una voluntad irónica de “heroicizar” el presente, no para sacralizarlo o conservarlo, sino para transformarlo recurrentemente:

“[...] para la actitud de la modernidad el alto valor del presente es indisoluble del ensañamiento en imaginarlo, en imaginarlo distinto de lo que es y

en transformarlo, no destruyéndolo sino captándolo en lo que es” (Foucault, 1996: 97-98).

Pero la modernidad no resulta ser sólo una relación con el presente: es un modo de relación consigo mismo. El hombre moderno es aquel que procura inventarse a sí mismo. Para Boudelaire, este proceso sólo puede ocurrir en el contexto del arte (no de la sociedad o de la política), pero lo que Foucault quiere subrayar es el enraizamiento en la ilustración de un tipo de interrogación filosófica que problematiza la relación con el presente, el modo de ser histórico y la constitución de sí mismo como un sujeto autónomo. Lo que nos liga a la Ilustración no es la fidelidad a una doctrina determinada sino la reactivación permanente de una actitud, “de un ethos filosófico” que puede caracterizarse como una crítica permanente de nuestro ser histórico.

Así, no debe confundirse humanismo con Ilustración. Esta última es un proceso complejo, difícil de definir pero fundadora de una forma de reflexión filosófica en la que cambia la relación reflexiva con el presente; en cambio, el humanismo es una serie de temas ligados a juicios de valor acerca de *lo que es o debería ser el hombre*. Y como ha habido diferentes tipos de humanismos en distintos momentos históricos, resulta imposible englobarlos a todos bajo un concepto preciso que pueda servir como eje de reflexión. Para Foucault, en todo caso, entre humanismo e Ilustración hay una tensión, no una identidad. Si desde el siglo XVII lo que se llama humanismo ha estado ligado a ciertas concepciones religiosas, políticas o científicas de lo que es el hombre, como si se tratara de una esencia fija, a ello se puede contraponer “el principio de una crítica y de una creación permanente de nosotros mismos en nuestra autonomía: es decir, un principio que está en el seno de la conciencia histórica que la *Aufklärung* tuvo de sí misma” (Foucault, 1996: 103). O sea, al esencialismo de todo humanismo se puede contraponer el ethos crítico de la Ilustración.

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 crítica kantiana se ubicaba en las fronteras, en tanto pretendía descifrar racionalmente los límites de la propia razón.

Pero en Foucault la cuestión de la crítica es sutilmente diferente: ¿en qué medida lo que nos es dado como universal, necesario, obligatorio es en realidad singular, contingente, debido a constricciones arbitrarias? En definitiva, y siempre ubicada en los límites, en las fronteras, no se trata de descubrir *teóricamente* los límites infranqueables del conocimiento, sino de franquear *prácticamente* los límites contingentes, históricos, de nuestra

subjetividad (Foucault, 1996: 107). La crítica no se encargaría ya de la búsqueda de las estructuras formales de supuesto valor universal, sino que se posicionaría como una investigación histórica de los acontecimientos que nos han llevado a construirnos como somos. En fin, a diferencia de Kant, en Foucault la crítica ya no es trascendental ni idealista ni su finalidad es hacer posible metafísica alguna (ni siquiera una científica), sino ocuparse de los discursos que articulan y condicionan fácticamente nuestra subjetividad histórica. Es en este sentido que hay que entender la siguiente expresión foucaultiana: “No sé si hoy en día es necesario decir que el trabajo crítico implica también la fe en la ilustración” (Foucault, 1996: 111).

En efecto, esta actitud histórico-crítica, este *ethos ilustrado* pero separado de la fe en las luces, se aparta de los proyectos globales y radicales de cambio. Prefiere las transformaciones parciales, locales. Se trata de una recurrente prueba histórica-práctica de los límites que podemos franquear como sujetos, un trabajo austero sobre nosotros mismos en tanto que seres libres. Hay que 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. Es una empresa teórico-práctica siempre limitada, determinada epocalmente y destinada a recomenzar.

Esto no significa que la crítica así entendida carezca de método o sea desordenada. Más bien tiene su coherencia metodológica en la arqueología y en la genealogía de las prácticas. Para Foucault hay tres ámbitos de prácticas: sobre las cosas (eje del saber), sobre la acción de otros (eje del poder) y sobre las relaciones consigo mismo (eje de la ética). La pregunta que le corresponde al primero es: ¿cómo nos hemos constituido como sujetos de nuestro saber? La que corresponde al segundo es: ¿cómo nos hemos constituido como sujetos que ejercen o padecen relaciones de poder? Finalmente, al tercero le corresponde preguntarse: ¿cómo nos hemos constituido como sujetos morales de nuestras acciones?. Estos tres ámbitos o ejes se imbrican siempre entre sí, aunque de maneras históricamente diversas, cambiantes.

La investigación sobre esas prácticas, entonces, ha de ser particular, de manera que remita a una época específica, a un cuerpo de prácticas y discursos determinados. No se trata de describir una continuidad meta histórica a través del tiempo. Tampoco se asume constante antropológica alguna. En todo caso, es el estudio de diversos modos de problematización, la manera de analizar en su forma históricamente singular una cuestión de alcance general.

En tanto modo de investigación declaradamente perspectivista, la genealogía busca liberarse de todo supuesto metafísico supra histórico, lo que implica negar cualquier finalidad predeterminada de la historia, pero también pretensión formal de validez universal para su propio discurso. Incluso los conceptos de verdad y de racionalidad son pasibles de ser estudiados genealógicamente,

pues tienen también su procedencia determinada que se puede y conviene conocer: “Los universales de nuestros humanistas se revelan como resultado de la emergencia contingente de interpretaciones impuestas” (Foucault, 2010: 137). Ante la emergencia de un campo estructural de conflictos el genealogista es quien observa las relaciones de dominación. Aísla los meticulosos rituales del poder. De estos rituales emergen reglas y obligaciones que quedan inscriptas en la ley (civil, moral). La historia entonces no es el progreso de la razón universal sino, una puesta en escena de rituales de poder, un pasaje de unas formas de dominación a otras que nunca cesa (Foucault, 2010: 139).

Ahora bien, por un lado, la genealogía rechaza abiertamente la posibilidad de cualquier legalidad supra histórica, pero al mismo tiempo se nos dice que:

“En un sentido la obra representada sobre ese teatro sin lugar es siempre la misma: es aquella que indefinidamente repiten los dominadores y los dominados”. (Foucault, 2010: 150)

Claramente esta cita parece contradecir el postulado de rechazo a cualquier ley supra histórica, pues la recurrencia de una estructura dominadores / dominados parece una suerte de eterno retorno histórico, una ley que signa toda efectividad histórica específica.

En este sentido coincidimos plenamente con D’Auria cuando indica que el modo genealógico de investigación que Foucault plantea, al igual que la crítica tradicional frankfurtiana, tiene una evidente finalidad corrosiva, pero que no es fácil maridarla con ella: mientras la crítica filosófica tradicional, incluida la versión habermasiana, mantiene claras raíces ilustradas, el programa de Foucault presenta relaciones problemáticas con las nociones ilustradas de razón, racionalidad y progreso. Pero si bien es cierto que la cuestión de la crítica en sí misma no parece un tema de interés central en la obra del autor francés, hay algunas alusiones a lo que denomina “actitud crítica” que pueden servirnos para pensar estas cuestiones.

5. ALGUNAS POSIBLES RESPUESTAS A LAS OBJECIONES PLANTEADAS POR HABERMAS

Tal vez ahora, después de todas estas consideraciones, puedan comprenderse más acabadamente las objeciones habermasianas a Foucault mencionadas anteriormente; y quizás también podamos entonces especular sobre las posibles respuestas que habría ofrecido Foucault, suponiendo que hubiera deseado responderlas.

Recordemos primero las objeciones que Habermas le hace en los capítulos nueve y diez de *El discurso filosófico de la modernidad* (1993). Según el pensador alemán, en su intento de realizar una descripción estructural de discursos, Foucault cometería errores epistemológicos y contradicciones

pragmáticas. Lo acusa de un excesivo pesimismo que lo lleva a concentrarse solamente en la racionalidad instrumental y plantea que la “historiografía genealógica” del autor posee una ambigüedad sistemática, tratándose ella de una pseudo ciencia presentista, relativista y criptonormativa. Sería una pseudo ciencia presentista porque compara diferentes complejos históricos de poder sin disponer para ello de un punto de partida hermenéutico, generándose así una constante filtración de dimensiones del presente. (Vásquez Rocca, 2009: 5). Sería también relativista porque, al no entablar ninguna jerarquía entre los discursos, prácticas o procesos sociales estudiados, limitándose solo a describir los cambios entre un período y otro sin emitir juicio valorativo alguno, cualquier curso de acción poseería el mismo valor. Esto no sólo resulta inaceptable para Habermas sino que además considera que constituye una impostura. Por último, pero derivado de lo anterior, le adjudica un criptonormativismo porque su relativismo declamado encubriría un posicionamiento valorativo y político; si no fuera así, para Habermas, no tendría sentido que Foucault realizara la tarea que se ha propuesto llevar adelante y que realiza de hecho.

