

RETROSPECTIVA A "ENFOQUE": UNA RÉPLICA A RAÚL GUSTAVO FERREYRA *

JUAN CARLOS RUAS**

Resumen: Este trabajo tiene por finalidad desentramar y aclarar algunas cuestiones no dilucidadas en el trabajo original de Raúl Gustavo Ferreyra, mostrar otras visiones de lo que puede entenderse como "Derecho" en términos meramente axiológicos o como sistema jurídico, y –finalmente– esbozar una visión propia de lo que puede llegar a ser el "Derecho" en las experiencias latinoamericanas.

Palabras clave: derecho – ferreyra – ferrajoli – kelsen – zaffaroni – nino – gargarella – laclau – kant – žižek – chantal mouffe – latinoamérica – europa – liberalismo – populismo – democracia deliberativa – constructivismo ético – agonística – ideología – socialismo – derecho soviético – marxismo – julio mafud – peronismo

Abstract: This essay has the main purpose of clarifying some ideas not elucidated in Raúl Gustavo Ferreyra's original work, showing other visions of what can be understood as "law" in purely axiological terms or as a legal system, and –finally– outlining my own vision of what could be "law" in Latin American experiences.

Keywords: law – ferreyra – ferrajoli – kelsen – zaffaroni – nino – gargarella – laclau – kant – žižek – chantal mouffe – latinamerica – europe liberalism – populism – deliberative democracy – ethical constructivism – agonistic – ideology – socialism – soviet law – marxism – julio mafud – peronism

* Recepción del original: 20/10/2016. Aceptación: 18/12/2016.

** Estudiante de Abogacía (UBA). A mis padres y a mis abuelos, por creer en mí, siempre.

I. INTRODUCCIÓN

Lo que Ferreyra¹ hace en *Enfoque sobre el mundo del Derecho*² es algo que en la doctrina de hace algunas décadas estaba casi olvidado: reconocer que el Derecho es política. No fue hasta de la mano de Carlos Nino³ o de Raúl Zaffaroni⁴ que empezó a considerarse efectivamente que los jueces –y los abogados en general– no son seres amoraless carentes de posición subjetiva alguna, sino todo lo contrario. Su profesión está cargada de una fuerte relatividad a la hora de ver qué “enfoque” queremos darle al Derecho. Para esto mismo, Ferreyra comienza encarando el asunto dividiendo las diferentes nociones de lo que puede significar el “Derecho”, y –de la misma manera que lo hace Nino en *Introducción al análisis del derecho*–⁵ divide las diferentes acepciones del término en tres: Derecho objetivo, como el ordenamiento a secas, Derecho subjetivo, como la pretensión de alguien por un derecho, y Derecho como ciencia de estudio.

El autor aquí aludido toma la primer acepción del término y, a partir de esa premisa, desarrolla lo que puede suponer para algunos el Derecho desde la concepción meramente positivista de la teoría pura del Derecho de Kelsen,⁶ para luego contrastarla con su propia visión de lo que podría ser algo más armónico del Derecho, sin –por supuesto– dejar de estar influenciado fuertemente por Luigi Ferrajoli y Eugenio Zaffaroni.⁷

A lo largo de este ensayo, se expondrán ambos momentos del análisis que hace Ferreyra, explicando su correlación con lo que sería la ideología, para luego mostrar otras concepciones del término, y finalmente esbozar una idea propia de lo que podría ser el Derecho dentro de nuestras experiencias más cercanas y realistas en Latinoamérica.

1. Profesor Titular regular de Elementos del Derecho Constitucional (UBA), conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctrinario.

2. FERREYRA, R. G., “Enfoque sobre el mundo del Derecho: Constitución y derechos fundamentales”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, n° 21, Buenos Aires, Eudeba, 2013, pp. 243-282.

3. NINO, C. S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.

4. ZAFFARONI, R. E., *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006.

5. NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

6. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2015.

7. A lo largo del texto, Ferreyra cita reiteradamente a ambos autores y –por ende– luego se expondrán ambas posturas.

II. EL "DIAGNÓSTICO" DEL DERECHO QUE ENCUENTRA FERREYRA

Como se mencionó antes, el autor comienza esbozando lo que podría ser el "Derecho objetivo" bajo la postura extrema –y tristemente más realista– del positivismo jurídico de Hans Kelsen. Es así como Ferreyra encuentra que el Derecho, entendido en el sentido "débil" del término, puede llegar a ser visto como la "razón de la fuerza"; es decir, como la herramienta que legitima, organiza y persuade a los habitantes para su coacción por parte del Estado. No importa aquí si las acciones del ordenamiento son justas o injustas; solo su simple formalidad, cumplimiento por parte del Estado y acatamiento por parte de los ciudadanos. Es decir, los habitantes no son un fin en sí mismo, sino un medio para lograr el fin propuesto, que es –como se dijo líneas arriba– la coacción.

Hay, sin embargo, un par de cuestiones en este análisis que hace Ferreyra a la hora de definir al Derecho como "razón de la fuerza" que quedan un tanto inconclusas. Por ejemplo: ¿a qué se refiere el autor cuando dice que el Derecho no solo ordena sino que también argumenta en pos de la coacción? ¿De qué argumentación podría referirse si es que el ordenamiento jurídico a secas solo se encarga de facultar y prescribir, sin exponer motivos fundados de porqué la población debe acatarlo? Aquí es cuando la cosa se empieza a complicar, puesto que si bien el autor toma de manera textual las diversas definiciones de lo que puede llegar a entenderse como "razón" según el diccionario, jamás se encarga de desarrollar suficiente este punto.

