

Una Filosofía del Derecho situada y posicionada:
visibilizar el conflicto para disputar
la celebración de la juridicidad

*A situated and positioned Philosophy of Law:
making the visibility of the conflict to dispute
the celebration of juridicity*

Por MAGGY (M.^a ÁNGELES) BARRÈRE UNZUETA
Universidad del País Vasco/EHU

RESUMEN

Este texto recoge una visión particular de la Filosofía del Derecho, en tanto situada y posicionada. Lo primero porque parte de la experiencia y la subjetividad de quien le da voz. Lo segundo porque en el texto se defiende una concepción instrumentalista del Derecho con fines contra-hegemónicos. Para estructurar la exposición de esta particular visión iusfilosófica se utiliza la distinción entre la Filosofía como teoría y como práctica. En el apartado relativo a la Filosofía como teoría se analizan diversas posturas sobre la relación entre el Derecho y el Poder. En el apartado de la Filosofía como práctica se incluye la labor de la Clínica Jurídica por la Justicia Social de la UPV/EHU en el diseño de estrategias antisubdiscriminatorias.

Palabras clave: Filosofía del Derecho, prácticas jurídicas contra-hegemónicas, Derecho y Poder, Clínica Jurídica por la Justicia Social, estrategias antisubdiscriminatorias.

ABSTRACT

This paper gathers a situated and positioned conception of the Philosophy of Law. The first because it starts from the experience and subjectivity of the person who gives it a voice. The latter because it defends an instrumentalist conception of Law for counter-hegemonic purposes. To structure this particular iusphilosophical vision, the distinction between Philosophy as theory and as practice is used. In the section on Philosophy as a theory, various approaches on the relationship between Law and Power are analyzed. The Philosophy as practice section includes the experience of the Legal Clinic for Social Justice of the UPV/EHU in the design of antisubordiscriminatory strategies.

Keywords: Philosophy of Law, counter-hegemonic legal practices, Law and Power, Legal Clinic for Social Justice, antisubordiscriminatory strategies.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. FILOSOFAR SOBRE EL DERECHO Y EL PODER. 2.1 *Derecho y poder desde las teorías institucionalistas.* 2.2 *El poder como hegemonía.* 2.2.1 *Conflicto y exclusión: ¿lo político sin lo jurídico?* 2.2.2 *El derecho como práctica contra-hegemónica.* – 3. UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO PRÁCTICA SITUADA. 3.1 *Una clínica jurídica de estrategias antisubordiscriminatorias.* 3.2 *Una teoría crítica del derecho antidiscriminatorio.*

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. PHILOSOPHING ABOUT LAW AND POWER. 2.1 *Law and power from the institutionalist theories.* 2.2 *Power as hegemony.* 2.2.1 *Conflict and exclusion: the political without the juridical?* 2.2.2 *Law as counter-hegemonic practice.* – 3. A PHILOSOPHY OF LAW AS A SITUATED PRACTICE. 3.1 *A legal clinic for antisubordiscriminatory strategies.* 3.2 *A critical theory of anti-discrimination law.*

1. INTRODUCCIÓN

Afortunadamente, este texto responde a una amable invitación y, por tanto, no constituye un ejercicio de oposición. Esto permite encarar la propuesta de «reflexionar sobre el presente y el futuro de la Filosofía del Derecho» sin necesidad de afrontar la disyuntiva de tener que elegir entre especular sobre lo que significa –y puede significar en un futuro– filosofar sobre el Derecho y compendiar teorías o posturas referidas a lo que el Real Decreto correspondiente considera que debe ser el contenido de la disciplina. Liberada, pues, del corsé del ejercicio de oposición y, por tanto, de la alternativa de la especulación o del compendio,

en las páginas que siguen trataré de ofrecer una breve panorámica sobre lo que significa en mi contexto particular pensar la Filosofía del Derecho y qué derroteros me gustaría que siguiera en un futuro cercano –pues no me atrevo a mirar muy lejos– la teoría y la práctica de esta disciplina. Pero que no se asuste la Academia ni el Ministerio correspondiente. Mis clases de Filosofía del Derecho, insertas en el reducto de la Teoría del Derecho que nos quedó tras la última reforma del plan de estudios en la Facultad de Derecho de la UPV/EHU, no solo parten, sino que refuerzan el pluralismo, tanto a la hora de exponer teorías filosófico-jurídicas, como a la hora de propiciar que afloren ideas y pareceres del alumnado.

Focalizar el texto en una visión de la Filosofía del Derecho ajustada al contexto personal es un modo de reconocer la falta de neutralidad del filosofar. De hecho, se trata de trasladar a la Filosofía del Derecho lo que el feminismo lleva proponiendo desde hace más de tres décadas a la teoría: un «conocimiento situado»¹ en el que se ponga en evidencia el lugar del que se parte y la subjetividad de quien investiga. Una especie de requisito de honestidad intelectual basado en el presupuesto de que todo conocimiento es parcial y situado, de que la neutralidad no existe, ni en la ciencia a la que se refiere Haraway ni –añadimos– tampoco en la Filosofía. En este sentido, lo que se hace es reconocer que no me presento con «la voz invisible y anónima de la autoridad», sino como alguien real «con deseos e intereses particulares y específicos»².

En el «situar» la Filosofía del Derecho que se plantea y que, en la medida de lo posible, se practica, no sobra el relato de experiencias que, por así decir, marcan la vida. A mí me marcaron especialmente tres. Cuando tenía trece años nos hicieron en el colegio un test –supuestamente de inteligencia– y, en un apartado del mismo, se nos preguntaba qué queríamos ser de mayores. Influenciada a todas luces por la profesión de mi padre (radiotelegrafista en un barco de pesca) y por un viaje por mar en el que le habíamos acompañado (pues conmigo iban mi madre y mi hermano), tuve muy claro qué poner: quería ser «capitán de barco». Cuando se recibió el sobre con los resultados en casa y mi madre lo abrió, me miró con una sonrisa compasiva y pronto supe por qué. A comienzos de los años setenta a las mujeres no se les permitía estudiar Náutica (carrera que, por cierto, acabó cursando mi hermano). La segunda experiencia se remonta a la misma época, pues tenía también trece años cuando falleció mi padre y mi madre se quedó con la pensión de viudedad mínima y dos adolescentes a los que no iba a poder pagar estudios universitarios. La tercera experien-

¹ HARAWAY, D. J., *Ciencia, ciborgs y mujeres. La invención de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1995, esp. cap. 7.

² HARDING, S., «Introduction. Is there a feminist method?», en HARDING, S. (ed.), *Feminism and Methodology*, Bloomington e Indianapolis, Open University Press, 1987, p. 9.

cia fue la de la dictadura, que marcó mi adolescencia con dinámicas de activismo y clandestinidad.

Este tipo de experiencias te «sitúan» en el mundo, te hacen saber lo que puedes y no puedes hacer en él, te hacen pensar o «filosofar» primariamente sobre lo justo y lo injusto, sobre lo admisible y lo rechazable, sobre la sociedad que quieres y la que no. También vas aprendiendo sobre el papel de la legislación en los condicionamientos impuestos, a veces de manera harto humillante, como cuando, para aprobar una asignatura de Derecho civil en la universidad, tienes que reconocer como «válida» la norma según la cual, si te casaras con el compañero de mesa, él sería el encargado de administrar los bienes, y encima te dicen que contenta tienes que estar, pues para aprobar la asignatura solo unos pocos años antes, además de eso hubieras tenido que validar que estabas obligada a obedecerle, a seguirle donde quisiera fijar su residencia, a pedirle permiso para comprar o vender bienes, etc., es decir, a reconocerte en una incapaz o menor de edad. Se trata, efectivamente, de vivencias personales pero que, si las traigo a colación, es porque no son experiencias «anecdóticas». Por lo mismo que a mí me truncaron los ideales en la infancia de capitanear un barco, a otras compañeras les truncaron los de ser juezas, bomberas, militares o mineras, por no hablar de quienes no tuvieron oportunidad, ni remotamente (que no fue mi caso), de estudiar una carrera.