En otras palabras: para Habermas las pretensiones de validez universales de los actos de habla son presupuestos a priori y formales de la comunicación con sentido, o sea, de la racionalidad comunicativa. Negarlos o ignorarlos en nombre de racionalidades (así, en plural) históricamente situadas y mutables, no sólo implica un inevitable relativismo epistemológico, sino también una auto contradicción, una contradicción pragmática, que atrapa a Foucault en la paradoja de la auto referencialidad de una crítica que no puede dar razón de sus propios fundamentos cognitivos ni normativos; y que por lo tanto tampoco puede reclamar para sí ninguna superioridad o preferencia respecto de otros saberes o teorías. El perspectivismo de la genealogía vendría a ser, o bien un sin-sentido, o bien una impostura. Para Habermas la racionalidad comunicativa, implícita en la pragmática del lenguaje, es condición formal de posibilidad de todo conocimiento, por lo que se pregunta desde qué lugar pretende escribir Foucault al negar para sus investigaciones genealógicas toda pretensión de validez que apunte más allá de la singular perspectiva del genealogista. ¿No se cae así en un presentismo que describe antojadizamente el pasado en términos del presente?

Frente a estas objeciones habermasianas, Dreyfus y Rabinow, asumiendo la defensa de Foucault, alegan que no es eso lo que Foucault hace.

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 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 ciencias (Dreyfus y Rabinow, 2001: 148-149).

En segundo lugar, la objeción de relativismo tampoco daría en el blanco porque 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, aísla 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 (por ejemplo, en la confesión cristiana).

Y 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 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 específica (Dreyfus y Rabinow, 2001: 154).

De acuerdo con Dreyfus y Rabinow:

“Tanto Kant como Heidegger...necesitaban proporcionar una teoría universal y conocer las fuentes y usos legítimos de los conceptos presupuestos por sus predecesores. Foucault acepta este proyecto, pero rechaza el intento de hallar un sustrato universal en el pensamiento o en el Ser”.

Porque:

“La genealogía acepta el hecho de que no somos más que nuestra historia y que, por eso, nunca obtendremos una imagen total distanciada de lo que somos o de nuestra historia”. (Dreyfus y Rabinow, 2001: 151)

Es decir, a diferencia del intelectual crítico-universalista, que pretende situarse en un punto de enunciación privilegiado, fuera del poder, para des-enmascararlo 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 sólo 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 sólo 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 estudia (Dreyfus y Rabinow, 2001: 153).

Acaso sea éste el punto clave en que se nota la diferencia entre Habermas y Foucault en relación a la tradición ilustrada. Es posible afirmar que Habermas en *El discurso filosófico de la modernidad* conserva aún algún pie en la “confianza histórica filosófica” (Cusset y Haber, 2007) y en un horizonte de progreso típicamente marxista, mientras que Foucault se presenta como un autor corrosivo y completamente desencantado. Para Foucault, no se trata de cuál discurso es más verdadero o más verdaderamente crítico del poder; y si bien en su programa genealógico aparece una preocupación constante por el rigor y el sentido de la labor investigativa, no reclama para sí el status de una teoría objetiva sino que expresa la preocupación seria por el papel que esas teorías afirman objetivamente haber desempeñado (Dreyfus y Rabinow, 2001:159, 191).

* * *

En fin, llegados a este punto es difícil determinar si Habermas no entendió apropiadamente a Foucault, o si son Dreyfus y Rabinow quienes no comprenden bien las objeciones de Habermas. Como dijimos, Foucault no pudo responder por sí mismo, y tampoco sabemos si lo hubiera querido hacer de haber podido.

Por mi parte, me basta con haber tratado de exponer los términos de la polémica del modo más honesto que pude. La cuestión queda abierta, pero para los fines propuestos alcanza con comprender el alcance de ambas posturas para poder pasar a la segunda parte de este trabajo.

SEGUNDA PARTE

DERIVAS DE LAS DOS VARIANTES DE CRÍTICA EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

CAPÍTULO 3: EN LA SENDA HABERMASIANA

I. ASPECTOS CENTRALES DE LA PROPUESTA DE MANUEL ATIENZA PARA LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Al presentar sus propuestas para una filosofía del derecho, Manuel Atienza entabla un intenso diálogo con otros autores y enfoques del campo. Según su diagnóstico, desde los años setenta aproximadamente la sociedad ha venido experimentando significativos cambios políticos, económicos y culturales, que necesariamente han repercutido en la cultura jurídica. Ejemplos de ellos son el proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales, o la aparición de instancias infra y supra estatales de producción del derecho. Estas transformaciones habrían desdibujado los límites tradicionales del “Derecho de los Estados”, lo que a su vez tornó insuficientes las concepciones jurídicas del siglo XX como el formalismo, el positivismo normativista, el realismo, el iusnaturalismo y las teorías críticas (Atienza, 2017: 106). Todas esas herramientas teóricas, según Atienza, ya no serían aptas para tratar con los nuevos fenómenos jurídicos que se nos presentan, mucho más complejos que los tradicionales.

En pocas palabras, la realidad jurídica actual ya no podría ser aprehendida adecuadamente con los enfoques conocidos y requeriría de nuevas perspectivas teóricas. Así, hay una distinción entre, por un lado, las concepciones previas, anquilosadas o tradicionales, y por otro, las concepciones que Atienza llama “post positivistas”, entre las cuales ubica a la suya propia.

Desde su punto de vista el derecho puede ser comprendido de dos maneras: como objeto o como práctica. Entenderlo como objeto (v.gr. como un sistema de normas) es considerarlo estáticamente, como un resultado. En cambio, entenderlo como una práctica es comprenderlo como un proceso dinámico orientado de ciertos fines. Según Atienza, esta diferencia de enfoques no es una mera cuestión de perspectivas, sino que se trata de una diferencia ontológica en la definición del objeto. Y es precisamente en este punto donde se fundaría la insuficiencia de los abordajes tradicionales, en particular el de las teorías llamadas normativistas.

La diferencia entre el derecho considerado como objeto o como práctica también determina una diferencia en el modo de entender el tradicional

problema en torno a si la moral constituye o no su fundamento de validez. Para Atienza, abordar el tema de la validez del derecho desde un punto de vista puramente formal, sólo es posible cuando se toma al derecho como objeto. Pero cuando se lo considera como práctica social, ya no es posible prescindir totalmente de la moral. Es decir, la distinción formal entre derecho y moral sólo es posible desde la perspectiva externa del observador no comprometido, pero no resulta posible desde la perspectiva interna de la práctica efectiva del derecho, o sea, desde su aspecto dinámico de actividad humana. En efecto, al menos en la actividad de justificación de decisiones por parte de las autoridades, no es posible divorciar conceptual y tajantemente el derecho de la moral. En este sentido, por ejemplo, un juez que no actúe o decida de acuerdo con alguna moral justificada estaría realizando una actividad profesional defectuosa, porque se estaría alejando de los objetivos o finalidades prácticos para los cuales el derecho es asumido como válido y justificado racionalmente. Un juez que diga no asumir esa perspectiva interna (moral) estaría incurriendo en una contradicción performativa o pragmática. Además, en tal caso, pretender dejar fuera a la moral respecto de la discusión de la validez del derecho implicaría una amputación de la experiencia jurídica real que empobrece la mirada jurídica. En otras palabras: si bien desde un punto de vista puramente externo es posible limitarse a *describir* el derecho, ello ya no sería posible en el caso de los jueces, que se hallan necesariamente en la posición interna del participante y que no pueden obviar la moral en la justificación de sus decisiones.

Entonces, esta cuestión de la justificación racional de los juicios de valor resulta central para Atienza. La argumentación jurídica quedaría así vinculada a la argumentación moral según reglas comunes del discurso racional (reglas que sin embargo no siempre se siguen). Esta tesis postula un “objetivismo moral mínimo” como barrera contra la arbitrariedad eventual de la práctica jurídica abusiva. Pero ese objetivismo moral mínimo no equivaldría, según el autor español, a un realismo moral de valores duros, absolutos o esencialistas postulados arbitrariamente. Más bien se trataría de la atribución, fundada en el intercambio dialógico y argumentativo, de propiedades positivas a ciertas acciones o estados de cosas por el hecho de que satisfacen necesidades básicas de los individuos o les proveen de capacidades indispensables para llevar adelante una “buena vida” (Atienza, 2017: 138). O sea, el conocimiento de ese objetivismo moral mínimo, que por hipótesis determina los fines del derecho, sólo puede fundarse en la práctica del diálogo racional entre los propios actores del derecho.