Aquí es cuando intentaré introducir un concepto que rondará durante todo el ensayo, y que –precisamente– permitirá complementar lo que podría entenderse como argumentación a la hora de entender la cuestión de "razón de la fuerza". Este concepto es precisamente el de *ideología*. Lo curioso del trabajo de Ferreyra es que si bien cita casi todas las obras de Kelsen, se olvida de citar una crucial a la hora de entender la cuestión de la argumentación, y esta obra se llama *Teoría comunista del Derecho y el Estado*.⁸ En dicha obra, Kelsen expone la concepción marxista de lo que puede llegar a ser el Derecho, y es –precisamente– la ideología. Si bien Kelsen intenta desligarse de dicha concepción que él cree errónea, ya que intenta demostrar que su teoría pura del derecho es perfecta y está

8. KELSEN, H., *Teoría comunista del Derecho y el Estado*, Buenos Aires, Emecé, 1957.

desligada de todo contenido político, lo cierto es que dicha concepción marxista es la concepción perfecta para entender cómo funciona el Derecho en las sociedades capitalistas.

Ahora bien, ¿qué es la ideología? Sin extenderme demasiado en esta cuestión, —y por la diversidad de autores marxistas que intentan definirla— tomaré una de las nociones más aceptadas hoy día que es la de Louis Althusser.⁹ Althusser entiende: "la ideología es aquella herramienta del poder que interpela a los individuos aislados de cualquier conciencia de clase, y los convierte en sujetos activos de determinado grupo colectivo, con el fin de perpetuar así los modos de producción capitalista". Ideología sería, entonces, todo tipo de ilusión intencionada que permita mantenernos sumisos y perpetrar el *statu quo*.

Vemos ahora que la noción de "razón de la fuerza" en sentido "débil" —es decir, el diagnóstico que encuentra Ferreyra a cómo se encontraría el derecho tras seguir el camino kelseniano— se encontraría completo. Hay coacción porque el Derecho se encarga de reglamentarla legítimamente y así ordenar a la población; y hay argumentación porque, según la tesis marxista, el Derecho funciona en el mundo de las ideologías.

Sin embargo, nos seguiría quedando una cuestión pendiente. ¿Cómo es que el Derecho funciona como ideología si sus normas no apelan a la persuasión, sino a su simple acatamiento? Aquí es preciso marcar una distinción fundamental, que ya fue expuesta en un ensayo del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja",¹⁰ y es preciso mencionarla. Tal como dice Alf Ross: así como en la antigüedad las normas eran destinadas específicamente para su comprensión por los habitantes, en la actualidad los complejos sistemas jurídicos tienen como finalidad ser entendidos meramente por los juristas. De ahí que su capacidad de persuasión carezca de utilidad práctica. Por esto mismo, el Derecho tuvo que readaptarse y conseguir su argumentación e interpelación mediante otros mecanismos tales como los medios masivos de comunicación, la publicidad, la educación primaria, la iconografía, etc.

Este componente de la ideología estará presente de aquí al finalizar

9. ALTHUSSER, L., *Ideología y aparatos ideológicos del Estado. Freud y Lacan*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1988.

10. OSORIO, M., "La fijación de la mentalidad jurídica", en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, año V, número especial, Buenos Aires, 2011, pp. 596-608.

el ensayo y será lo que nos permitirá unir al Derecho capitalista bajo todas sus vertientes e interpretaciones. Salvo, por supuesto, en los casos excepcionales en que se mencionen enfoques marxistas del Derecho, donde si hubiera ideología, habría *status quo* burgués.

III. LA VISIÓN DEL DERECHO SEGÚN FERREYRA

Luego del paso cuasi lineal por el cual nos lleva el autor al definir el Derecho según la óptica tradicional, nos propone una concepción un tanto renovada y casi infranqueable de lo que podríamos definir como Derecho. Es esta idea de "razón de la fuerza", pero –como lo expone el autor– en sentido "fuerte". Aquí, Ferreyra nos expone una fórmula novedosa como –a su vez– un tanto conflictiva que consiste en combinar la mera coacción tradicional positivista y argumentativa marxista con lo que él llama "derechos fundamentales". Es decir, los derechos humanos que servirían como *líneas de acción* para ponerle límites al frenesí de la coacción estatal.

Acá es necesario hacer una aclaración, ya que la fórmula que presenta Ferreyra es una copia muy similar al modelo garantista propuesto por Luigi Ferrajoli, como así también al modelo que le sirve de base al profesor Zaffaroni,¹¹ que el autor no duda en reconocer y mencionar. Claramente, el modelo de Ferrajoli es realmente amplio y autosuficiente, lo que llevaría a hacer un análisis realmente extenso que –por supuesto– no es el motivo de este ensayo. Pero sí es necesario hacer una breve introducción de algunas cuestiones de la teoría de Ferrajoli para así intentar dilucidar qué tanta relación tiene con el texto de Ferreyra.

La propuesta garantista de Ferrajoli se da en un contexto de finales de guerra y posguerra fría, donde el autor es capaz de ver con sus propios ojos las atrocidades que se han cometido en Europa por parte del nazismo, el fascismo y –desde luego– el imperialismo globalizado que no duda en invadir países con la excusa de armas de destrucción masiva o realizar golpes de estado con la finalidad de marcar un rumbo económico determinado. Es decir, ha sido capaz de ver enormes atrocidades llevadas

11. ZAFFARONI, R., *El enemigo...*, ob. cit.

a cabo tanto por mayorías manipuladas¹² como por pequeñas elites que marcan el rumbo de la humanidad.¹³

Es por todo esto que el autor bajo todo punto de vista no duda en plantear una teoría del Derecho que pueda servir como línea de acción; es decir, de topes a esas violaciones masivas de derechos humanos. Resaltando claramente la función del jurista ante estos "poderes salvajes" –como le gusta tildarlos al autor– la cuestión en contextos como Europa parece clave para plantear estas luchas contra la violencia irracional y desmedida. Sin embargo, hay un par de cuestiones en la teoría de Ferrajoli que si tomáramos de manera textual e intentáramos trasladarlas al contexto latinoamericano, generarían una horda importante de conflictos sociales.