Claro que no iríamos muy lejos si la reflexión filosófica se construyera únicamente sobre experiencias propias (o ajenas), pero las relatadas –que, obviamente, representan solo la punta del iceberg de otras muchas acumuladas a lo largo de la vida– ayudan a comprender los derroteros de la mía y del porqué, además, de «situada», «mí» Filosofía del Derecho está «posicionada» o, por así decir, pasa de lo personal a lo político. En esta politicidad ha influido decisivamente la Filosofía y la Teoría feministas en tanto presentaban la única respuesta explicativa a la situación de opresión –o, en mis términos, de «subdiscriminación»³– vivida y compartida con otras mujeres. Entre las aportaciones de los feminismos o, mejor, de un feminismo que hoy reivindicó como plural e inclusivo⁴, el concepto de patriarcado como sistema de poder me sigue pareciendo fundamental⁵. Sin él no hubiera sido posible relacio-

³ Como he explicado en otro lugar, utilizo el término «subdiscriminación» para separarme del concepto de discriminación dominante hoy por hoy en la cultura jurídica. *Vid.* al respecto BARRÈRE UNZUETA, M., «Filosofías del Derecho antidiscriminatorio. ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXIV, 2018, pp. 11-42.

⁴ Para ilustrar lo que entiendo por feminismo plural e inclusivo me remito a las contribuciones de MESTRE I MESTRE R. M., «Recuperar feminismo», *e-mientrastanto*, núm. 199, 2021; y de ALMIRÓN MENGÍBAR, A., «Por una política feminista de alianzas en torno a la precariedad, la pobreza y la exclusión», *e-mientrastanto*, núm. 200, 2021.

⁵ Las definiciones del patriarcado se pueden contar por docenas; sirva en este caso la que lo considera como un conjunto de elementos (normas, mitos, estereotipos, ideologías, roles, etc.) que, reforzado por la coacción y la coerción, permea los

nar fenómenos de subordiscriminación que se concitan en las mujeres en relación a los hombres⁶. Otra cosa es que el concepto de patriarcado resulte insuficiente para explicar las «desigualdades complejas»⁷ en las que las mujeres aparecen jerarquizadas entre sí y de que, por ello, la idea de la interseccionalidad haya resultado fundamental, pero esto último no le quita potencial explicativo al concepto sino, en todo caso, lo amplía⁸. Tampoco supone renunciar a otros instrumentos explicativos de las estructuras y relaciones de poder como los provenientes de la postmodernidad⁹. De lo que se trata es, precisamente, de aunar propuestas que permitan detectar sujetos y nichos de subordiscriminación a partir de los cuales articular nuevos derechos.

En este contexto de feminismos jurídicos¹⁰, que considero parte del pensamiento crítico en general¹¹, y emparentado con las teorías críticas del Derecho en particular¹², se inscribe mi Filosofía del Derecho¹³. Muy resumidamente, esta gira en torno a dos ideas concatena-

«dominios» o estructuras sociales (familia, política, trabajo, etc.) y hace que, en general, los hombres se sitúen en una posición de privilegio frente a las mujeres.

⁶ Por ejemplo, relacionar el menor salario de las mujeres con que sean ellas quienes trabajen a tiempo parcial, quienes se ocupen principalmente de las tareas domésticas y de cuidado, quienes sufren mayoritariamente acoso y agresiones sexuales, quienes encuentran mayores dificultades para acceder a puestos políticos y de poder en general, quienes encuentran que han sido objetos y no sujetos de los saberes disciplinares, etc.

⁷ Vid. MORONDO, D., DE LA CRUZ, C. y LA SPINA, E. (Coords.), *Desigualdades complejas e Interseccionalidad. Una revisión crítica*, Madrid, Dykinson, 2021, pp. 275.

⁸ Sobre los sistemas de poder como conjuntos superpuestos, pero no saturadores ni anidados vid. WALBY, S., «Complexity Theory, Systems Theory, a Multiple Intersecting Social Inequalities», *Philosophy of the Social Sciences*, 37, 2007, pp. 449-470.

⁹ Como ya he precisado en otro lugar (BARRÈRE UNZUETA, M., «Filosofías del Derecho antidiscriminatorio...», *op. cit.*), acudir a los sistemas es solo un recurso explicativo del privilegio y la subordinación que no excluye la utilidad de otros. Entre ellos, además del de poder como relación cabe mencionar el concepto de «dispositivo» de Foucault, entendido como una red que une elementos heterogéneos como discursos, instituciones, leyes, estructuras, etc. y que, por ejemplo, permite hablar de la Teoría del Derecho como de un dispositivo más. Vid. al respecto GARCÍA LÓPEZ, D., «Desterritorializar el dispositivo de la teoría del derecho. Hacia una ontología político-jurídica de la actualidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXVI, 2020, pp. 225-250 (esp. p. 241 y ss.).

¹⁰ COSTA, M., *Feminismos jurídicos*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2016, pp. 265. De los feminismos jurídicos forma parte hoy en día una producción bibliográfica que resulta profusa no solo dentro de nuestras fronteras sino incluso dentro del ámbito de la filosofía jurídica. Aun siendo consciente de que omito los nombres de mucha gente joven relevante considero de justicia traer por lo menos a colación la obra de iusfilósofas feministas como Ana Rubio Castro, Encarna Bodelón González, Juana M.^a Gil Ruiz, Arantza Campos Rubio, Elena Beltrán Pedreira, Ruth Mestre i Mestre o Dolores Morondo Taramundi.

¹¹ Sobre el «pensamiento crítico» me remito a BARRÈRE UNZUETA, M., *Filosofías del Derecho antidiscriminatorio...*, *op. cit.*, pp. 321 y ss.

¹² Sobre las teorías críticas del Derecho, vid. p. ej. ATIENZA, M., *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Madrid, Pasos perdidos, p. 28.

¹³ Vid. en lo fundamental BARRÈRE UNZUETA, M. A., *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un Derecho antidisordiscriminatorio*. Santiago de Chile. Olejnik, 2019, 355 pp.

das: 1) que las relaciones sociales están influenciadas por sistemas de poder basados en categorías más o menos estructurantes (sexo-género, clase, raza, capacitismo, adultismo, binarismo/heteronormativismo, etc.) que producen privilegios y subordinación; y 2) que en una sociedad donde el sexismo, el racismo, el clasismo, el capacitismo, etc. son «endémicos», no hay un Derecho «inocente».

Un planteamiento de este tipo no solo exige reflexionar sobre la relación entre Derecho y Poder en la historia de la filosofía jurídico-política, sino, más específicamente, sobre la manera en la que «cierta» conceptualización del Derecho vinculada al poder político, reconociendo o negando derechos, contribuye al privilegio y la subordinación. También permite comprender que una Filosofía del Derecho esté acompañada de una «práctica» de la Filosofía del Derecho, igualmente situada y posicionada; práctica que no coincide exactamente con lo que sería la «aplicación» de la Filosofía del Derecho¹⁴.

La práctica «situada» de la Filosofía del Derecho tiene que ver con la experiencia de mis años de estudiante y con la configuración, tanto entonces como ahora, de la carrera de –o grado en– Derecho. Los estudios de Derecho que cursé fueron decepcionantes, sin el más mínimo resquicio para cumplir ideales de justicia o de transformación social, a pesar del afán de cierto profesorado precarizado (entonces PNNs). Se podría pensar que el motivo radica en que realicé mis estudios mayormente durante la dictadura, pero la docencia en las aulas durante casi cuarenta años me lleva a pensar que la cuestión de fondo no está ahí y que la supresión de la asignatura de Filosofía del Derecho en la última reforma del plan de estudios (hablo de mi universidad, pero no creo que sea la única) no es ajena a la conformación de un modelo de jurista supuestamente «técnico» pero, en realidad, «tecnificado» y, por ende, «ajenizado» de las desigualdades y de las cuestiones de injusticia social. De ahí que la Filosofía del Derecho en mi caso se plantee también como una Filosofía de acción o, más estrictamente, de transformación, no solo de las relaciones de poder, sino del modelo de jurista que predomina en mi Facultad y –me temo– en muchas otras Facultades de Derecho. El trabajo continuado de intervención social o la actividad continuada a nivel institucional que constituye la práctica situada y posicionada de la Filosofía del Derecho toma cuerpo en mi caso en la Clínica Jurídica por la Justicia Social de la Facultad de Derecho

¹⁴ Para ilustrar la diferencia entre la práctica y la aplicación de la Filosofía del Derecho me sirvo de Judith Butler. Dice esta filósofa estadounidense que, aun siendo la teoría en sí misma transformadora, no es suficiente para la transformación política y social; que «[d]ebe darse algo junto a la teoría, por ejemplo, intervenciones a niveles políticos y sociales que impliquen ciertas acciones, un trabajo continuado y una práctica institucional, que no es exactamente lo mismo que el ejercicio de la teoría». BUTLER, J., *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós, 2010, pp. 289-90. Aunque no sea momento ni lugar para ahondar en la cuestión, es inevitable la reminiscencia del concepto de praxis –más que de Marx– de Freire.

de la UPV/EHU (CJJS), una estructura al servicio de objetivos inconformistas¹⁵ en un contexto de escucha y colaboración con personas y colectivos subdiscriminados por intersecciones como la clase, la raza o el género, abriendo de este modo nuevas dimensiones al aprendizaje sobre el Derecho y sus funciones. En esa apertura se encuentran el aumento de la sensibilidad y la comprensión de lo que significan el privilegio y la subordinación y cómo operan en la vida de las personas, pero también el germen de estrategias jurídicas antisubdiscriminatorias.