En suma, Atienza coloca al entendimiento racional entre los actores como un horizonte ordenador de la conducta (en lo que advertimos una versión, moderada tal vez, de cierta noción de progreso). Así, derecho, moral y racionalidad quedan conceptualmente enlazados en la propuesta del autor: por un lado, el derecho como práctica supone necesariamente un objetivis-

mo moral mínimo que determina sus fines; y a la vez, sólo es posible acceder a esa moral objetiva mínima a través del ejercicio efectivo del diálogo racional, argumentativo. Parece claro que la idea de racionalidad de Atienza es equivalente a la noción habermasiana de racionalidad comunicativa.

2. ATIENZA Y LAS TEORÍAS JURÍDICAS CRÍTICAS

Cuando Atienza afirma que las perspectivas filosóficas del siglo XX han quedado obsoletas, no se refiere sólo a las posturas positivistas sino también las denominadas “Teorías Críticas del Derecho”. Es más, ve en el escepticismo moral un punto común entre ambas. Tanto los positivistas como los críticos jurídicos niegan la existencia de objetos morales como la posibilidad de argumentar racionalmente en torno a lo correcto y lo incorrecto.⁽²⁾

Ahora bien, ese escepticismo ético o moral no parece afectar en nada a los iuspositivistas, que tienen pretensiones puramente descriptivas o explicativas acerca del derecho vigente. Pero en el caso de los críticos jurídicos -siempre según Atienza- ese mismo escepticismo es más que problemático; letal entiende, por cuanto mina desde dentro a las mismas Teorías Críticas. ¿Por qué? Porque en la medida en que estos críticos jurídicos pretenden expresamente “hacer avanzar un programa de emancipación social”, este resultaría infundado o arbitrario sino estuviera basado en criterios moralmente justificados que den cuenta de por qué unas prácticas sociales o jurídicas serían preferibles a otras. Y no basta con apelar a una mera convención histórica y contingente como instancia de fundamentación (Atienza, 2017: 67-68).

Veamos brevemente lo que Atienza dice de algunos autores relevantes de la llamada “Crítica Jurídica”.

Respecto de la Teoría Jurídica Crítica de Juan Ramón Capella, por ejemplo, Atienza afirma que es teóricamente pobre y deficitaria por cuanto aquel autor se obstina en rechazar criterios morales (aunque más no sean “mínimos”) que vayan algo más allá de una mera convención o decisión. Así, de ese modo, Capella estaría dejando sin fundamento sólido a su propio proyecto político, y en última instancia estaría cayendo en una contradicción al proponer un modelo social alternativo al presente, pero sin fundarlo en teoría alguna de la justicia que lo haga preferible y pueda animar a la acción.

A la obra de Boaventura de Sousa Santos, Atienza le reconoce aportes relevantes. Sin embargo, entiende que el portugués flaquea y debilita su propia posición al sostener una concepción meramente convencional de la

(2) Efectivamente, este punto es no sólo el que permitiría un acercamiento teórico entre positivistas y críticos jurídicos, sino también el que aleja a ambos de las posturas iusnaturalistas... Y también de la de Atienza.

verdad, esto es, un relativismo epistemológico fuerte. Al no asumir la perspectiva del participante, relativizando así los valores de verdad y de justicia, el crítico jurídico contradice su misma pretensión de transformación social. Por ejemplo, Santos niega la *universalidad* de los derechos humanos en tanto producto cultural determinado de ciertas sociedades particulares, pero por otra parte insiste en tratar a todas las culturas por igual, lo que implícitamente presupone reconocer la *superioridad* de ciertos contenidos o pautas culturales (v.gr. la dignidad igual de todos los seres humanos) que implica asimismo un *universalismo ético*. La contradicción consistiría en que Santos niega expresamente como observador lo que no puede dejar de hacer (aunque sea implícitamente) como actor, esto es, suponer criterios *universales* éticos y epistemológicos.

Por último, Atienza también le objeta a Francois Ost el separar los fines extrínsecos del derecho de sus fines intrínsecos, ocultando así su conexión necesaria con alguna moral mínima.

Es decir, el escepticismo moral constituye un primer y central punto de encuentro de estos autores crítico-jurídicos que, paradójicamente, al mismo tiempo pretenden motivar un cambio social y/o jurídico. O sea, dicho más breve y categóricamente, ese escepticismo moral o ético equivaldría, de hecho y en la práctica, a un escepticismo respecto de la transformación social del derecho que se dice promover.

Atienza aclara que si bien él personalmente no se considera escéptico respecto del derecho como instrumento de cambio social, tampoco se incluye entre los optimistas. Desde su perspectiva existe un potencial emancipatorio en los derechos que el Estado Constitucional reconoce. Estos derechos constitucionalizados cumplen funciones que deben calificarse como positivas (poner límites al uso de la fuerza, instaurar cierta paz, garantizar algunos derechos fundamentales, etc.); no hay, dice Atienza, otro mecanismo social conocido con que puedan lograrse realizarse esas funciones éticas tan positivas.

Es decir, para Atienza, cuando el derecho es comprendido desde su interior, esto es, como práctica efectiva y no como simple objeto de conocimiento aséptico, se hace evidente que no posee un mero y simple carácter instrumental (medio), sino que implica en sí mismo una suerte de racionalidad colectiva, práctica, que conforma un todo con la ética y la política, haciendo de puente entre ambas (Atienza, 2017: 336-337).

3. ATIENZA ANTE EL DEBATE “HABERMAS / FOUCAULT”

Es evidente la familiaridad de las tesis ius-filosóficas de Atienza con la noción habermasiana de racionalidad comunicativa. Y al igual que en Habermas, para el español el derecho cumpliría una función clave como he-

ramienta de reaseguro y aproximación regular a interrelaciones humanas cada vez más racionales y morales. Es decir, en ambos la racionalidad comunicativa se presenta como programa de emancipación social en la medida en que se vaya plasmando 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 Derecho (Habermas, 1998), 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 sólo 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” (Atienza, 2017: 54). 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 también 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, yo creo 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 condicionado por compartir a priori y a-críticamente los valores morales que ese derecho ya reconoce o expresa en gran medida? Quiero 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 u operador jurídico? No parece que sea lo mismo, pues en el segundo caso no se ve contradicción performativa o pragmática alguna.

Quiero 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. Y esto es lo que Habermas objeta a Foucault (no sabemos si justamente, pues en la Primera Parte hemos preferido dejar abierta esa cuestión). 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.

* * *

Al inicio de este capítulo dijimos que para Atienza las concepciones iusfilosóficas del siglo XX han quedado obsoletas, incluidas las “teorías jurídicas críticas”. Quisiera terminar este apartado con cuatro consideraciones respecto de eso.

Primero. Que una teoría quede obsoleta con el paso del tiempo no debe sorprender a nadie, y menos en el ámbito de las ciencias sociales o humanidades. Y menos aún una “teoría crítica”, cuya validez sólo puede permanecer en pie en tanto siga vigente el objeto de su crítica (Foucault, 2018:

46). Por lo demás, una “teoría crítica” determinada, por crítica que sea, no queda ella misma exenta de la posibilidad de ser criticada (D’Auria, 2016: 21). Pero lo que no parece poder quedar obsoleto, una vez iniciada con la Ilustración, “la salida de la minoría de edad”, es la crítica como actividad, o como dice Foucault, como *actitud* recurrente de cuestionamiento epocal de lo presente o positivo. Tal vez sería conveniente distinguir con precisión dos conceptos que suelen confundirse: “teoría crítica del derecho” (esto es, una cierta concepción teórica, un conjunto de proposiciones específicas sobre el fenómeno jurídico) y “crítica jurídica o del derecho” (esto es, una actividad recurrente de cuestionamiento acerca de los condicionantes del derecho). Lo primero sería el resultado, correcto o incorrecto, acertado o desacertado, vigente u obsoleto, de lo segundo.

En segundo lugar, no obstante darles partida de defunción y cuestionar su escepticismo moral, el propio Atienza parece tener algunas afinidades con tales teorías jurídicas críticas, o con algunas de ellas. Si bien les objeta su supuesta ceguera ante el derecho como factor importante para la comprensión y transformación social, valora positivamente ciertos aspectos del materialismo marxiano. También comparte con ellas la apuesta por la mejora o transformación social.

En tercer lugar, Atienza parece despegarse de “las teorías jurídicas críticas”, o de las que así se denominan particularmente en el ámbito específico de la teoría del derecho. Pero sus propias posiciones son recipiendarias de la tradición crítica frankfurtiana, en la medida que el última gran exponente de esa escuela, Jürgen Habermas, influye evidentemente en la teoría atienzana del derecho. O sea, si dejamos de lado el uso particular del término “teoría crítica” en el campo de la filosofía del derecho y recurrimos al uso del mismo que se hace en la tradición filosófica general, podemos concluir que la teoría del derecho de Atienza también es de raigambre crítica. Y que en todo caso, aunque no se autodenomine a sí mismo “crítico”, ello sólo obedece a que el término no se emplea igual en el campo específico de la teoría del derecho que en el de la filosofía.