Para empezar, es preciso señalar –tal como marca Chantal Mouffe–¹⁴ que la concepción de derechos humanos expuesta por Ferrajoli es una concepción meramente europea liberal que no necesariamente se condice con el resto de las culturas del mundo, ya que –a pesar de que muchos no se han dado cuenta– la derrota de la Unión Soviética no marcó la victoria de un mundo unipolar, sino la aparición de un *mundo multipolar* donde los antagonismos inherentes al capitalismo se expresan a través de diversas culturas, movimientos sociales y religiones. Por esto mismo, la idea de Ferrajoli de una organización internacional que garantice los "derechos humanos" con un peso mayor que la ONU y con una competencia obligatoria para todos los países (incluido Estados Unidos) de la Corte Penal Internacional, conllevaría a la discriminación sistemática de diversos pueblos desperdigados por medio oriente que –para la cultura liberal clásica– se encuentran en un mero estado de "salvajismo".

Aquí encontramos el problema a nivel *supraestatal* de la teoría de Ferrajoli, al que por supuesto en ningún momento Ferreyra hace mención. Pero como reconoce la fuerte influencia de Ferrajoli en su propuesta, es preciso marcarla.

Ahora, faltaría ver qué ocurre con la propuesta *intraestatal* de Ferrajoli, donde nuevamente encontraríamos algunos problemas si intentáramos adaptarla de manera literal a la realidad latinoamericana.

12. FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010.

13. FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, p. 72.

14. MOUFFE, C., *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 37-56.

La cuestión aquí no deja de ser realmente previsible, ya que así como Ferrajoli expone una visión meramente liberal e influenciada principalmente por pensadores como John Locke de lo que él entiende como derechos humanos, así lo hace con la relación entre el estado, la democracia y las mayorías. Viendo las aberraciones cometidas por estas últimas, claramente plantea la función del derecho y así también la función del poder judicial y su labor de derecho penal "mínimo" como un poder o líneas de acción limitantes hacia las decisiones de las mayorías sobre el destino de las minorías.

Ferrajoli redefine el concepto de democracia a través de un republicanismo a la fuerza donde las mayorías no solo no deben participar en la toma de decisiones sobre las minorías, sino mucho menos intentar definir el rumbo de estas; donde el jurista será el encargado –bajo algunas cualidades morales e intelectuales que Ferrajoli le asigna– de marcar y redefinir el destino de la democracia a través de la lucha por los derechos fundamentales, el respeto de los "otros" y la legalidad impoluta.

Sin intentar todavía trasladar esta teoría y someterla a prueba a la realidad latinoamericana, es necesario remarcar la crítica que hace Roberto Gargarella¹⁵ a esta visión del Derecho que –según el autor– carece no solo de fundamento empírico universal (ya que, como se dijo, no todas las culturas y poblaciones actúan de la misma manera), sino que también es prejuiciosa y peca de "elitista" a la hora de organizar un estado, quitándole todo republicanismo participativo y deliberativo a la sociedad en su conjunto.

Ahora sí, expuestas todas estas cuestiones, se intentará mirar brevemente su propuesta desde América Latina, ya que dicho punto será tratado posteriormente en este análisis.

Tratemos de pensar las ideas de democracia, mayorías y minorías desde nuestras experiencias más cercanas.

Creo que acá es claro que, a diferencia de Europa, nuestra región ha tenido una relación inversamente proporcional en torno a los daños producidos entre el binomio mayorías–minorías. Nuestra historia, y en particular la de Argentina, se ha visto profundamente dañada por las decisiones de minorías muy poderosas. Las masas no han sido dirigidas con

15. GARGARELLA, R., *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016, pp. 59-79.

un fin destructivo hacia la vulneración de derechos de otros grupos, sino en todo caso han sido utilizadas políticamente a través de discursos que evocaron intereses populares, pero jamás "el pueblo" alcanzó el extremo de la muerte.

Las pequeñas minorías o elites que dirigieron de manera pública o privada nuestra región han sido nuestros verdaderos "poderes salvajes" que evoca Ferrajoli fervientemente. Desde nuestra primera constitución hasta las últimas elecciones democráticas, nos hemos visto imbuidos por decisiones tanto económicas, como políticas o militares que han tenido el mero fin de desarticular las voluntades y tomas de decisiones de las mayorías. Y dichas medidas, justamente, han sido las que aniquilaron a gran parte de nuestra población. Hambre, bicicletas financieras, planes de exterminio masivos y propuestas neoliberales fueron los cónclaves que marcaron el destino del pueblo argentino durante décadas. Y todo esto, nuevamente, evocado desde un pequeño grupo que hasta el día de hoy goza de absoluta impunidad.

Por todo esto, claramente la relación entre las mayorías y la democracia liberal se da de una manera mucho más antagónica y conflictiva, donde lo que en Europa es visto como símbolo del progresismo más puro y respeto mutuo, aquí es sinónimo del conservadurismo más recalcitrante del cual el *establishment* local se ha escudado para mantenerse libre de toda culpa y cargo.¹⁶ Seguir de manera literal el enfoque de Ferrajoli supondría perpetrar la impunidad de dichas minorías y despreciar aún más la desdicha del pueblo.