De conformidad con la mencionada distinción entre la Filosofía del Derecho como teoría y como práctica, este texto se articulará en dos grandes epígrafes que siguen a esta Introducción. En el primero, se tomarán en consideración una serie de planteamientos sobre la relación entre Derecho y poder que se utilizarán para justificar el modelo de Filosofía del Derecho como «teoría» que se defiende (epígrafe 2). En el segundo, se ilustrará el concepto de Filosofía del Derecho como «práctica» a partir de la experiencia de una estructura universitaria como es la ya mencionada CJJS (epígrafe 3).

2. FILOSOFAR SOBRE EL DERECHO Y EL PODER

La relación entre el Derecho y el Poder es una constante del feminismo jurídico como teoría crítica del Derecho. Primero se le reprocha a Marx haberse «olvidado» del patriarcado, pero se usa su crítica al Derecho para poner de relieve el contraste entre el lenguaje de la igualdad jurídica y las desigualdades reales que sufren las mujeres. El feminismo jurídico también se inspira en Foucault para caracterizar al Derecho como un discurso que construye categorías (como la misma de mujer) tanto por acción (atribuyéndole ciertos derechos) como por omisión (y por tanto negando otros)¹⁶. Pero en la construcción de esa relación no se emplea un concepto de poder o un concepto de Derecho *ex novo*, sino que se parte de una conceptualización más o menos lexi-

¹⁵ Según se recoge en el propio Reglamento de la CJJS, estos cinco: 1) Poner en contacto al alumnado de la Facultad de Derecho con casos de personas y grupos que viven situaciones graves de injusticia provocadas por los sistemas de poder aislados (género, clase, raza, discapacidad, nacionalidad, orientación e identidad sexual, etc.) o por su intersección; 2) Generar instrumentos de análisis y canalización jurídica de los casos (ingeniería de derechos) conjugando las enseñanzas aprendidas en los estudios con la experiencia de las asociaciones y organizaciones implicadas en el activismo social; 3) Plantear reformas en las enseñanzas jurídicas que permitan la transversalidad de la reflexión sobre los sistemas de poder; 4) Contribuir a la labor que llevan a cabo los poderes públicos en sus políticas de justicia social, sugiriendo posibles áreas de intervención o de mejora; 5) Diseñar programas de *Street Law* que sirvan para acercar el Derecho a la ciudadanía.

¹⁶ *Vid.* para no extendernos con excesivos nombres en la cita, COSTA, M., *Feminismos jurídicos*, op. cit. pp. 13-20.

cal para, a partir de ella, construir la crítica. Quiero decir que lo que se critica no es tanto la naturaleza del concepto (un producto o dispositivo normativo del poder político institucionalizado) como el poder celebrativo de la juridicidad que le acompaña¹⁷, teniendo en cuenta a este respecto que, como señala Óscar Correas, «La juridicidad (*sic*) no es (...) otra cosa que una ideología de celebración del poder, de esa clase que reclama a su sistema como el único válido y que, por eso mismo, se ufana en llamarlo «derecho»; o que «derecho» es el adjetivo que un sistema que tiene el poder se da a sí mismo, y que adjudica al propio sistema que comanda y, si es posible, lo difunde como imaginario social en los súbditos».

Subrayo lo anterior porque hay planteamientos iusfilosóficos que loablemente muestran su inclinación a aproximarse al Derecho desde lo social¹⁸, o incluso desde lo político, pero si dicha aproximación se queda en la mera adopción de «una metodología sociológica para aprehender la noción de derecho»¹⁹, no sería suficiente para disputar esa celebración del poder²⁰ que es, en lo que aquí respecta, de lo que se trata. La adopción de una perspectiva sociológica o antropológica resulta indispensable para saber qué entiende la gente por Derecho y si se entiende lo mismo aquí que allí o antes que ahora, pero no representa por sí misma una aproximación crítica. Es más, como se verá seguidamente, ese tipo de perspectivas también son empleadas y promovidas por ciertas teorías del Derecho de corte institucionalista y no por ello entran en el ámbito de las teorías críticas.

2.1 Derecho y poder desde las teorías institucionalistas

La imagen de la relación entre Derecho y Poder en la filosofía jurídica y política tradicional es la de una especie de partido de ping-pong en el que la pelota va de derecha a izquierda y de izquierda a derecha en una dinámica sin fin ni cambio de recorrido: en un lado de la mesa se sitúan quienes ven en el Derecho el origen del poder y en el otro

¹⁷ Vid. CORREAS, O., *El pluralismo jurídico. Un desafío al Estado contemporáneo* (<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5073127.pdf>, s.f. p. 95, ambas citas). Vid. también, más en profundidad, el apartado «La juridicidad» en *La teoría general del derecho frente a la historia del derecho*, <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/19/75/02correas.pdf>, s.f. p. 27 y ss.

¹⁸ BODELÓN GONZÁLEZ, E., «Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico», en NICOLLAS, G. y BODELÓN, E. (Comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Barcelona, Anthropos, 2009, p. 95.

¹⁹ LLODERO ALIX, L., Apuntes para una crítica ideológica a Principia Iuris de Luigi Ferrajoli. Por una (meta)teoría popular del derecho, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26, 2012, p. 62.

²⁰ Celebración del poder en la que, sobra decirlo, descansa mayormente su legitimación.

quienes ven en el poder el origen del Derecho²¹. A diferencia de esas posturas, en las últimas décadas han logrado un espacio propio elaboraciones inspiradas en la teoría institucional del Derecho²² que pretenden no tener que situarse en esa disyuntiva. Concibiendo al Derecho como «hecho institucional» se enfatiza el origen socio-político de todas las normas, incluidas las jurídicas. Esta construcción resulta particularmente atractiva para quienes, por uno u otro motivo, no se avienen a la reconducción del Derecho al poder político (estatal), sin embargo, no se logra presentar un concepto descriptivo del Derecho al margen del poder político constituido.

En un librito titulado *Derecho, poder y dominio*²³, el iusfilósofo italiano Massimo La Torre ofrece una interesante construcción sobre el tema que nos ocupa²⁴. Son decenas de autores y corrientes los que examina La Torre en una crítica que comienza por el positivismo jurídico de Austin y pasa por el marxismo para terminar con su propuesta inscrita, en términos generales, en el normativismo. Del iuspositivismo de Austin (prescriptivismo para él) critica su concepción del Derecho como expresión del poder político, y a este como potencia, fuerza o violencia²⁵ y del marxismo «en especial soviético»²⁶ su manera de pensar el Derecho —en concreto Vysinskij— como voluntad del poder²⁷. Teniendo en cuenta que La Torre basa su obra en la crítica al positivismo jurídico, es comprensible que dedique especial ahínco a cuestionar la tesis kelseniana según la cual los conceptos de Estado y ordenamiento jurídico podrían intercambiarse. Contra esta tesis utiliza una objeción que considera insuperable: «¿dónde se encuentra el Estado en aquellas sociedades que «aun poseyendo un sistema jurídico» no presentan institución alguna caracterizada por el monopolio de la fuerza que Kelsen considera el rasgo distintivo del Estado?»²⁸. En una línea parecida, La Torre arremete contra la teoría imperativista de la coactividad afirmando que «[q]uien sostiene que el

²¹ Un ejemplo claro de esta polarización se ve en la confrontación entre Hans Kelsen y Carl Schmitt en la primera mitad del siglo pasado reconstruida no hace mucho en una publicación *ad hoc*. Vid. CORDOVA VIANELLO, L., *Derecho y poder: Kelsen y Schmitt frente a frente*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2009, 320 pp.