Finalmente, la última consideración busca encender un alerta terminológica sobre el uso particular que se hace de las palabras “crítica” y “teorías críticas” en el campo de la teoría del derecho. Ya he mencionado en la introducción el variado y difuso empleo que los teóricos del derecho hacen de esos términos. Como indiqué D’Auria (2016) ha distinguido al menos dos sentidos técnicos de “crítica” en la tradición filosófica general (uno estricto y otro ampliado), y al menos cuatro usos vulgares o no técnicos del mismo. El autor entiende que entre los juristas y teóricos del derecho, particularmente entre los que se autodefinen como “críticos”, muy pocas veces hay un uso único o preciso del concepto. De modo que deberíamos tener en cuenta que un autor puede no ser considerado (ni auto considerarse) como “crítico” en la comunidad científica de los teóricos del derecho, pero que efectivamente

lo sea en el campo de la filosofía general; y viceversa, que un autor sea considerado (y se auto considere) como “crítico” en el campo de la teoría del derecho, aunque no lo sea propiamente en el sentido de la tradición filosófica. Así como D’Auria ha mostrado que algunos autores denominados “críticos jurídicos” no lo son propiamente en el sentido de la tradición filosófica, parece claro que Atienza sería un ejemplo al revés. Él mismo no se considera “crítico jurídico” y se distancia de los autores que así se denominan. Pero la influencia habermasiana en él es más que clara, lo que lo ubicaría dentro de una tradición eminentemente crítica del pensamiento filosófico.

4. ROBERT ALEXY Y SU PROPUESTA DE UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

También Robert Alexy está interesado en las cuestiones de la argumentación jurídica. Al asumir que ya no es posible seguir pensando la aplicación de normas como un proceso relativamente simple de interpretación y subsunción, esto es, que la decisión judicial no se sigue necesaria ni exclusivamente en términos lógicos de la formulación de las normas, Alexy se plantea la posibilidad y alcances de una argumentación jurídica racional.

Este iusfilósofo alemán entiende que ante la imposibilidad de una solución unívoca derivada lógicamente de las normas, el decisor (el juez) se encuentra ante la necesidad de decidir entre varias opciones. Y es aquí cuando surge el problema: ¿cuál sería la mejor opción en estos casos? La introducción de un elemento valorativo es inevitable. Es este tipo de situaciones las que mueven a Alexy a buscar y postular criterios racionales para determinar fundadamente cuál sería la opción “más correcta”. Y digo “más correcta” porque Alexy no considera que haya una única solución correcta, sino que, más bien, se trata de optimizar la corrección ponderando una serie de soluciones válidas posibles.

Por lo tanto, una teoría de la argumentación jurídica ha de entenderse como derivada de una teoría de la argumentación práctica en general. Se trata de extraer criterios procedimentales, reglas, que permitan dar cuenta de por qué una cierta opción decisoria es preferible entre otras también potencialmente admisibles como correctas. En otros términos: se trata de fundar en algún criterio de racionalidad la preferencia de una solución en desmedro de otras. No se trata de postular enunciados normativos determinados, es decir, contenidos, sino de dar cuenta de la preferencia por una alternativa jurídicamente más correcta (en términos racionales) que otras (Alexy, 2018: 36).

Además, tales criterios de corrección no sólo permitirían la crítica de las decisiones que no estuviesen suficientemente fundadas racionalmente en

tal optimización, sino que a su vez permitirían precisar cierto ideal al que se aspira a través del derecho (Alexy, 2018: 38).

Así, Alexy se interesa por las condiciones ideales de habla (presupuestos de habla), que hacen posible la argumentación práctica (esto es, normativa) en general, y jurídica en particular. Claro que ningún razonamiento práctico general ni jurídico en particular puede esperar llegar a una única solución definitiva. Pero sostiene que un enunciado normativo o valorativo puede, sí, fundarse en “estructuras racionales para el razonamiento” (Alexy, 2006: 39-40). La racionalidad de este tipo de discurso estaría dada por su ajuste o fundamentación de una serie de reglas, que en definitiva garantizan lo que Habermas y Apel han llamado condiciones ideales de habla.

Indudablemente es su teoría de la ponderación lo que ha dado más fama a Alexy. Teóricamente, la “ponderación” permite decidir fundadamente, esto es, racionalmente, en los casos donde hay choque entre principios jurídicos diversos. Según Alexy, los principios son mandatos de optimización, lo que significa que buscan realizarse o aplicarse en una magnitud variable según la situación real, es decir, su realización es cuestión de grados, aunque no sea completa. Se trata de aplicarlos en la mayor medida posible, y cuando se da una colisión entre dos o más principios, el decisor (el juez) que pretenda actuar racionalmente debe ponderarlos para asegurar la optimización relativa de ambos para el caso en cuestión (Alexy, 2006: 34).

5. RACIONALIDAD, MORAL Y DERECHO EN ALEXY

Parece haber en Alexy (como en Habermas) una relación de implicancia recíproca entre racionalidad práctica (argumentación normativa), moral y derechos fundamentales. Para Alexy, el resultado necesario de la racionalidad práctica (pues estarían ya presupuestos idealmente en ella misma) es un sistema de derechos fundamentales; y dentro de éstos, los derechos individuales tendrían preferencia o mayor centralidad que los derechos sobre bienes colectivos (Alexy, 2006: 40). Ahora bien, la inclusión de derechos fundamentales en el sistema jurídico implica una conexión entre derecho y moral, pero de una moral entendida en términos kantianos, esto es, procedimental y universalista. El fundamento de esa conexión entre derecho y moral radicaría en la posibilidad de justificar procedimentalmente (esto es, en términos formales de igualdad y universalidad) la corrección del ordenamiento jurídico. A su vez, esa conexión entre derecho y moral supone o se apoya en la existencia de una moral crítica viviente en la opinión pública, que buscaría incesantemente “lo correcto” identificando umbrales de injusticia extrema (Pulido, en Alexy, 2008: 28).

Si se dejara de lado la pretensión de corrección, o bien se caería en una contradicción performativa, o bien sólo quedaría en pie una “pretensión de

poder”. Lo que significa, según Alexy, desdibujar los límites entre lo verdadero y lo falso, lo objetivo y lo subjetivo, lo justo y lo injusto...; en pocas palabras, significa abandonar al derecho mismo, pues en tal caso sólo quedaría como instancia de apelación la fuerza bruta, la manipulación y la respuesta emocional (Alexy, 2008: 66).

Entonces, la pretensión de corrección del discurso jurídico sería necesaria en un doble sentido. En primer lugar para la existencia misma de la comunidad si es que éste va a constituirse a través del derecho y no en el crudo ejercicio del poder. Pero además, esta pretensión también cumple un papel de mejoramiento del derecho en la medida la racionalidad argumentativa es asumida como algo refinable progresivamente. En este sentido, Alexy sostiene la tesis dual del derecho, que implica asignarle dos dimensiones, una real o fáctica, y otra ideal o crítica (esta distinción parece equivalente a la de facticidad y validez, que constituye la base del análisis que hace Habermas del Estado Democrático y Social de Derecho).

Según Alexy, la dimensión real o fáctica del derecho posee tres elementos: la coerción o fuerza, la institucionalización de los procesos de creación y aplicación de normas y el asentimiento o aceptación real del mismo (lo que tradicionalmente se ha llamado su eficacia). La dimensión ideal o crítica del derecho, en cambio, estaría determinada por la pretensión de corrección y la asunción de la famosa tesis de Radbruch (“la injusticia extrema no es derecho”), y las razones morales de esta fórmula se corresponderían con los derechos humanos o fundamentales (Alexy, 2008: 95).

6. HABERMAS Y ALEXY

Alexy expresamente procura recuperar aspectos de Habermas que considera relevantes para su propia 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. Sólo 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 aproximarnos (Alexy, 2018: 129).

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 habla (Alexy, 2018: 182). 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 externo. 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 mismas (Alexy, 2018: 214). Pero la racionalidad de la argumentación jurídica, en tanto está determinada por la ley, es siempre relativa a la racionalidad de la legislación (Alexy, 2018: 274). Por lo que cabe preguntarse: ¿qué significa decidir racionalmente en el marco de un ordenamiento jurídico válido? (Alexy, 2018: 275). Sin duda, el “cumplimiento de una serie de principios, criterios o reglas” (Alexy, 2018: 278).

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 empleados (Alexy, 2018: 279). 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 sólo que son más que los de Habermas, aunque presuponen los de éste.

* * *

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 sólo 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.

Tal vez merezca la pena llamar nuevamente la atención acerca de algo que ya mencionamos al final del tratamiento de Atienza. Alexy, como el español, tampoco es considerado como un exponente de la crítica jurídica. Sin embargo, su pensamiento iusfilosófico se mueve en gran medida dentro del marco teórico elaborado por Habermas con su teoría de la acción comunicativa, que es a la vez una renovación y última expresión de la Escuela Crítica de Frankfurt.