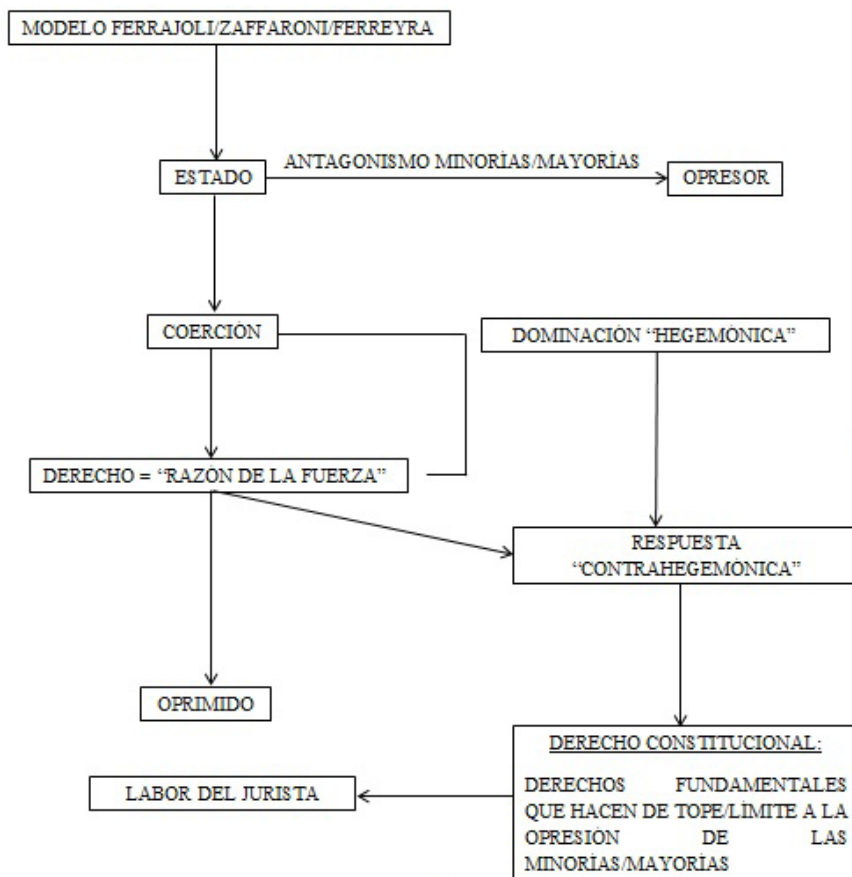
Es tal la noción de derechos sociales "imposibles"¹⁷ contrapuesta a la de derechos políticos y liberales clásicos característicos de las minorías privilegiadas criollas, que según Daniel James en una serie de preguntas que le hacía la prensa a los trabajadores sobre si veían amenazada la libertad de expresión en caso de que Perón ganase las elecciones del 46, estos le contestaron: "La libertad de expresión es cosa de ustedes. Nosotros nunca la hemos tenido".¹⁸

16. LACLAU, E., *Política e ideología en la teoría marxista. Capitalismo, fascismo, populismo*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 1978.

17. BIDART CAMPOS, G. J., *Manual de la constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2006, t. 1.

18. MAFUD, J., *Sociología del peronismo*, Buenos Aires, 1972, p. 107, citado en JAMES, D., *Resistencia e integración*, Buenos Aires, Sudamericana, 1990, p. 31.

Por lo que supongo, aunque Ferreyra jamás lo aclara, que su idea de lucha por los derechos fundamentales será de manera inversa en pos de los derechos de estas mayorías, sino, como se fundamentó recién, significaría perpetrar la impunidad. En síntesis, podríamos ilustrar este modelo de la siguiente manera:



IV. OTRAS VISIONES DEL "DERECHO"

Así como en las primeras páginas se mostró cómo el Derecho funciona bajo el mundo de las ideologías, ya se ha expuesto la postura de Ferreyra según la cual el Derecho debe plantear luchas dentro del sistema; es decir, dentro de estas propias ideologías, donde nos encontraríamos con una tensa relación de intereses contrapuestos luchando entre sí por mantener el privilegio del respeto imperante ante el *status quo*.

A continuación, se expondrán otras concepciones de lo que puede llegar a ser el Derecho desde posturas que mantendrán la unión en vez del conflicto de intereses, hasta posturas que intentarán mantenerse afuera del sistema –afuera de la ideología– propias del derecho marxista, centrado meramente en los modos de producción económicos y en el retribucionismo clásico.

Finalmente, expondré mi visión del Derecho, que creo que será la que más se adecua a nuestra región.

IV.A. El Derecho republicano: el "constructivismo ético" de Carlos Nino

Carlos Nino poseía una fuerte influencia del liberalismo clásico que –a diferencia del liberalismo de Ferrajoli– busca la idea kantiana de "consenso" o "pacto social", en el cual los valores morales que buscamos como sociedad pueden ser adquiridos mediante un acuerdo deliberativo entre todos los miembros de dicha sociedad. Esta idea "republicana" – en palabras de Gargarella¹⁹ de la deliberación en la cual todos podemos participar del diálogo viene además influida por autores como John Rawls²⁰ y Jürgen Habermas.²¹

Nino combinará la Teoría de la Justicia de Rawls y su noción de velo de la ignorancia con la democrática deliberativa de Habermas para dar lugar a lo que él llamará el *constructivismo ético*.²² Este constructivismo verá en la Constitución así como en los poderes de gobierno las herramientas fundamentales para concretar dichos valores dialógicos de una

19. GARGARELLA, R., *Castigar al prójimo...*, ob. cit.

20. RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1995.

21. HABERMAS, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1991.

22. NINO, C. S., *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

comunidad que coopera por sí y para sí misma sin pensar en intereses egoístas, aunque –según Nino– deba resignarse a resolverlo de manera democrática representativa y no de manera directa por las imposibilidades que conllevaría a toda una comunidad como los estados modernos adquirir dichos valores.