²² Particularmente la de Neil MacCormick y Ota Weinberger, quienes escriben conjuntamente *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, Kluwer, 1986.

²³ LA TORRE, M., *Derecho, poder y dominio*, México D. F., Fontamara, 2004 (1.^a ed. 1998).

²⁴ Como muestra del interés por la teoría institucional del Derecho de La Torre, *vid.* entre otras publicaciones, «Teorías institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)», *Derechos y libertades*, n. 14, 2006, pp. 103-112.

²⁵ *Ibidem*, esp. pp. 8-16.

²⁶ *Ibidem*, p. 37. Por autores del marxismo soviético se refiere a Pasukanis, Stucka y Vysinskij.

²⁷ La Torre basa su selección en que «Lenin y sus secuaces» se habrían remontado siempre a Marx y Engels, y no sería su tarea (es decir, la de La Torre) examinar la fidelidad o no a tal referencia. *Ibidem*, p. 38.

²⁸ *Ibidem*, p. 72, cursiva añadida. No aclara sin embargo La Torre qué le lleva a decir que esas sociedades poseen un sistema *jurídico*.

derecho es mando y que este es sustancialmente un hecho arbitrario y violento, o que el derecho es política y que ésta es violencia, no puede discernir –al interior de un determinado grupo social– un estado de paz de un estado de guerra»²⁹. De ello deduce que si «el derecho no puede concebirse en términos de mando (...) resulta claramente en un fenómeno jurídico que (...) es la costumbre»³⁰.

Así pues, desvinculando al Derecho del poder (estatal), arbitrario y violento, La Torre extiende el «fenómeno jurídico» a lo social. Con esto desplaza el tema de la juridicidad a la costumbre, pero no especifica qué diferenciaría una costumbre social de una jurídica ni cómo se estructura el poder en la costumbre. Es más, como ejemplo de la visión antropológica del ser humano como *animal symbolicum* o «normativamente determinado»³¹, nos presenta el del campesino siciliano que mata a la esposa infiel, porque existe una regla social (no escrita) que prescribe la muerte como castigo de una traición; una regla que –precisa La Torre– «estaba basada en una imagen y en un determinado «concepto» del «ser hombre» (en la acepción del así llamado «hombre de honor»)»³², pero no aparece por ninguna parte en esa determinación normativa de lo simbólico (de quién es o de dónde procede) el poder de definir qué significa «ser hombre» (o, se entiende, «ser mujer»). Por lo demás, disolver lo jurídico en lo socio-político no le exime de, llegado el momento, tener que lidiar con un concepto de Derecho vinculado al poder político instituido. Solo que el reconocimiento de Derecho para este último caso lo hace con la boca pequeña o disimuladamente. Para ello reserva la etiqueta de «derecho en sentido estricto» para designar la «politicidad social», mientras para hablar de la jerarquización política –que, en contraposición a lo anterior cabría designar como «derecho en sentido lato»– reserva el nombre de «dominio». En sus propios términos: «Queda por definir qué es el derecho en sentido estricto y por diferenciar la politicidad intrínseca del ordenamiento social (...) y los fenómenos de jerarquía política que propongo definir [rec. denominar] “dominio”»³³.

En definitiva, sin llegar a identificar de una manera descriptiva lo jurídico en la costumbre, La Torre utiliza «dos» acepciones de Derecho.

²⁹ *Ibidem*, p. 78. Vale la pena destacar el énfasis extremo de la visión de dicha teoría y de su prueba de validación: guerra o paz.

³⁰ *Ibidem*, p. 79.

³¹ *Ibidem*, p. 92.

³² *Ibidem*, p. 93, todas las citas.

³³ *Ibidem*, p. 95. Para La Torre «hay dominio ahí donde las normas “institucionales” (...) estén hipostatizadas y sustraídas a la disponibilidad de los asociados» (*Ibidem*). A partir de aquí y caracterizando al nivel institucional como «el típicamente “jurídico y político”» ofrece dos versiones sobre el origen del dominio, según sea resultado inconsciente o consciente por los asociados o miembros del grupo (*Ibidem*, p. 99). Lástima que, en esta construcción tan interesante de La Torre, no haya lugar para otros tipos de «dominio» como el sustentado en la institucionalización del honor que es ejercitado por el campesino siciliano que mata a la esposa infiel.

Por un lado, lo que propone denominar «derecho en sentido estricto», se disuelve en la «politicidad de lo social» y en esa politicidad de lo social «germinaría» el nivel institucional «jurídico y político» del dominio. De este modo, el poder político instituido, que es expulsado del concepto de Derecho «en sentido estricto», vuelve a entrar por la ventana a través del concepto de dominio o derecho «en sentido lato».

El segundo planteamiento que se tomará en consideración es el de Francisco Laporta en su trabajo «Poder y Derecho»³⁴. En este caso, Laporta comienza apartando desde el inicio la cuestión de la juridicidad de un plumazo al «asumir» que «todos tenemos una concepción razonablemente precisa de lo que el “derecho” es»; un punto de partida que le permite pasar directamente al análisis sobre las concepciones y discusiones sobre «la naturaleza del poder»³⁵. En su análisis son Weber y Dahl los autores más relevantes. Así, definiciones del poder ya clásicas de ambos³⁶ son expuestas y consideradas también desde una perspectiva crítica. Uno de los focos principales de esa crítica va dirigido a la insuficiencia de las visiones de dichos autores «para dar cuenta de las manifestaciones más profundas y características del poder humano»³⁷. La tradición Weber-Dahl en la caracterización del poder vería a este «como una relación “fáctica” entre “individuos” (o sujetos individualizados)», siendo el ejemplo más inmediato «el del individuo corpulento que se impone sobre el pacífico y débil mediante amenazas»³⁸. Sin embargo, aun reconociendo a esta como una relación de poder –señala Laporta– «la idea de que alguien tiene poder en este sentido es tan limitada y se halla empíricamente tan reducida a relaciones humanas simples, esporádicas e irrelevantes que resulta impropia para tratar de dar cuenta de esa trama tan compleja y profunda que forman (...) las relaciones de poder en una sociedad moderna»³⁹. En esta línea –añade poco más adelante– «La inmensa mayoría de experiencias de poder que se dan en nuestras sociedades se producen en el seno de prácticas sociales complejas articuladas mediante normas sociales», lo que le lleva a cuestionar el modelo Weber-Dahl: «el poder, al menos en sus formas más importantes de expresión, no es un fenómeno “individual” que pueda ser descrito en términos de puros “hechos”, sino que es un fenómeno “colectivo” del que solo podemos dar cumplida cuenta si tenemos en cuenta la presencia de “normas” en

³⁴ LAPORTA, F., «Poder y derecho», en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. J. (eds) *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 441-453.

³⁵ *Ibidem*, p. 441 ambas citas.

³⁶ De Weber la de que «Poder significa la probabilidad [«Chance»] de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad»; de Dahl la de que «A tiene poder sobre B en la medida en que puede conseguir que B haga algo que B no haría de otro modo», *Ibidem*, p. 443.

³⁷ *Ibidem*, p. 445.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

la vida social. El poder es algo inserto en la estructura misma de las sociedades y creado y producido por prácticas sociales complejas de naturaleza normativa»⁴⁰.

Para Laporta esta conclusión es relevante por el mismo motivo que ya habíamos visto enunciado por La Torre, es decir, porque se enfrenta a la tradición teórica que se remonta a Hobbes y que da por supuesto que el Derecho tiene su explicación última en la voluntad de quien fácticamente detenta el poder. Y también es similar la vía de salida que propone: «si no es posible hacer una descripción de ese alguien «individual» que «fácticamente» detenta el poder porque no aparece empíricamente por ningún lado, deberemos primero dar cuenta de ese orden normativo social anterior sin el que ni se entiende ni se produce ese tipo de poder». Esto significa recurrir a la idea de la institucionalización, proceso que Laporta describe también de maneja similar a la de La Torre: «dada la existencia de una colectividad humana, la aparición en su seno de problemas de coordinación y conflicto que demandan una respuesta colectiva tiende a producir la emergencia de ciertas prácticas sociales, prácticas en las que las acciones individuales están predefinidas por una estructura de reglas de comportamiento que coordinan las conductas individuales» y que, a su vez, requieren de «una agencia fiable, rápida y cierta que las produzca y determine. La constitución de esa agencia es (...) la definición del poder social»⁴¹. Solo que, a diferencia de La Torre, llegado a este punto Laporta no se ve en la necesidad de definir el Derecho pues, o lo da por presupuesto (como ya se vio), o lo plantea como una cuestión abierta, pero pendiente de resolver⁴². Eso sí, en el planteamiento de Laporta aflora algo que en el de La Torre no se mencionaba: la referencia al «conflicto» social y a la importancia del mismo a la hora de explicar la emergencia de esas prácticas sociales predefinidas por reglas de comportamiento, solo que la referencia se queda en eso, en una mera mención que no obtiene ulterior desarrollo.