En suma, una vez más constatamos que el término “crítica” no se emplea con la misma extensión ni significación en el campo de la filosofía profesional general que en el campo de la filosofía profesional del Derecho.

CAPÍTULO 4: EN LA SENDA FOUCAULTIANA

I. RACIONALIDAD, IMAGINARIO SOCIAL Y PODER EN ENRIQUE MARÍ

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. A nuestros fines tomaremos fundamentalmente dos de sus artículos: “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden” (Marí, 1986) y “Moi Pierre Riviere o acerca del mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales” (Marí, 1993). No desconocemos que hay en Marí otras variadas influencias, particularmente psicoanalíticas y literarias, pero la de Foucault parece central en lo que se refiere al modo de entender la racionalidad, el poder y el saber.

En el primero de los artículos mencionados, 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. Esto ya de por sí constituye un primer punto en común con Foucault.

Lo que Marí llama “dispositivo de poder” estaría conformado por tres elementos: fuerza (violencia), discurso del orden e imaginario social. El elemento fuerza/violencia es previo y constituyente del dispositivo de poder, pero no es suficiente para la reproducción y sostenimientos de las relaciones sociales en su configuración asimétrica. Es decir, si bien es posible fundar un orden en la fuerza/violencia, no es posible mantenerlo en el tiempo sólo a partir de ella. En este sentido, la fuerza deberá ser recubierta de otros mecanismos más refinados que la conviertan en poder. Y allí intervienen los otros dos elementos del dispositivo de poder. Sin embargo, la fuerza no desaparece del dispositivo; solamente queda recubierta o invisibilizada, e incluso replegada por los otros dos mecanismos: el discurso del orden y el imaginario social. Es decir que una vez fundado el dispositivo de poder, la fuerza es ya siempre poder. La fuerza funda y es eso mismo que funda lo que la convierte en poder. Según Marí, los tres elementos del dispositivo de poder (fuerza, discurso del orden e imaginario social) se encuentran enlazados y operando constantemente en la generación y sostenimiento de las asimetrías en las relaciones sociales.

El segundo elemento del dispositivo de poder (discurso del orden) tiene, según Marí, la función de presentar como natural o divino al resultado de una determinada relación asimétrica de fuerzas. Es decir, el discurso del orden presenta a esas relaciones asimétricas como un orden necesario, provechoso, justo, etc. En la Modernidad, esa justificación del reparto desigual del poder en relaciones asimétricas no se hace con cualquier clase de discurso, sino particularmente con aquellos discursos expertos que, muy bien elaborados, apelan a la autoridad de la razón, la ley, la ciencia:

“[El discurso del orden] Es el lugar de la razón, del ámbito cognoscitivo, de la teoría y las representaciones racionales, que es también el espacio de la ley”. (Marí: 1986)

Al igual que en Foucault, se advierte aquí que 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 sólo 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 racional. De modo que, al igual nuevamente que en Foucault, la razón no es vista en Marí como una constante trans histórica o supra histórica, sino como un discurso histórico más que se modifica en relación con el imaginario social (tercer elemento del dispositivo de poder). Y en este sentido, como en Foucault, es preferible hablar de racionalidades en plural históricas, ligadas a lo que en cada situación socio-histórica se asume como producción de conocimiento (inseparable, como vimos, de la reproducción de asimetrías sociales).

El tercer elemento del dispositivo de poder, entonces, sería el imaginario social. Y en este punto Marí 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 deseos (Marí, 1986: 93). Es dentro del imaginario social donde se hace posible materialmente la reproducción del discurso del orden. Y el derecho opera también 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 centraba su conceptualización del derecho en su faz de práctica. Pero parece haber una importante diferencia entre el ius-filósofo 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.

2. MARÍ, LA GENEALOGÍA, LA CRÍTICA

En *Moi, Pierre Riviere habiendo degollado a mi madre, mi hermana y mi hermano* [...] (Foucault: 1976), Foucault había propuesto un análisis de la formación interrelacionada de los discursos médico, psiquiátrico y psicopatológico, o sea, del cruzamiento de los campos criminológico, médico-legal y jurídico penal. El otro artículo de Marí mencionado en al inicio de este capítulo, *Moi, Pierre Riviere... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales* (Marí, 1993), como ya se sugiere desde su mismo título, está evidentemente basado en aquellas consideraciones foucaultianas.

En este texto, Marí se propone hacer un análisis de la relación conocimiento/poder en el seno del discurso jurídico considerándolo como un entramado de otros discursos expertos. ¿Cómo aparecen (o no aparecen) otros discursos expertos en el campo del derecho? ¿Cómo se produce el discurso jurídico? ¿Bajo qué principio de control ingresan esos otros discursos expertos en el discurso jurídico? ¿Qué hace que esos otros discursos expertos, que contribuyen a formar el discurso jurídico, luego se desvanezcan y aparezcan sólo como auxiliares?

Según Marí, la regla de formación del campo semántico jurídico es a su vez una regla de elisión, esto es, una regla de invisibilización de los mismos elementos que lo conforman. Y el ingreso de otros discursos expertos en el discurso jurídico no resulta armónico ni pacífico, sino mediado por luchas políticas. Su tesis central es que las decisiones del discurso jurídico son gobernadas por un discurso ausente. Existiría una discontinuidad, un hiato, entre el proceso de producción del discurso jurídico y su producto; un desajuste que es desconocido, es decir ocultado ulteriormente por el propio discurso jurídico. Sólo mediante este ocultamiento se puede decir o creer que existe un objeto jurídico específico, diferenciado de otros y con un campo semántico homogéneo y propio. Por eso sería precisamente en lo concreto de la praxis social de la producción del discurso jurídico, es decir, en lo que se silencia en el discurso oficial final, donde se debe rastrear el ejercicio del poder. O sea, sería mediante la investigación genealógica del expediente que podrían sacarse a la luz esas relaciones de poder silenciadas.

Como ejemplos de esto, Marí toma dos casos resonantes: el de Pierre Riviere, famoso en Francia y estudiado por Foucault y su equipo; y el del “Peto Orejudo”, famoso en Argentina. En ambos casos la pregunta a formular es: ¿cómo es que se los condena habiendo tan claras y evidentes señales de su locura? ¿Cómo se pasa del artículo legal, que exige de la condena a quien delinque en estado de demencia, a una sentencia condenatoria?

Según Marí, eso no es el resultado de diferentes interpretaciones posibles de una norma legal ni tiene que ver tampoco con la aplicación de reglas que permitirían deducir la solución “correcta” del caso. Para el iusfilósofo argentino,

un suceso singular (el enjuiciamiento de Riviere o del Petiso Orejudo) desencadena una suerte de lucha o batalla entre diferentes discursos expertos; todos hablan de la misma cosa, pero desde diferentes saberes. Así, un hecho concreto viene a ser como un pivote alrededor del cual giran y se entrecruzan discursos heterogéneos, que entablan entre sí relaciones no pacíficas sino conflictivas. Al igual que en un campo de batalla, en esas lides hay avances y retrocesos de los discursos enfrentados, es decir, relaciones de fuerza; y la sentencia y sus fundamentos no son más que el resultado de esa batalla. O sea, para Marí, el destino carcelario del loco-criminal no era vislumbrable ni en los textos jurídicos ni en los de la psiquiatría, sino en discursos ausentes o apenas mencionados al pasar. Lo que queda invisibilizado o silenciado es la política, el verdadero factor de control en la producción del discurso jurídico (por ejemplo, en el caso de Riviere, al momento en que se lo juzgaba había ocurrido un atentado contra el rey que imposibilitada políticamente atenuar su condena dado que se quería evitar abrir la posibilidad de una analogía con la tentativa del regicida).

Así, Marí piensa que el discurso jurídico produce un tipo de verdad específica que no es ni metafísica ni empírica, sino que expresa la racionalidad de una sociedad determinada en un momento histórico específico. No hay allí homogeneidad ni uniformidad semántica, sino discontinuidad a partir de luchas por el predominio. De modo que no se trata de una creación arbitraria del juez, sino que éste refleja de alguna manera las relaciones de fuerza en pugna. Pero ese producto que es el discurso jurídico, sólo es comprensible por lo que descarta en el proceso de su propia formación, por lo que elide expresar... Lo verdaderamente determinante del discurso jurídico sería así eminentemente clandestino.

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 dispositivos 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 descentra la mirada hacia lo periférico, esto es, hacia la capilaridad de las prácticas concretas invisibilizadas. Y 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.

3. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS: UNA EPISTEMOLOGÍA DEL SUR

En su propuesta de una Epistemología del Sur (Santos: 2013), Boaventura de Sousa Santos enlaza expresamente la idea de una epistemología alter-

nativa 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 capitalismo (Santos, 2013: 12).