A su vez, hay un artículo muy interesante que escribe Nino titulado *El derecho constitucional frente a la llamada "crisis de la democracia"*,²³ el cual creo que servirá para mostrar esta diferencia radical entre la respuesta consensual republicana y la respuesta antagónica de lucha por derechos de Ferrajoli ante los problemas de la democracia liberal para contener los derechos de determinados grupos afectados.

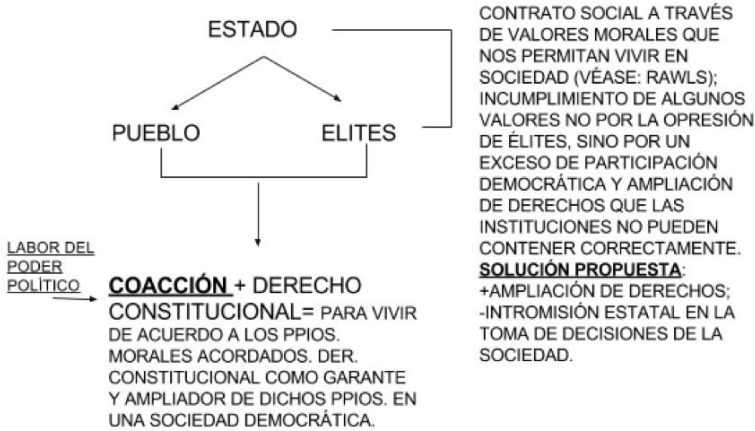
En dicho artículo, el autor aquí aludido entiende que los problemas que se dan durante la década del 80 en especial en América Latina sobre las demandas tanto políticas como sociales de las masas insatisfechas no son necesariamente el producto de una embestida de elites, sino que ocurren por un déficit estructural de las instituciones que no dan abasto para contener dichas demandas ante las aperturas democráticas. Por eso, durante el desarrollo de la publicación hace especial énfasis en el caso de Argentina tras su reapertura democrática.

La propuesta de Nino aquí es un tanto curiosa, al menos para la visión hegemónica que vemos a diario en los claustros académicos, ya que a diferencia de lo que podría proponer Ferrajoli en este caso hipotético, Nino no cree que las demandas desbordadas de la población se deban controlar con el derecho como tope o limitante, sino todo lo contrario. Cree que el derecho, y en especial el derecho constitucional, debe ser el encargado de ampliar de manera desmedida esos derechos para así evitar dichas restricciones y suplir de una vez por todas ese *animus* cuasi insaciable que dejó la última dictadura cívico-militar en nuestro país.

Por último, podríamos resumir este modelo "pactista" y unificado de Nino del siguiente modo:

23. NINO, C. S., "El derecho constitucional frente a la llamada 'crisis de la democracia'", en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, n° 103, México, UNAM, 1987, t. 1, pp. 305-319.

MODELO DE SANTIAGO NINO



IV.B. El Derecho en el socialismo científico: el caso de la Unión Soviética

Finalmente, llegamos a una visión del Derecho completamente distinta de las otras. Y digo completamente porque esta a diferencia de las otras dos expuestas páginas atrás (la de Ferreyra/Ferrajoli y la de Nino) carece del elemento esencial de la sociedad capitalista: la *ideología*. Una vez llevada a cabo la Revolución de Octubre, instalado el régimen socialista en la ex Rusia zarista, era necesario proveerla de un esquema normativo que le permitiera al estado mantener el orden y el control sobre los modos de producción, así como de determinadas acciones de los ciudadanos que vivían bajo aquel régimen.

Aquí tendrán una participación destacada tres juristas soviéticos, que permitirán delinear este "Derecho Marxista" desprovisto de ideología: estos juristas eran Pēteris Stučka,²⁴ Evgeny Pasukanis²⁵ y Andrey

24. STUČKA, P. I., *La función revolucionaria del Derecho y el Estado*, Barcelona, Península, 1974.

25. PASUKANIS, E., *Teoría general del derecho y marxismo*, Madrid, Labor Universitaria, 1976.

Vyshinsky.²⁶ Los primeros dos vendrán a proponer un derecho destinado pura y exclusivamente a los modos de producción; es decir, su única función sería socializar los modos de producción capitalista y garantizar la emancipación del proletariado, con el único fin de que –al estar desprovisto este derecho de ideología– una vez culminado el socialismo, se desintegraría solo junto con el estado para dar lugar al comunismo.

Con el tercer jurista ocurre algo distinto y chocante en relación al derecho autodestructivo y aniquilador del estado, ya que, siendo este Procurador General de Stalin y posteriormente Ministro de Relaciones Exteriores de la Unión Soviética, empezó a concebir un derecho centrado más al orden y a la coacción, pensado específicamente para el largo trayecto socialista que se tenía proyectado en aquella época. En cuanto a esta "coacción", claramente consistía en decisiones meramente arbitrarias y desprovistas de todo tipo de juicio justo y garantías de un debido proceso.