El tercer planteamiento es el de Joxerramon Bengoetxea⁴³, uno de los estudiosos más profundos de la obra –y cercanos a la persona– de MacCormick. De hecho, en un exhaustivo estudio sobre la obra del iusfilósofo escocés⁴⁴, Bengoetxea nos ofrece una semblanza de aquél que

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 445-446. Merece la pena destacar en esta consideración de Laporta, por lo demás extensible a sus fuentes, la identificación (injustificada) entre lo individual con lo factual y lo colectivo con lo normativo.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 446-447.

⁴² En sus términos: «Recorrer el camino que hay entre (...) una taxonomía precisa de lo que es el poder en la sociedad humana, y aquella otra práctica social a la que llamamos derecho, y en particular a las normas de competencia que integran esa práctica, sería dar una respuesta precisa y rigurosa al problema de las relaciones empíricas entre poder y derecho», *Ibidem*, p. 447.

⁴³ BENGOTXEA, J., *Diálogos judiciales y Autogobierno. Estudio socio-jurídico sobre un epifenómeno de la Justicia en Euskadi, en España y en Europa*, Instituto Vasco de Administración Pública, 2022.

⁴⁴ BENGOTXEA, J., *Neil MacCormick y la Razón Práctica Institucional*, Lima, Grijley, 2015.

ofrece interesantes claves interpretativas sobre la teoría institucional del Derecho. Señala de MacCormick, por ejemplo: a) que su definición del Derecho como «ordenamiento normativo institucional» conllevaba «una pretensión de validez y legitimidad y (...) una apertura a fenómenos pluralistas al no depender conceptualmente del estado»⁴⁵; y b) que «no se interesaba por el “poder”, desde un punto de vista foucaultiano, ni marxista ni metafísico»⁴⁶. Se trata de dos aspectos significativos de la obra de MacCormick porque apuntalan cuestiones que se vienen destacando también entre quienes siguen un modelo institucionalista del Derecho: a) que la teoría institucional del Derecho incorpora una pretensión de legitimidad; y 2) que prescinde de una morfología del poder que resulta clave para el pensamiento crítico.

La característica mencionada en segundo lugar resulta especialmente significativa para analizar el concepto de Derecho del propio Bengoetxea, con el que, tomando en consideración el conflicto, pretende completar la aportación de MacCormick. Bengoetxea propone definir al Derecho como: «un proceso de comunicación normativa institucionalizada que genera un orden, un cierto equilibrio en un campo social determinado y cuando este equilibrio se quiebra y surge el conflicto, lo aborda mediante normas y procesos institucionales»⁴⁷. Según este planteamiento, el Derecho es un orden normativo institucional y el conflicto es algo «ajeno» que quiebra el orden institucionalizado previo. De este modo, se cierra cualquier posibilidad de incorporar planteamientos como el feminista. No tanto porque se esté utilizando un concepto de Derecho como comunicación normativa institucionalizada, ni tan siquiera por la idea de orden que la fundamenta, sino porque en ese concepto no se refleja que las relaciones de poder intergrupales (de privilegio y subordinación) están institucionalizadas «sobre» el conflicto y que, por tanto, este no está fuera ni es algo accidental o a resolver puntualmente. Por decirlo brevemente, Bengoetxea ve la necesidad de tomar en consideración el conflicto y completar de este modo la teoría de MacCormick, pero lo hace desde un esquema funcionalista que eclipsa la naturaleza *per se* conflictiva de las relaciones sociales intergrupales.

2.2 El poder como hegemonía

En este apartado recogeremos dos planteamientos integrados en lo que hemos denominado pensamiento crítico y que, a diferencia de los analizados en el apartado anterior, pensamos que pueden ser de utilidad para una Filosofía del Derecho posicionada como la que aquí se defiende: el de la politóloga conflictualista Chantal Mouffe y el del ius-sociólogo crítico Boaventura de Sousa Santos.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 18.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 29-30.

⁴⁷ BENGOETXEA, J., *Diálogos judiciales y Autogobierno*, cit. p. 44.

2.2.1 Conflicto y exclusión: ¿lo político sin lo jurídico?

Vaya por delante que el interés que suscita aquí la obra de Mouffe no radica en su postura sobre el Derecho. Es más, lo interesante de la aportación de la autora belga es, precisamente, que sea capaz de diferenciar lo político de lo institucional sin hacer referencia al Derecho y, además, ofrezca una propuesta sobre la articulación del poder que incluye a las identidades políticas.

Como es sabido, la idea de conflicto es básica en la obra de Mouffe⁴⁸. Para esta autora, no solo no es posible eliminar el poder de las relaciones sociales, sino que la división y el conflicto adquieren carácter constitutivo en el modelo de democracia moderna. Por ello, para Mouffe –a diferencia de filósofos como Rawls o Habermas– no será el consenso el motor de la política. El consenso –dirá esta autora– es necesario, en tanto la democracia no puede vivir sin el reconocimiento de los derechos humanos y los principios de libertad e igualdad, sin embargo, la necesidad acaba con tal reconocimiento. El segundo punto de interés del pensamiento de Mouffe es el de la distinción entre «lo político» (*the political*) y la política (*politics*) que es el tema fundamental de su trabajo *On the Political*. Por «lo político» entiende Mouffe «la dimensión de antagonismo constitutiva de las sociedades humanas», mientras «la política» sería «el conjunto de prácticas e instituciones a través de las cuales se crea un orden, organizando la convivencia humana en el contexto de conflictividad que brinda lo político»⁴⁹.

Mouffe construye su modelo de democracia a partir del contraste de ideas con autores como Arendt, Rawls y Habermas, aunque reconoce en la teorización sobre la distinción amigo/enemigo y la naturaleza conflictiva de la política de Schmitt el punto de partida de su propuesta⁵⁰. Eso no le impide separarse de una de las tesis fundamentales de Schmitt, quien solo veía posibilidad de pluralismo en una comunidad política democrática a nivel de Estados⁵¹ o trazar un límite claro al pluralismo, como sería el ya mencionado del consenso en el reconocimiento de los derechos humanos y los valores de libertad e igualdad (ya que el conflicto estaría en su interpretación)⁵². Dos son los conceptos fundamentales de su teorización: el de «exterior constitutivo»

⁴⁸ Al margen de en su obra junto a Ernesto Laclau, Mouffe desarrolla su concepción conflictualista en: *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo y democracia radical*, Barcelona, Paidós, 1999 (1.^a ed. 1993); *La paradoja democrática*, Gedisa, Barcelona, 2003 (1.^a ed. 2000); y *On the Political*, London, Routledge, 2005. Con las mismas claves, pero proyectadas en el feminismo, *vid.* «Feminismo, ciudadanía y política democrática radical», en *Ciudadanía y feminismo*, México D. F., Instituto Federal Electoral, 2001 (ed. original 1992).

⁴⁹ MOUFFE, C., *On the Political*, *cit.*, p. 9.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 13-14.

⁵¹ *Ibidem*, p. 14.

⁵² *Ibidem*, p. 121.

(*constitutive outside*)⁵³ y el de hegemonía. Mediante el primero, que tiene como telón de fondo el concepto de identidad política o colectiva, Mouffe subraya cómo «la creación de una identidad implica el establecimiento de una diferencia, diferencia que es a menudo construida sobre las bases de una jerarquía, por ejemplo, entre forma y contenido (*matter*), negro y blanco, hombre y mujer, etc.»⁵⁴.