De este modo, su distinción entre Norte y Sur no es propiamente geográfica, sino más bien alegórica o metafórica para representar la distribución de prácticas que producen y reproducen las asimetrías sociales, y por ende, el sufrimiento de ciertas poblaciones o conglomerados humanos. Es decir, para Santos, Norte y Sur designan diferentes ubicaciones en una compleja trama de asimetrías sociales en el mundo contemporáneo. La cuestión no es simplemente la asimetría geopolítica entre países centrales y países periféricos (o desarrollados y subdesarrollados), sino dar cuenta también de que esas asimetrías entre centro y periferia, entre desarrollo y subdesarrollo, se dan al interior de los mismos, se trate de países centrales y desarrollados o periféricos y subdesarrollados. Es decir, la diferencia Norte/Sur, en este sentido, se da al interior de cualquier país. Una epistemología del Sur buscaría hacer visibles y válidas ciertas prácticas cognitivas, culturales, jurídicas, etc. de ese Sur no necesariamente geográfico.

Dentro de estos procesos globales de reproducción de asimetrías, Santos está particularmente interesado en las relaciones entre colonialismo, capitalismo y producción de saberes. Una de sus premisas principales es que no será posible la emancipación social de grupos marginados, postergados u oprimidos a menos que llevemos adelante un proceso de desmantelamiento epistémico de estas relaciones coloniales y capitalistas, productoras y reproductoras de asimetrías, en el campo de la generación de un conocimiento que, conscientemente o no, las legitima refrendándolas. En esta tesitura, el intelectual portugués considera que el “paradigma dominante de la ciencia moderna” se encuentra en crisis y está dando paso a un “paradigma posmoderno de la ciencia”.

En el campo específicamente jurídico, Santos entiende que no contamos aún con las herramientas necesarias para relacionarnos adecuadamente con el derecho en la actualidad. La razón de ello radicaría en que el derecho vivo de hoy en día se encuentra atravesado y resignificado por nuevos fenómenos para los que las herramientas teóricas y conceptuales de las teorías jurídicas tradicionales sólo pueden ignorar o, en todo caso, abordar de modo sesgado y reproductor de las asimetrías Norte / Sur. Es decir, la transformación epistemológica necesaria para la ciencia del derecho es parte de una transformación necesaria de la epistemología en general. Y esa transformación epistemológica está en función de, o mejor dicho, es condición previa para, una transformación social y política global. Para Santos no es posible lograr justicia social global sin que antes se alcance una justicia cognitiva global (Santos, 2013: 12).

Esto quiere decir que los procesos de exclusión, invisibilización y explotación de ciertos grupos sociales estarían íntimamente ligados al modo en que conocemos y producimos conocimiento considerado “legítimo” o válido según el estándar científico predominante (epistemología del Norte). A estos procesos de exclusión de saberes por parte del saber considerado legítimo, Santos les llama “epistemicidios”. Por el contrario, el programa de una epistemología del Sur buscaría desandar esos procesos, rescatar esos saberes excluidos o devaluados. El capitalismo y el colonialismo son vistos así como dos fases inseparables de un mismo proceso global cuya crítica debe hacerse conjuntamente y a partir del desenmascaramiento del colonialismo del conocimiento (epistemológico, o de los saberes).

El paradigma aún dominante, que se resumiría en el saber del Norte, surgió con la Ilustración europea del siglo XVIII y se consolidó en el siglo XIX, entre otras cosas, con la traslación del modelo de las ciencias naturales a las ciencias sociales. Este modelo de conocimiento y de racionalidad científica, al erigirse a sí mismo como modelo global y exclusivo, fue y es aún un modelo totalitario que niega validez y racionalidad a cualquier otra forma de saber que no se adecue a sus cánones metodológicos y epistemológicos (Santos, 2013: 21).

Sin embargo, según Santos, ya hay muchos signos visibles de que ese paradigma se halla en una crisis profunda y se está resquebrajando. Y esta crisis de la racionalidad científica dominante es resultado de su misma radicalización; su propia profundización es lo que hoy nos permite advertir su fragilidad (Santos, 2013: 31). El paradigma tradicional, excluyente, ha propiciado hasta lo inaudito la parcelación del conocimiento, la hiper especialización disciplinar y la reducción del objeto. Todo ello habría producido su propia crisis, poniendo en evidencia sus propios límites.

Como alternativa, la epistemología del Sur de Santos no se presenta como un conjunto de prescripciones o pautas de fondo; más bien se ofrece como un modo de relacionarse con los diversos saberes. Una ciencia post moderna de este tipo propiciaría la transformación social no en base a un programa político hegemónico y totalitario, sino mediante una simple serie de inversiones respecto de la lógica epistemológica tradicional, de modo que la fragmentación del saber ya no sea disciplinar sino temática (Santos, 2013: 49). Y en vez de avanzar mediante la reducción recurrente de su objeto, el conocimiento posmoderno lo hace en la medida en que su objeto se amplía. Se trata de un “conocimiento sobre las condiciones de posibilidad” de la acción humana siempre anclada temporalmente y situada localmente (Santos, 2013: 49). Desde su perspectiva, un conocimiento de este tipo es “relativamente a-metódico” o, en todo caso, se constituye a partir de una pluralidad metodológica. Un claro ejemplo de este tipo de conocimiento post moderno sería nada menos que el aportado por las investigaciones de Michel Foucault, difíciles de encasillar en alguna de las áreas disciplinares

tradicionales, y de quien es imposible decir si es “historiador, filósofo, sociólogo o politólogo” (Santos, 2013: 50).

4. SANTOS, LA RACIONALIDAD, LA CRÍTICA

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 creación (Santos, 2013: 55). Y 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. Pero 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 sólo 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 cognitiva (Santos, 2013: 53). 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” (Santos, 2013: 61). Las similitudes con el trabajo de Foucault se presentan no sólo 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, es decir, 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 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 concibe”. (Santos, 2013: 47)

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 nos dice:

“[...] admitir la relatividad de las culturas no implica adoptar sin más el relativismo como actitud filosófica. Pero si implica concebir el universalismo como una particularidad occidental cuya primacía no se funda en sí misma sino en los intereses que la sustentan”. (Santos, 2013: 139)

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” (Santos, 2013; 139). Estimo que esta idea original de Santos marca su diferencia específica tanto respecto del anti universalismo 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, contra hegemónicos, invisibilizados por la normatividad jurídica oficial (Santos, 2009). 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”. Y 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 etnocéntrica, todo discurso científico (y más aún el discurso “científico” del derecho) se vuelve colonialista.

* * *

En Enrique Marí como en Boaventura de Sousa Santos resulta notoria y explícita la impronta foucaultiana de sus abordajes epistemológicos y jurídicos. En particular, esa impronta se hace visible en un distanciamiento, o mejor dicho, una mayor desconfianza, respecto de la sacralización de la razón inaugurada por la Ilustración. Y en esta clave, ambos autores parecen tener una mayor aversión que Atienza, Alexy o Habermas hacia la Modernidad en su conjunto. Sin embargo, en el caso de Santos resulta posible, como

vimos, detectar algunos puntos en común con Habermas, puntos que de algún modo remiten nuevamente a su epistemología crítica del Sur a una reelaboración algo más austera de los ideales emancipadores del proyecto ilustrado.

En efecto, él mismo nos dice lo siguiente:

“[...] siendo local, el conocimiento posmoderno es también total porque reconstruye también los proyectos, resaltándoles su ejemplaridad y por esa vía los transforma en pensamiento total ilustrado”. (Santos, 2013: 49)

Es decir: toda jerarquía de saberes es siempre precaria y dependiente tanto del contexto como de las consecuencias que conlleva (Santos, 2013: 190). Pero el universalismo negativo como base de la crítica epistemológica permite una suerte de ecología de esos múltiples saberes, de modo que se apueste a una auto reflexión profunda y recurrente, que no da respuestas definitivas pero que vuelve una y otra vez a preguntarse por las condiciones de posibilidad que los determinan.

CONCLUSIONES

I

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”. Esto significa asumir que más allá de lo que el objeto muestra de sí, o de lo que se ve de él ingenuamente, existen condicionantes no inmediatamente visibles, presupuestos, prejuicios, etc. que lo hacen posible y que lo determinan en su modo de aparecer. Dicho rápidamente, hija de la Ilustración, la crítica filosófica se ha auto-comprendido a sí misma, desde hace al menos tres siglos, como una tarea de desocultamiento.

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.

En primer lugar, Habermas intenta combinar el punto de vista del participante, que habla y argumenta asumiendo ya-siempre ciertos presupuestos ideales de comunicación implícitos en la misma pragmática del lenguaje, con la perspectiva del observador, que pretende dar cuenta de manera no comprometida, aséptica, de lo que ve ante sus ojos. Foucault, por su parte, a la vez que asume explícitamente una postura perspectivista que admite de entrada su propio carácter relativo sin pretensiones de generalización universalista, adopta la perspectiva de un observador externo, pero no por ello imparcial, respecto de lo que estudia. Esta diferencia en este punto de partida conlleva otras.