La concepción marxista de la justicia se inclina por un retribucionismo puro debido a que –tal como señala Jeffrie Murphy²⁷ mientras los habitantes se encuentren en una condición de igualdad material, las penas deben aplicarse por el mero hecho de corresponder en relación con su acción y así mantener el control social. No así se daría el caso en las sociedades capitalistas, donde la coacción solo tiene el fin de mantener el *status quo* burgués y no corresponde a una relación igualitaria entre caballeros.

El caso de la Unión Soviética sigue siendo hasta el día de hoy uno de los más paradigmáticos e interesantes como objeto de estudio. Así como Kelsen se ha encargado de enfrentarse a la postura del materialismo histórico marxista del derecho, hay otros doctrinarios y aficionados que siguen viéndolo con buenos ojos.²⁸

26. VYSHINSKY, A., *The Law of the Soviet State*, Londres, Greenwood Press, 1979.

27. MURPHY, J. G., "Marxismo y retribución", en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 17, Buenos Aires, Universidad Torcuato Di Tella, 2016.

28. MARTINI, M., *Derecho y marxismo: una semblanza de E. B. Pashukanis*, consultado en [http://www.laizquierdadiario.com/Derecho-y-marxismo-una-semblanza-de-E-B-Pashukanis?id_rubrique=1714] el 18/10/2016.

V. PENSAR DESDE AMÉRICA LATINA

Tras haber expuesto todas las visiones de derecho pertinentes, ahora ensayaré la cual creo que será la más acorde a nuestra región, y para eso mismo, tomaré un fenómeno social o político bastante recurrente que –nuevamente– creo yo es el que puede definirnos como latinoamericanos. Y es ni más ni menos el caso del *populismo*. Nunca hubo una palabra que generase tanto estupor, ya sea para bien o para mal, como ese término.

Ahora bien, ¿qué es realmente el "populismo"? Aquí nuevamente la cosa se nos complica, ya que habiendo una abundante cantidad de autores que intentan definir su alcance, las posturas en general tienden a ser realmente disímiles entre sí. Por todo esto, y habiendo autores como Gino Germani, Torcuato Di Tella o Ernesto Laclau que realizaron trabajos pertinentes a la materia, tomaré a este último como punto de partida para alcanzar una precisión de la noción de populismo, siendo uno de sus trabajos más extensos.

Dentro de todas sus obras, la definición más precisa que dará Laclau del populismo la encontramos en *Política e ideología en la teoría Marxista. Capitalismo, fascismo, populismo*.²⁹ Allí el autor entiende –a diferencia de Germani y Di Tella– que el populismo no es necesariamente una respuesta no institucional a las demandas de las masas, sino que es una herramienta del discurso político, ya sea de izquierda o de derecha, que se nutre o utiliza a la *ideología* para lograr sus fines.

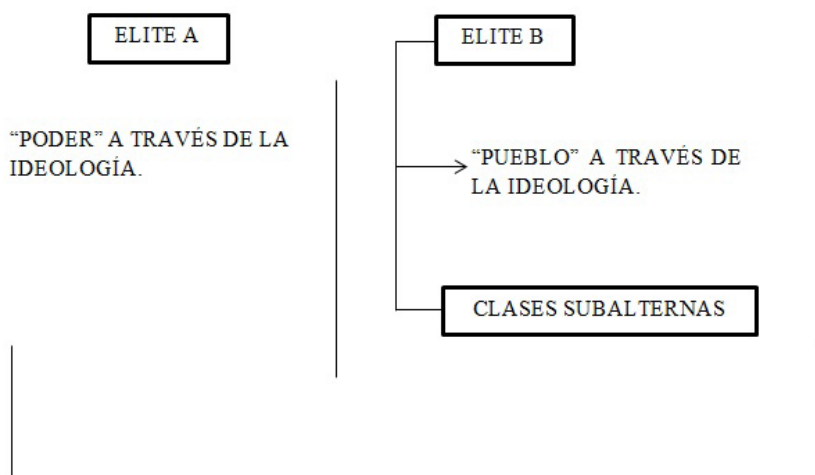
Para él, "el populismo será aquel discurso político que, utilizando la ideología, transformará los antagonismos de clase inherentes al sistema capitalista sobredeterminados en otras luchas (tanto de género, raciales, étnicas, culturales, etc.), y los agrupará en una lucha dicotómica poder/pueblo, donde la noción de "pueblo", vendrá compuesta por una elite fragmentada que será la encargada de utilizar la ideología y las clases subalternas que serán las receptoras de ese mensaje ideológico". En otras palabras, según Laclau son necesarios dos requisitos para que un discurso político pueda ser catalogado como "populista":

- Un antagonismo de clase transformado en un antagonismo poder/pueblo a través de la ideología.

29. LACLAU, E., *Política e ideología...*, ob. cit.

- Una fragmentación de la elite gobernante en una elite A y una elite B, donde la elite B será la encargada de crear la noción de "pueblo" en las masas a través de la ideología para atacar a la elite A.

O también, se podría ilustrar a través del siguiente cuadro:



ANTAGONISMO DE CLASE SE CONVIERTE EN ANTAGONISMO PODER/PUEBLO

Como ejemplos de populismos de derecha toma al régimen nazi y al fascista; de izquierda, al mandato de Mao; y como "bonapartismo" típico del caso latinoamericano, al gobierno de Perón. Aquí nos muestra que fue producto de una elite fragmentada compuesta por la Iglesia y las Fuerzas Armadas, que utilizaron la ideología para movilizar a las masas.

Sacando de lado la teoría política, me gustaría retomar mi propuesta de una teoría del Derecho que sea lo más similar posible al pacto populista. Y creo que para la sorpresa de muchos, esa teoría del Derecho, corresponde con el pacto kantiano de Carlos Nino.