A su vez, el concepto de hegemonía le sirve a Mouffe para afrontar su caracterización de lo político frente a lo social. Mouffe identifica lo político con el hecho «de que toda sociedad es producto de una serie de prácticas que intentan establecer orden en un contexto de contingencias»⁵⁵. En este contexto, lo político «está ligado a los actos de institución hegemónica», mientras lo social «es el ámbito de prácticas sedimentadas, es decir, prácticas que ocultan (*conceal*) los actos originarios de sus instituciones políticas contingentes y que se dan por supuestos, como si fueran autogenerados (*self-grounded*)»⁵⁶. Ahora bien, si «lo político –entendido en su sentido hegemónico– implica la visibilidad de los actos de institución social, es imposible determinar *a priori* que es social y qué es político independientemente de toda referencia contextual»⁵⁷. Es más, para Mouffe, la frontera «entre lo social y lo político es esencialmente inestable y requiere constantes desplazamientos y renegociaciones entre los agentes sociales», ya que las cosas «siempre podrían ser de otra manera y por lo tanto todo orden es predicado sobre la exclusión de otras posibilidades»⁵⁸. Ese orden «se puede llamar «político» debido a que es la expresión de una particular estructura de relaciones de poder» y el poder «es constitutivo de lo social porque lo social no podría existir sin las relaciones de poder que le dan forma»⁵⁹.

En ningún momento habla, pues, Mouffe de Derecho, ni para referirse a la política ni a lo político. Sin embargo, lo que Mouffe entiende por «lo político» sería similar a lo que La Torre consideraba politicidad y denominaba «Derecho en sentido estricto», mientras lo que entiende por «política» se asemejaría al dominio o –en nuestra terminología– al «Derecho en sentido lato» de La Torre, así como a esa noción de Derecho como práctica social que deriva en reglas de competencia que

⁵³ La expresión «*constitutive outside*» la toma de Henry Staten en *Wittgenstein and Derrida*, Oxford, Basil Blackwell, 1985.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 18.

⁵⁹ *Ibidem* (ambas citas). En definitiva, y como resume la propia Mouffe: 1) todo orden es político y está basado en alguna forma de exclusión; 2) siempre hay otras posibilidades que han sido reprimidas y que pueden ser reactivadas; 3) las prácticas articuladas a través de las cuales se establece un determinado orden y se fija el significado de instituciones sociales son «prácticas hegemónicas»; y 4) cada orden hegemónico es susceptible de ser retado por prácticas contra-hegemónicas, i.e. prácticas que intentarán desarticular el orden existente para instalar otra forma de hegemonía.

Laporta asume como noción generalizada de Derecho y que bien serviría también para caracterizar a la teoría institucional del Derecho que hace suya Bengoetxea. Pero, entonces, si Mouffe no necesita hablar de Derecho para esbozar su planteamiento, ¿qué necesidad tiene la teoría institucionalista de hacerlo? La pregunta es en parte retórica. Tal y como se ve aquí, los autores mencionados pretenden ofrecer un concepto de Derecho que no se erija en pantalla de legitimación del poder político y, además, quieren hacerlo evitando contaminarse con conceptos de reminiscencia marxista. Sobre lo primero ya nos hemos pronunciado anteriormente. Sobre lo segundo, está claro que fundiendo Derecho y Poder en lo institucional no hay lugar para el concepto de «hegemonía», lo que ocurre es que, por tanto, tampoco para disputar «la hegemonía» de lo celebrativo de la que goza la juridicidad. En este sentido, el mero «uso de las normas» o el cuestionamiento de su moralidad no alcanza a explicar –y menos ayuda a defender– el cuestionamiento legitimador de la juridicidad que sectores, grupos o colectivos sociales históricamente excluidos del «ordenamiento normativo institucional» necesitan para hacer valer sus derechos. Para conquistar derechos, pues en el fondo de eso se trata, además de usar y valorar normas, se requiere la disputa del poder en forma de juridicidad, algo que resultará determinante para la propuesta de práctica de la Filosofía del Derecho que aquí se plantea.

2.2.2 El Derecho como práctica contra-hegemónica

Por ello resulta inspiradora la idea de un Derecho contra-hegemónico en la línea del que plantea Santos⁶⁰. La tesis fundamental de este autor radica en que nos encontramos en una transición de paradigmas cuyo potencial emancipatorio requiere una teoría posmoderna apropiada referida a la ciencia y al Derecho a la que llamará, precisamente, «posmodernismo de oposición»⁶¹. No se trata de despreciar las promesas de la modernidad (libertad, igualdad, paz, etc.) sino de criticarlas y adecuar su potencial emancipatorio al marco de la posmodernidad, pero dejando claro que el posmodernismo de oposición «se diferencia claramente tanto de las concepciones y teorías modernistas como de las concepciones y teorías posmodernistas más conocidas – esto es, del posmodernismo celebratorio»⁶².

⁶⁰ SANTOS, B. de S., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta/Ilsa: Madrid, 2009.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 42 y ss.

⁶² *Ibidem*, p. 43. Sin perjuicio de que en un momento posterior amplíe el número de autores, Santos vincula primariamente las teorías modernistas (para las que la modernidad resultaría un proyecto inconcluso que debe de ser completado) con Habermas y Roberto Unger, mientras que el posmodernismo celebratorio (que se quedaría en el revelar que las promesas de la modernidad eran falsas e ilusorias celebrando lo existente) lo atribuye a Braudillard.

Como parte de su teoría desarrolla una crítica a los tres pilares en los cuales se asentaría la concepción moderna del Derecho: «el derecho como monopolio del Estado y como construcción científica; la despolitización del derecho a través de la distinción entre Estado y sociedad civil; y el derecho como principio e instrumento universal de la transformación social políticamente legitimada»⁶³. En contra del primer pilar Santos propone «una concepción fuerte del pluralismo jurídico y una concepción retórica del derecho», decantándose al respecto por un «multiculturalismo jurídico» que diferencia del relativismo cultural⁶⁴. En contra del segundo pilar, propone superar la distinción entre Estado y sociedad civil y su sustitución por «un conjunto de espacios-tiempo estructurales» (el espacio doméstico, el espacio de la producción, el espacio del mercado, el espacio de la comunidad, el espacio de la ciudadanía y el espacio mundial), todos los cuales puedan ser politizados «y, por lo tanto, convertirse en conductos para liberar a la política de su confinamiento en el Estado y en la sociedad política»⁶⁵. De esta manera se podría lograr la «repolitización del derecho» que, opina Santos «es la condición necesaria para devolverle al derecho sus energías emancipatorias»⁶⁶.

Sobre el tercer pilar, Santos diferencia la moderna concepción del Derecho, que reduciría la capacidad transformadora del Derecho a lo que ha sido legitimado por el Estado, de la concepción posmodernista celebratoria (en donde ahora sitúa a antiguos académicos de *Critical Legal Studies* como David y Dunkan Kennedy, a quienes tacha de haberse instalado en el placer de la deconstrucción sin otro objetivo), que eliminaría por completo la idea del cambio social llevado a cabo a través del Derecho⁶⁷. Como alternativa, Santos sostiene la necesidad de «una amplia repolitización del derecho como condición para que la tensión dialéctica entre regulación y emancipación sea reconsiderada fuera de los límites de la modernidad»⁶⁸; una modernidad que habría llevado a reducir la legitimidad a la legalidad o, lo que sería igual, la

⁶³ *Ibidem*, p. 47.

⁶⁴ Pues, mientras «todas las culturas son relativas (...) el relativismo cultural, como posición filosófica, es erróneo», *Ibidem*, p. 48.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ En este caso diferencia su postura, tanto de las denominadas por él concepciones modernistas del Derecho como de las concepciones posmodernistas celebratorias. A las primeras (entre las que incluye la jurisprudencia sociológica, pero también el «positivismo suave» de Hart o la concepción del «derecho como integridad» de Dworkin o la teoría del Derecho de Unger) les critica haber producido la despolitización del Derecho queriendo convertirlo en una ciencia y en un monopolio del Estado; a las segundas (entre las que incluye a Kahn) les acusa de haber promovido (y disfrutado con) la despolitización «al convertir al derecho en un objeto cultural que se refiere a la «conciencia jurídica» de cada individuo más bien que al cambio social», *Ibidem*, p. 49.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 50.