Si bien ambos parecen considerar a los discursos en su aspecto pragmático, en sus prácticas, y no en sí mismos en su mero aspecto semántico, el primero pretende hacerlo desde ese doble punto de vista del participante (que reclama la racionalidad de su propia práctica argumentativa) y del observador (que desenmascara la irracionalidad de las prácticas discursivas que critica), en tanto que el segundo lo hace desde la perspectiva de la tercera persona, o sea, del observador (lo que no significa necesariamente ob-

servador imparcial) que busca mostrar la inherencia entre racionalidad(es) y poder.

De ese modo, 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. Parece que Foucault piensa “racionalidades” como “racionalizaciones” (lo que la crítica tradicional del siglo XIX llamaría tal vez como “ideología”).

No sorprende entonces que en estos términos, Habermas tome un objeto más amplio y general como tema de su reflexión, esto es, el Estado de Democrático de Derecho, del cual pretende dar cuenta tanto de su *validez* ideal como de su *facticidad* insuficiente. Así, la crítica de la *facticidad* del Estado Democrático de Derecho resulta fundada moral y racionalmente desde los mismos valores en que éste reclama fundar su *validez*, valores que serían los mismos ideales universalistas de la Ilustración, que actúan como metro de evaluación y horizonte hacia el cual hay que seguir avanzando para una realización cada vez más acabada de los mismos. En tanto, por su parte, Foucault prefiere centrarse en aspectos más parciales, específicos, recortados, para *describir* y *mostrar* las relaciones entre saber y poder que se articulan recíprocamente en las prácticas efectivas, constitutivas a su vez de nuestra subjetividad.

Para decirlo brevemente: 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).

Habermas y Foucault asumen de manera muy diferente el legado y el significado de la Ilustración y la Modernidad. Aunque ambos se reconocen hijos de la Ilustración, en tanto que nuestra realidad social es producto de aquélla, Habermas conserva la unidad entre crítica y razón, en tanto que Foucault los desacopla. Y mientras que Habermas retoma en clave de pragmática del lenguaje motivos de la filosofía idealista del conocimiento y de la moral kantiana (representados en las tres grandes Críticas), Foucault retoma de Kant el interés por comprender la especificidad contingente de su propia época, su propio presente histórico (representado en su ensayo “Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración” y en “El conflicto de las

facultades”; así, Foucault desacopla la unidad kantiana de crítica-razón, atribuyendo a la primera la tarea genealógica de comprender las prácticas del presente rastreando sus huellas en la modificación y reapropiación de prácticas del pasado.

Más allá de estas diferencias, que son profundas, ambos se hallan dentro de la matriz general de la crítica filosófica. Sólo por ponerles un nombre, he llamado “crítica de tradición ilustrada” a la de Habermas, y “crítica genealógica” a la de Foucault. Pero más allá de sus diferencias, que reitero, son profundas, no parece que sean tan absolutamente extrañas una a la otra como para ensayar compatibilidades. De hecho, un importante filósofo contemporáneo, continuador de Habermas y sucesor de éste en Frankfurt, ha sugerido un programa, difícil pero no imposible, de “crítica reconstructiva de la sociedad con salvedad genealógica”:

“[La Teoría Crítica reúne en un solo programa tres modelos:] La fundamentación constructiva de una perspectiva crítica proveerá de una concepción de racionalidad que establezca una conexión sistemática entre racionalidad social y validez moral; de ese potencial de racionalidad se mostrará reconstructivamente que determina la realidad social en forma de ideales morales; y respecto de estos ideales morales a su vez se hará la salvedad genealógica de que es posible que su significado original se haya desplazado hasta hacerse irreconocible: me temo que por debajo de este nivel de aspiraciones –alto, muy alto no se puede defender hoy en día lo que alguna vez se entendió en la Teoría Crítica por crítica de la sociedad”. (Honneth, 2009: 63)

II

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 primer lugar, en este libro nos hemos limitado a corroborar esa recepción sólo en cuatro autores que nos parecen relevantes como ejemplos. Pero ello no pretende sugerir que con ellos se agoten todos los desarrollos actuales de la teoría y la filosofía del derecho. Y tampoco se pretende sugerir que los autores elegidos como ejemplos de esa recepción simplemente traducen las ideas de Habermas o de Foucault de manera automática y sin originalidad propia al ámbito específicamente iusfilosófico; más bien todo lo contrario y con importantes consecuencias, como veremos de inmediato. Por esta razón prefiero decir que entre Habermas y Atienza o Alexy, por un lado, y entre Foucault y Marí o Santos, por el otro, hay “aires de familia”,

imagen wittgensteiniana que al tiempo que llama la atención sobre las similitudes no excluye las diferencias de matices.

En efecto, y esto como segunda consideración, me parece que, en particular, entre la obra de Habermas y sus “familiares” en el campo específicamente iusfilosófico, esto es, en las teorías de Atienza y de Alexy, se presenta una significativa diferencia.

La enorme obra teórica habermasiana pretende ofrecer tanto una teoría de la racionalidad como una teoría del Estado Democrático de Derecho a partir de una teoría compleja de la comunicación intersubjetiva apoyada en la pragmática de los actos de habla. Esa base fundamental de toda su teoría admite una doble determinación de los hablantes en toda situación de diálogo real: 1. Los condicionantes empíricos de la situación, factores económicos, inconscientes, contextuales, etc. y 2. Los presupuestos ideales de habla implícitos ya siempre en la práctica del lenguaje (sentido, pretensiones de validez de los enunciados, búsqueda de un entendimiento, etc.).

Esta tensión entre la situación real y la situación ideal de habla se reproduce en el ámbito del mismísimo Estado Democrático de Derecho: por una parte, su *facticidad* (situada históricamente e imperfecta) y, por la otra, su *validez* (fundada en los valores morales de alcance universalista); de modo que son estos mismos *ideales* no realizados plenamente los que sirven de fundamento a la crítica de su *facticidad* todavía insuficiente en relación a aquéllos. Y para captar ese doble aspecto del Estado Democrático de Derecho, el investigador debe combinar al mismo tiempos 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).

Así, los presupuestos ideales de la comunicación son el metro crítico de las situaciones reales de comunicación; la acción comunicativa (el diálogo argumentado sin coacciones) sirve de fundamento para la crítica de las acciones no comunicativas); la racionalidad comunicativa sirve de metro para la crítica de la invasión ilegítima de la racionalidad instrumental (acción estratégica) en el ámbito de las relaciones humanas; el poder comunicativo sirve de crítica al poder sistémico de la política profesional y el mercado. Es decir, la tensión entre la situación fáctica y la situación ideal de comunicación intersubjetiva reaparece recurrentemente en diversos niveles de la compleja construcción teórica de Habermas, sin descuidar ninguno de los dos elementos en tensión.

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.

La construcción teórica de Habermas, sólida o no, es una teoría crítica en el sentido técnico-filosófico del término, esto es, como intento de explicitación de supuestos, condicionamientos, etc. de discursos e instituciones; y esa enorme construcción teórica sólo puede funcionar como crítica en tanto combina el punto de vista del observador con el del participante. Atienza y Alexy, en cambio, no sólo parecen centrarse en la perspectiva unilateral del participante (desatendiendo la perspectiva del observador, que en Habermas era tan central como aquélla), sino que parecen pensar exclusivamente en la perspectiva de un juez que debe fundamentar racionalmente sus sentencias. Así entiendo que sus aportes iusfilosóficos son la construcción de una teoría prescriptiva acerca de cómo deberían estar argumentadas las sentencias de los tribunales.

Claro que esto no le quita importancia a la obra de Atienza o de Alexy; su interés central no es hacer una crítica de las instituciones jurídicas, sino brindar herramientas argumentativas a los operadores jurídicos. Esto tal vez explique por qué en el ámbito de la academia jurídica no se suele denominar como “críticas” a estas contribuciones justeóricas, aunque tengan “aires de familia” con la filosofía crítica de Habermas.

En tercer lugar, en el caso de los autores que mantienen más vínculos intelectuales con la crítica genealógica de impronta foucaultiana, también hay un interés por el Derecho entendido como práctica antes que como un puro sistema de normas legales. En esto parecen coincidir los iusfilósofos de matriz habermasiana como los de matriz foucaultiana. Pero como vimos, los primeros parecen tomar al Derecho desde el punto de vista interno de la práctica judicial. En cambio autores como Enrique Marí o Boaventura de Sousa Santos parecen adoptar un punto de vista externo, que toma a la práctica jurídica misma, en su facticidad real, cómo objeto de sus estudios. Así, sus producciones, marcadas por la interdisciplinarietà, 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.