¿Cómo es esto posible? Creo que para entenderlo hay que intentar analizar cuál es la relación entre la democracia liberal republicana de Nino y el populismo latinoamericano. Sobre ello hay un artículo muy

interesante de la revista *Identidades*,³⁰ donde se explica que –en realidad– la democracia liberal sería el espectro más amplio y perfecto que tendríamos de democracia, mientras que el populismo sería una versión un tanto *restringida* de la misma, puesto que nos encontramos ante un grupo minoritario que no formaría parte de aquel pacto social kantiano y que tampoco parecería tener derecho a participar en la toma de decisiones de manera legítima –ya que es visto como el enemigo, o el adversario, en términos de Chantal Mouffe–.³¹ La relación y la distancia entre ambos modelos estará marcada proporcionalmente en qué tan grande sea la noción de “pueblo” que tengamos y qué tan chica sea la noción de “poder” a combatir.

Por supuesto que aquí surgirán aún más interrogantes, ya que la teoría de Laclau al igual que la de su esposa se ha enfocado siempre en buscar antagonismos inherentes a las sociedades capitalistas para explotarlos de formas distintas a la lucha de clases, lo cual nos llevaría a pensar que estamos incurriendo en un error al postular semejante cosa, y más bien pareciéndose dicha fórmula de democracia a una muy similar a la propuesta por Ferrajoli o por Ferreyra. O también, podría decirse que se está incurriendo en un error cuando en reiteradas oportunidades Chantal Mouffe se ha encargado de criticar a teorías como las de John Rawls por considerarlas “apolíticas” y propias de una utopía de la derecha liberal.³²

Para responder a todos estos interrogantes, comenzaré a la inversa. Sobre la crítica que le hace Chantal Mouffe a teorías como las de John Rawls –y en las que por ende caería la teoría de Nino–, debo reconocer muy a pesar (por el agrado que tengo a las obras de Mouffe y de su ya fallecido esposo) que ya como expuso Gargarella³³ tiempo atrás, Mouffe está incurriendo en un error. La teoría de Rawls no cree en una falsa

30. CARLÉS, G. A., “Populismo y democracia liberal. Una tensa relación”, en *Identidades*, Dossier N° 2, Comodoro Rivadavia, Instituto de Estudios Sociales y Políticos de la Patagonia, 2016, pp. 5-26.

31. MOUFFE, C., *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014.

32. MOUFFE, C., *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1999, pp. 65-83.

33. GARGARELLA, R., *Consenso/Conflicto: Chantal, Chantal*, consultado en [<http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2010/09/consensoconflicto.html>] el 19/10/2016.

utopía en la cual haya un pacifismo puro, sino que cree en la igualdad de diálogo; es decir, que a pesar de los antagonismos irreconciliables, todos tengan el mismo espacio para construir la democracia. Nuevamente, estaríamos ante una democracia restringida, pero con la misma raíz democrática liberal de la democracia deliberativa de Nino.³⁴

Sobre la cuestión de fondo en relación a qué "enfoque" del mundo del Derecho la propuesta de Laclau se asimila más, responderé diciendo que el modelo de Ferreyra no posee la idea "pactista" en su esquema, sino que –con una mirada ya preestablecida de una democracia liberal europea– plantea una tensa relación donde la democracia no necesariamente está adentro de ese pacto, ya que es el jurista quien de manera unipersonal (o al menos así lo expresa Ferrajoli) decide oponerse a la idea de democracia, ya sea de unos muchos o de unos pocos, en la medida en que esta inflija un daño hacia el sector perjudicado. Es decir, el jurista –en la visión de Ferreyra, teniendo de base a la de Ferrajoli– es el encargado de romper aquel pacto agonista o deliberativo, al no tolerar la desigualdad. Por último, me gustaría remarcar que esta idea kantiana que gira en torno al populismo propuesto por Laclau ya fue esbozada por Slavoj Žižek³⁵ tiempo atrás, a lo cual tras cierto trastabillar de parte de Laclau, este contra argumenta alegando que su teoría no posee una base kantiana al tener una ideal regulador completamente variable en la medida que lo requiera la noción de "pueblo"; y, como ya se expuso, la teoría e idea de justicia de Nino también lo posee.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo de esta exposición se mostraron distintos enfoques y contraenfoques de lo que puede significar el mundo del Derecho, algunos más europeos que otros –a lo cual dejo a criterio del lector a pesar de haber expuesto una idea propia– pero con un mismo fin: hacer justicia. La mirada populista siempre debe estar presente en los análisis que in-

34. GARGARELLA, R., *Democracia agonística/democracia deliberativa*, consultado en [<http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2014/02/democracia-agonistademocracia.html>] el 19/10/2016.

35. BUTLER, J., LACLAU, E. y ŽIŽEK, S., *Contingencia, Hegemonía y Universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000.

tentemos darle al mundo del Derecho si queremos presentarlo desde una perspectiva latinoamericana.

El populismo puede gustarnos o no: está en la libre subjetividad del lector aceptar o rechazar el juego de la inclusión–exclusión en sus perspectivas o deseos para nuestra realidad más viva, pero jamás ocultarlo. Ya que, como señala Francisco Panizza,³⁶ el populismo no es la forma más perfecta de democracia que hayamos tenido como latinoamericanos, pero sí la forma más realista, como un espejo en el cual la democracia se puede contemplar a sí misma, mostrando todas sus imperfecciones en un descubrimiento de sí misma y de lo que falta.