⁶⁸ *Ibidem*.

emancipación a la regulación. En consecuencia, que el Derecho pueda ser emancipatorio depende, para Santos, de «la práctica de grupos y clases socialmente oprimidos»⁶⁹:

Luchando contra la opresión, la exclusión, la discriminación y la destrucción del medio ambiente, estos grupos recurren al derecho o, más bien, a diferentes formas del derecho, como un instrumento más de oposición. Lo hacen ahora dentro o fuera de los límites del derecho oficial moderno, movilizándolo diversas escalas de legalidad (locales, nacionales y globales) y construyendo alianzas translocales e incluso transnacionales. Estas luchas y prácticas son las que alimentan lo que llamo (...) globalización contrahegemónica. En general, no privilegian las luchas jurídicas, pero en la medida en que recurren a ellas, devuelven al derecho su carácter insurgente y emancipatorio. A estas prácticas, tomadas en su conjunto, las designo como cosmopolitismo subalterno⁷⁰.

3. UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO PRÁCTICA SITUADA

Tal y como se ha avanzado en la Introducción de este trabajo, en este apartado se tratará de ilustrar la manera en la que se entiende la Filosofía del Derecho como práctica situada. Para ello, una vez más, se recurrirá a la experiencia personal, pasando luego a la ejemplificación o ilustración de lo que tiene de práctica esa Filosofía.

Una de las muchas constataciones de mis cuatro décadas de docencia en la Facultad de Derecho de la UPV/EHU ha sido la de la pérdida de conciencia social y de las posibilidades transformadoras de la práctica jurídica por parte del alumnado a medida que iban aprobando los cursos de la carrera. Es un dato que he podido comprobar al haber sido docente de 1.º y 5.º curso (es decir, del mismo alumnado) hasta que, con la reforma de Bolonia se redujo un año la docencia. Y lo he podido verificar utilizando una técnica muy sencilla. Una de mis prácticas habituales al comenzar la impartición de docencia de la asignatura de Teoría del Derecho en el primer año era la de pedir al alumnado que escribiera en un papel, de manera anónima, la respuesta a dos cuestiones: 1) cuál era su concepto del Derecho; y 2) por qué habían decidido estudiar la carrera de Derecho. En la respuesta a la primera de las cuestiones un porcentaje superior al 90% esgrimía un concepto de Derecho que entraba dentro de lo que se puede considerar como concepción hegemónica (leyes, sentencias, prácticas relacionadas con el ejercicio de la abogacía, etc.). Y en respuesta a la segunda, raro era el año en el que hubiera menos de un 30% que no incluyera entre el

⁶⁹ *Ibidem*, p. 51.

⁷⁰ *Ibidem*.

porqué de estudiar Derecho alguna referencia a la justicia o a las posibilidades de crear un mundo más justo. Al impartir docencia de Filosofía del Derecho en 5.º curso no necesitaba ninguna encuesta para percibir lo evidente: se podían contar con los dedos de una mano, y a veces sobraban dedos, el número de estudiantes que veían entre los cometidos de las profesiones jurídicas la práctica de algún ideal referido a la justicia. De hecho, el tratamiento o la discusión de problemas sociales que implicaban poner a prueba la legalidad vigente se consideraban ajenos a su tarea como juristas. Algo hay, pues, en las enseñanzas jurídicas, que no solo educan para la jerarquía⁷¹, sino que también desactivan el perfil transformador de un amplio sector del alumnado que comienza la carrera pensando que su labor puede tener un componente de justicia social.

En realidad, mi constatación no tenía mucha originalidad. Sin ir más lejos, muchos autores en los años setenta y ochenta se empeñaron en activar la imagen de juristas con una función transformadora⁷²; pero, sea por lo que fuere, aquellos proyectos –se piensa, por ejemplo, en el movimiento del «uso alternativo del derecho» que surge en Italia⁷³ o en el movimiento *Critical Legal Studies*⁷⁴ en el ámbito anglosajón– no tuvieron gran influencia, por lo menos en nuestros lares⁷⁵. Nulo eco tuvo asimismo el nuevo modelo de jurista vinculado a las Clínicas Jurídicas que se van gestando en los años cincuenta en los Estados Unidos y que, ya en los setenta, irrumpen con fuerza también en Gran Bretaña, Canadá y Australia⁷⁶ y, casi simultáneamente, se

⁷¹ Vid. KENNEDY, D., «La educación legal como preparación para la jerarquía», en COURTIS, C. (comp.) *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2000, pp. 117-147.

⁷² Por citar solo los textos traducidos y los más cercanos, *vid.*, por ejemplo, ARNAULD, A. J., *Les juristes face à la société. Du XIX siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975; BARCELLONA, P. y COTURRI, G., *El Estado y los juristas*, Barcelona, Ed. Fontanella, 1976; BARCELLONA, P., HART, D. y MUCKENBERGER, U., *La formación del jurista. Capitalismo monopolista y cultura jurídica*, Madrid, Civitas, 1977; LAPORTA, F. J. (1978) «Notas sobre el estudio y la enseñanza del derecho», *Sistema*, 24-25, 1978, pp. 107-112; MARESCA, M. y SAAVEDRA, M., «Sobre la ciencia jurídica dominante en las Facultades de Derecho: la crisis de la reforma», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 20, 1980-1, pp. 73-114; y sin olvidar a nivel estatal el furibundo opúsculo de CAPELLA, J.-R., *Sobre la extinción del estado y la supresión de los juristas*, Barcelona, Fontanella, 1970.

⁷³ BARCELLONA, P. (Ed.); *L'uso alternativo del diritto*, Bari, Laterza, 1973.

⁷⁴ UNGER, R. M., *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983 (disponible en: <http://robertounger.com/english/pdfs/movemnt.pdf>); PÉREZ LLEDÓ, J. A. *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996.

⁷⁵ A diferencia del movimiento del uso alternativo del derecho, que solo reconocía capacidad transformadora a quien operaba directamente con el Derecho (léase juristas y jueces/zas), en el modelo que aquí se plantea, al jurista se le reconoce capacidad de transformación social si construye su estrategia de la mano de quienes sufren subdiscriminación.

⁷⁶ GIDDINGS, J. *et al.*, «La primera Ola de la Educación Jurídica Clínica Moderna. Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá y Australia», en BLOCH, S. F. (ed.) *El Movimiento Global de Clínicas Jurídicas. Formando Juristas en la Justicia Social*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013 (1.ª ed. 2011), pp. 55-78.

extienden por países con influencia colonizadora anglosajona del sudeste de Asia e India⁷⁷ y en África⁷⁸. Afortunadamente, en medio ha habido testimonios más o menos aislados⁷⁹ y hoy en día la negativa a rendirse a lo evidente (la prevalencia de un modelo de jurista de corte kelseniano) es compartida por un sector del profesorado universitario dentro y fuera de nuestras fronteras⁸⁰, muy especialmente, por quienes vemos en las llamadas Clínicas Jurídicas una oportunidad de transformación de las enseñanzas jurídicas y de dar cabida a un modelo de jurista comprometido con la injusticia social⁸¹.

3.1 Una Clínica Jurídica de estrategias antisubordiscriminatorias

Cuando se habla del funcionamiento de las clínicas jurídicas, normalmente se distinguen dos grandes tipos⁸². Por un lado, el modelo anglosajón o también latinoamericano, en el que, en definitiva, el alumnado se hace responsable del proceso y la resolución del caso; por otro lado, y en contraste con el anterior, estaría el modelo

⁷⁷ LASKY, B. A. y PRASAD, M. R. K., «El Movimiento Clínico en el Sudeste de Asia e India. Una perspectiva comparada y lecciones para ser aprendidas», en BLOCH, S. F. (ed.) *El movimiento Global...*, op. cit., pp. 97-115.

⁷⁸ MCQUOID-MASON, D. et al., «La Educación Jurídica Clínica en África. Formación jurídica y trabajo comunitario», en BLOCH, F. S., *El Movimiento Global...*, op. cit., pp. 79-96.

⁷⁹ Cabe citar, por ejemplo, el de Juan Ramón Capella y su máxima relativa a que la *duda acerca de la ley* que nos gobierna «es la semilla de la democratización» y que «la puesta en cuestión de la ley y del poder, es (...) el principio democratizador e igualitario que hace de lo que ocurre asunto nuestro», en *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 290 y 291, respectivamente.