Si Atienza o Alexy presentan teorías prescriptivas de la argumentación jurídica racional, desancladas de la facticidad de las relaciones de poder siempre operantes, autores como Marí o Santos parecen poner el foco

exactamente en el otro aspecto: no ya en el de la validez, sino en el de la facticidad del poder siempre operante. En mi opinión, en el ámbito académico jurídico, las posiciones de Atienza o Alexy, por un lado, y las de Marí o Santos, por otro, representan respectivamente los puntos de vista interno (del participante) y externo (del observador), que Habermas pretende unir en una misma teoría general crítica del Estado Democrático de Derecho en *Facticidad y validez*. Pero los jusfilósofos de matriz habermasiana, al desmantelar esa unidad y focalizarse sólo en uno de ambos aspectos desactivaron el carácter crítico de la construcción de Habermas. De esta manera, la distancia teórica y epistemológica que separa a autores como Atienza o Alexy de autores como Marí o Santos resulta mucho mayor de la que parecía separar a Habermas y a Foucault.

En cuarto lugar, vimos que las diferencias entre Habermas y Foucault no eran triviales ni secundarias, especialmente en cuanto al optimismo o pesimismo respecto de la razón (o de alguna forma de racionalidad) y en cuanto a la idea de progreso moral y político en torno a criterios normativos universalistas. Sin embargo, un pensador como Axel Honneth sugiere que esas diferencias no constituyen necesariamente un obstáculo para la conformación de un programa de crítica social que combinara algunas o varias de las herramientas teóricas y metodológicas de ambos. Es decir, lo que he llamado “crítica de tradición ilustrada” (habermasiana) y “crítica genealógica” (en Foucault) podrían combinarse en cierta medida, aunque no fuera sencillo hacerlo, en un programa de crítica general común. (Honneth, 2009: 53 y ss.) Se trata de un autor que, proviniendo del campo de la filosofía social general de la más conocida tradición crítica, apuesta a un *diálogo*, esto es, a *un entendimiento*, con la más reciente crítica genealógica.

Sin embargo, en el específico campo de la teoría y filosofía del derecho, autores como Atienza o Alexy, de matriz habermasiana no parecen siquiera interesados en un programa crítico así. Seguramente por las razones que dijimos, su interés resulta muy ajeno ya a todo programa de crítica jurídica en sentido técnico. Pero sorprendentemente es un autor más relacionado “familiarmente” a la matriz foucaultiana quien parece incorporar motivos habermasianos en sus trabajos crítico-jurídicos. Me refiero a Boaventura de Sousa Santos, quien, como vimos en su momento, confía en la posibilidad del *diálogo orientado al entendimiento* entre diversas culturas y “racionalidades”, admitiendo implícitamente una suerte de racionalidad comunicativa común y una visión no exclusivamente negativa de la Modernidad, sino algo optimista, cuando escribe que ella “incluye todo lo que es y todo lo que no es, o apenas es como potencialidad” y agrega:

“En estas condiciones, es difícil concebir una alteridad o exterioridad absoluta a la modernidad occidental, excepto tal vez en términos religiosos”. (Santos, 2012: 349)

De modo que, si Honneth se atreve a sugerir el programa de “una crítica reconstructiva con salvedad genealógica”, a la sugerencia de Santos podríamos denominarla “una crítica genealógica con salvedad comunicativa”.

Por último, a lo largo de este libro he intentado realizar un recorrido en el que pretendí mostrar no sólo diferencias entre las perspectivas de los autores seleccionados sino también matices, complementariedades, diálogos y acuerdos entre posiciones que a primera vista parecen necesariamente antagónicas.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R. (2006). *Derecho y razón práctica*. Distribuciones Fontamara. México.

_____ (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Marcial Pons. Madrid.

_____ (2018). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

ALVES DA FONSECA, M. (2017). “Derecho y análisis de la política en Michel Foucault”, en Pardo, J. L. y Díaz Marsá, M. editores. *Foucault y la cuestión del Derecho*. España: Escolar y Mayo Editores S. L, pp. 21-37.

ARPINI, A. M. (2014). “Racionalidad y poder. Habermas y Foucault”. Recuperado de https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/37616/CONICET_Digital_Nro.d4a96206-8802-47e9-8505-90b591adf6aa_X.pdf?sequence=5&isAllowed=y

ASHENDEN, S. Y OWEN, D. (1999). *Foucault contra Habermas: Recasting the Dialogue between Genealogy and Critical Theory*. Londres, Reino Unido: SAGE Publications Ltd.

ATIENZA, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Editorial Trotta.

BENENTE, M. (2017). “Poder disciplinario y capitalismo en Michel Foucault en Entre lo local y lo global: espacios e interacción en los nuevos enfoques de las ciencias sociales”. *Revista de Estudios Sociales*. n.º 61. ISSN electrónico 1900-5180

BERNSTEIN, R. (1991). *Habermas and modernity*, en GIDDENS, A. et al., Massachusetts. Cambridge: The MIT Press.

CUSSET, I. (2007). *Habermas/Foucault. Trayectorias cruzadas. Confrontaciones críticas*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.

D'AURIA, A. (2016). *La crítica radical del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

DREYFUS, H. Y RABINOW, P. (2001). *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.

FOUCAULT, M. (1996). *¿Qué es la ilustración?* Madrid, Las ediciones de La Piqueta.

_____ (1980). "Nietzsche, la genealogía, la historia", en *Microfísica del poder*. Madrid: Las ediciones de la Piqueta.

_____ (2005). *El orden del discurso*. Buenos Aires: Tusquets.

_____ (2006) *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Argentina: Siglo XXI Editores.

_____ (2007). *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica*. Buenos Aires: Siglo XXI.

_____ (2010). *Defender la sociedad*. Argentina: Fondo de Cultura Económica.

_____ (2013). *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*. Argentina: Siglo XXI Editores.

_____ (2018). *¿Qué es la crítica?* Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

GARCÍA AMADO, J. (2001). "Habermas y el Derecho", en *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid: Editorial Dykinson.

GOLDER, B. Y FITZPATRICK P. (2009). *Foucault's Law*. Reino Unido: Glass House Book.

HABERMAS, J. (1988). "Apuntar al corazón del presente", en COUSENS, D. Foucault. Buenos Aires: Nueva Visión.

_____ (1989). *Conocimiento e interés*. Madrid: Taurus.

_____ (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Valladolid: Trotta.

_____ (2001). *Teoría de la acción comunicativa*. España, Taurus.

_____ (1993). *El discurso filosófico de la modernidad*. Taurus: España.

HONNETH, A. (1995). *The fragmented world of the social. Essays in Social and Political Theory*. Estados Unidos de América: State University of New York.

_____ (2009). *Patologías de la razón. Historia y actualidad de la Teoría Crítica*. Buenos Aires: Katz Editores.

HORKHEIMER, M. (2002). *Crítica de la razón instrumental*. Madrid: Trotta.

HORKHEIMER, M. Y ADORNO, T. (1996). *Dialéctica del iluminismo*. Buenos Aires: Sudamericana.

HUNT, A. (2010). "Foucault's expulsion of law: Towards a retrieval", en GOLDER, B. Y FITZPATRICK, P. *Foucault and Law*. Inglaterra: Ashgate Publishing Limited.

KANT, I. (2014). *Crítica de la razón pura*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Colihue.

_____ (1978). "¿Qué es la ilustración?", en *Filosofía de la historia*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

KELLY, M. (1984). "Foucault/Habermas Debate" en *Critique and Power: Recasting the Foucault/Habermas Debate*. Cambridge: MIT Press.

KENNEDY, D. (2010). *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

KOSELLECK, R. (2007). *Crítica y crisis. Un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués*. España: Trotta.

MARÍ, E. (1986). "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n.º 3. (pp. 93-111). España: Universidad de Alicante.

_____ (1993). "Moi, Pierre Riviere... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales". *Papeles de Filosofía*, Buenos Aires: Editorial Biblos.

MARX, K. (1996). *Introducción general a la crítica de la economía política/1857*. México: Siglo XXI.

_____ (2004). *Crítica de la filosofía del derecho de Hegel*. Buenos Aires: Ediciones del signo.

MONOD, J. (2007). "La reforma como acontecimiento constitutivo: Modernidad, subjetividad, actualidad", en CUSSET, I. Y HABER, S. *Habermas y Foucault. Trayectorias cruzadas, confrontaciones críticas*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.

NIETZSCHE, F. (2008). *La genealogía de la moral*. Buenos Aires: Alianza.

SANTOS, B. DE SOUSA (2009). *Sociología jurídica crítica*. Madrid: Trotta.

_____ (2012). *Una epistemología del Sur*. Buenos Aires: CLACSO-Siglo XXI.

VÁSQUEZ ROCCA, ADOLFO (2009). "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*, 24 (4), fecha de consulta 23 de septiembre de 2019. ISSN: 1578-6730. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=181/18112178017>