La democracia deliberativa puede ser nuestra utopía, nuestra meta máxima a alcanzar en una sociedad de iguales, pero en la medida en que las tensiones inherentes a la desigualdad del capitalismo y la globalización se encuentren latentes, debemos pensar primero qué ocurre en nuestro presente inmediato: la democracia agonística. Mientras no encontremos soluciones concretas –y no placebos– a conflictos y modelos extremos que plantean la exclusión de algunos, no podemos pensar hacia el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTHUSSER, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado. Freud y Lacan*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1988.
- , *La revolución teórica de Marx*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2004.
- BIDART CAMPOS, German J., *Manual de la constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2006, t. 1.
- BOURDIEU, Pierre, “Los usos del pueblo”, en *Cosas dichas*, Barcelona, Gedisa, 1988, pp. 152–157.
- BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto y ŽIŽEK, Slavoj, *Contingencia, Hegemonía y Universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- CARLÉS, Gerardo A., “Populismo y democracia liberal. Una tensa rela-

36. PANIZZA, F. (comp.), *El populismo como espejo de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009.

- ción", en *Identidades*, Dossier N° 2, Comodoro Rivadavia, Instituto de Estudios Sociales y Políticos de la Patagonia, 2016, pp. 5-26.
- CATTARUZZA, Alejandro, *Historia de la Argentina: 1916-1955*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.
- , *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010.
- , *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.
- FERREYRA, Raúl G., "Enfoque sobre el mundo del Derecho: Constitución y derechos fundamentales", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, n° 21, Buenos Aires, Eudeba, 2013, pp. 243-282.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 1990.
- GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- , *Consenso/Conflicto: Chantal, Chantal*, consultado en [<http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2010/09/consensoconflicto.html>] el 19/10/2016.
- , *Democracia agonística/democracia deliberativa*, consultado en [<http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2014/02/democraciagonistademocracia.html>] el 19/10/2016.
- , *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016.
- GRAMSCI, Antonio, *Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado moderno*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1991.
- JAMES, Daniel, *Resistencia e integración*, Buenos Aires, Sudamericana, 1990.
- JAURETCHE, Arturo, *Política nacional y revisionismo histórico*, Buenos Aires, Ediciones Corregidor, 2006.
- KELSEN, Hans, *Teoría comunista del Derecho y el Estado*, Buenos Aires, Emecé, 1957.
- , *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2015.
- LACLAU, Ernesto, *Política e ideología en la teoría marxista. Capitalismo, fascismo, populismo*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 1978.
- , *La razón populista*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- , *Debates y combates. Por un nuevo horizonte de la política*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008.

- , y MOUFFE, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- MARTINI, Mara, *Derecho y marxismo: una semblanza de E. B. Pashukanis*, consultado en [http://www.laizquierdadiario.com/Derecho-y-marxismo-una-semblanza-de-E-B-Pashukanis?id_rubrique=1714] el 18/10/2016.
- MARX, Karl, *Contribución a la crítica de la economía política*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 1980.
- MOUFFE, Chantal, "Hegemonía e ideología en Gramsci", en SUÁREZ, Hernán, *Antonio Gramsci y la realidad colombiana*, Bogotá, Ediciones Foro Nacional por Colombia, 1991, pp. 167-227.
- , *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1999.
- , *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- MORENO CRUZ, Rodolfo, "El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 120, México, UNAM, 2007, pp. 825-852.
- MURPHY, Jeffrie G., "Marxismo y retribución", en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volumen n° 17, Buenos Aires, Universidad Torcuato Di Tella, 2016.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- , *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- , "El derecho constitucional frente a la llamada 'crisis de la democracia'", en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, n° 103, México, UNAM, 1987, t. 1, pp. 305-319.
- , *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- , "Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Volumen n° 5, Alicante, Universidad de Alicante, 1989, pp. 93-110.
- , y ZAFFARONI, Raúl E., "El debate Nino-Zaffaroni y las teorías de la pena", en *Revista Programma*, Volumen 1, Buenos Aires, Universidad Nacional del Sur, 2006.
- , *Una teoría de la justicia para la democracia: hacer justicia, pensar*

- la igualdad y defender libertades*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013.
- , *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- O'DONNELL, Guillermo, "Democracia delegativa", en *Journal of Democracy*, Vol. 5, Baltimore, National Endowment for Democracy and The Johns Hopkins University Press, 1994, pp. 55–69.
- OSORIO, Miguel, "La fijación de la mentalidad jurídica", en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, Año V, n° especial, Buenos Aires, 2011.
- PANIZZA, Francisco (comp.), *El populismo como espejo de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009.
- PASUKANIS, Evgeny, *Teoría general del derecho y marxismo*, Madrid, Labor Universitaria, 1976.
- PERÓN, Eva, *La razón de mi vida*, Buenos Aires, Peuser, 1951.
- PERÓN, Juan D., *Doctrina Peronista*, Buenos Aires, Ediciones "Mundo Peronista", 1947.
- , *Conducción política*, Buenos Aires, Ediciones "Mundo Peronista", 1952.
- , *La hora de los pueblos*, Madrid, Editorial Norte, 1968.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 2009.
- SIDICARO, Ricardo, *Los tres peronismos. Estado y poder económico. 1946–55/1973–76/1989–99*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2002.
- STUČKA, Pēteris I., *La función revolucionaria del Derecho y el Estado*, Barcelona, Península, 1974.
- TORRE, Juan C., *Los años peronistas (1943–1955)*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2000.
- VYSHINSKY, Andrey, *The Law of the Soviet State*, Londres, Greenwood Press, 1979.
- ZAFFARONI, Raúl E., *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1998.
- , *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- ŽIŽEK, Slavoj, *Ideología: un mapa de la cuestión*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.