⁸⁰ Fuera, vid. int. al., KAIRYS, D., *The Politics of Law*, New York, Pantheon, 1990; COURTIS, C. (comp.) *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2000; KENNEDY, D. *La enseñanza del Derecho como forma de acción política*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012. Dentro, muchas vinculadas a proyectos de innovación docente como las contribuciones al número 21, 2015, de la *Revista General de Derecho Constitucional* o en GARCÍA AÑÓN, J. (Ed.), *Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del Derecho. Actas del Quinto Congreso Nacional de Docencia en Ciencias Jurídicas. Valencia, 11-13 de septiembre de 2013* (disponible en: http://www.uv.es/innodret/pub/2013actas_congreso.pdf), pp. 1226-1255.

⁸¹ Además de los textos ya citados en las notas anteriores, vid., MESTRE I MESTRE, R. M. (coord.); *Guía práctica para la enseñanza del derecho a través de las clínicas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 150; BLENGINO, C. y GASCÓN-CUENCA, A. (eds); *Epistemic Communities at the Boundaries of Law: Clinics as a Paradigm in the Revolution of Legal Education in the European Mediterranean Context*, Torino, Ledizioni, pp. 159. Y, como panorámica de la labor de las clínicas jurídicas a nivel estatal, vid. CARMONA PAREDES, R. (dir.) y LÓPEZ SÁNCHEZ, C. (coord.); *Clínicas jurídicas españolas: propuestas y desafíos*, Thomson/Aranzadi, 2022, pp. 330.

⁸² MADRID PÉREZ, A., «La experiencia de las clínicas jurídicas: Cuestiones abiertas en unos momentos difíciles», en GARCÍA AÑÓN, J. (ed.), *Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del Derecho. Actas del Quinto Congreso Nacional de Docencia en Ciencias Jurídicas* [en línea]. Valencia, 11-13 de septiembre. Disponible en: http://www.uv.es/innodret/pub/2013actas_congreso.pdf, pp. 1298-1310.

en el que el alumnado no ejerce representación legal ni defensa judicial y en el que las tareas que se desarrollan son de asesoramiento jurídico, realización de informes, seguimiento de casos, colaboraciones con otros servicios jurídicos que sí ejercen la representación legal y la defensa judicial, elaboración de guías, propuestas, etc. El modelo de la CJJS, por razones varias, sigue esta segunda dirección y, hoy por hoy, su principal labor se canaliza en la elaboración de los Trabajos Fin de Grado (TFG) y los Trabajos Fin de Máster (TFM), que siguen un proceso y una metodología diversos a los de la línea clásica o tradicional⁸³.

Participar en la elaboración de un TFG o un TFM en el contexto de la CJJS requiere un modelo de jurista que no solo está ligado a una ética o deontología⁸⁴ a la que se adhiere al comenzar su práctica profesional, sino que disputa la celebración de la juridicidad, consciente de su labor de intervención *en* el Derecho. No se trata, ni mucho menos, de prescindir de lo que supone trabajar técnicamente con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, sino de orientar dicha técnica hacia proyectos emancipadores y no reproductores del *statu quo*⁸⁵. Entre los filones teórico-críticos contra el modelo reproductor del *statu quo* –y, por tanto, entre los márgenes posibilitadores de un modelo de jurista que considere que «ninguna regla jurídica tiene que

⁸³ Vid. BARRÈRE UNZUETA, M., «La investigación jurídica desde una perspectiva contra-hegemónica: los TFG y TFM desde la Clínica Jurídica por la Justicia Social de la UPV/EHU», *Oñati Socio-Legal Series*, v. 8, n. 4, 2018, pp. 555-572. En lo fundamental, los TFG y TFM de la CJJS abordan problemáticas de discriminación grupal, aunque se manifiesten individualizadamente. Se parte del relato de la persona afectada y, eventualmente, se plantean ulteriores entrevistas. A partir de ellas se construye el caso y se inserta en la intersección de los sistemas de poder. Luego se acude a los textos legislativos, doctrina y jurisprudencia que, al contrario que en los TFG y TFM tradicionales, no son el punto de partida sino de confrontación. A resultados de ello se ven las utilidades y los límites del Derecho y se construyen las estrategias, cuyos resultados no se ciñen al caso, pudiéndose llegar a plantear (o respaldar) modificaciones legislativas y de políticas públicas.

⁸⁴ GARCÍA PASCUAL, C. (Coord.), *El buen jurista. Deontología del Derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

⁸⁵ El iusfilósofo Juan Antonio Pérez Lledó ofrece una tipología variopinta de lo aquí se ha considerado simplemente como modelo de jurista reproductor del *statu quo*. En este sentido, Lledó distingue entre: a) el «jurista-técnico-apolítico enfermo de ceguera culpable» (que no llega a ver las injusticias); b) el «apolítico del yo a lo mío, a mis intereses» [«porque no se quieren ver (las injusticias) aunque se han visto, pero se mira a otro lado»]; c) el «conservador convencido» («porque se defienden como justas –o no tan injustas– lo que yo considero injusticias»); d) el conservador del «pensamiento único» («porque no es que se considere que el orden social existente es en todo «justo» o aceptable, sino porque se está convencido –el veneno del pensamiento único le ha infectado– de que es, en lo básico, «inmutable» y de que las alternativas, más que «perversas» (idealmente incluso las compartiría), son «imposibles», «ingenuas», «infantiles», o peor aún: peligrosas porque, si algún resultado puede producir defenderlas, ése va a ser el de que les salga el tiro por la culata»). Vid. PÉREZ LLEDÓ, J. A., «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho», *AFDUAM*, 6, 2002, pp. 197-268 (disponible en: https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/6/6900232-195_268.pdf).

ser lo que es»⁸⁶ si a lo que sirve es a constituir, reproducir el clasismo, el sexismo, el racismo, etc.)– están los laboratorios de reflexión e identificación de estrategias jurídicas anti(subor)discriminatorias y de reglas no escritas de sistemas de privilegio y subordinación que afectan al contenido de todas las disciplinas jurídicas.

La construcción de estrategias jurídicas antisubordiscriminatorias requiere, pues, un enfoque instrumentalista del Derecho. Bajo este enfoque no se trata de «indagar cuáles son los fines intrínsecos del Derecho y que éste nos dicta, sino cómo de hecho estamos (la comunidad jurídica está) utilizándolo, cómo podríamos utilizarlo nosotros, y cómo debemos utilizarlo: instrumentalizándolo, manejándolo como manejamos una herramienta, para lograr así la satisfacción de nuestros fines»⁸⁷. Requisito fundamental de esta visión instrumentalista es que esos fines nuestros estén «moralmente justificados»⁸⁸, lo que significa no rendirse o no estar a gusto «con las injusticias sociales actuales a las que el Derecho contribuye por acción y sobre todo por omisión» o en el tener como horizonte «valores igualitaristas, solidarios, de emancipación individual y colectiva, contrarios a las jerarquías ilegítimas y a las exclusiones políticas y sociales de clase, raza y sexo, y también valores liberales de autonomía individual y dignidad humana»⁸⁹.

En un contexto de reconocimiento de derechos humanos y fundamentales, el instrumentalismo no sería «fuerte» sino «débil»⁹⁰; lo que supone que, si bien es cierto que incluso el texto más útil para generar propuestas antisubordiscriminatorias –como puede ser la Constitución– está lleno de expresiones (empezando por las de «justicia» e «igualdad») cuya interpretación no solo puede dar lugar a significados contradictorios, sino que habitualmente respaldan la discriminación sistémica, no es menos cierto que, a partir de dicho texto normativo, también caben interpretaciones y argumentaciones que puedan hacer frente a las anteriores. De ahí que el Derecho (el texto constitucional) también adquiera un valor, en tanto objeto a través del cual se pueden defender opciones de justicia como las arriba planteadas y, lo que es más importante aún, revisar los textos jurídicos que, aun hegemónicamente interpretados como válidos, podrían ser (a través de «otras» interpretaciones de la Constitución) cuestionados. Pero si algo define este proyecto instrumentalista es la valorización de las denominadas «fuentes materiales» del Derecho o, lo que es lo mismo, hacer valer la voz de quienes padecen directamente la subordiscriminación y/o de los colectivos y asociaciones comprometidos con su eliminación.

⁸⁶ KENNEDY, D. *La enseñanza del Derecho como forma de acción política*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2012, p. 52.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 248.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 249.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 250.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 262.

Según se ha dicho ya, para esta práctica instrumental del Derecho es necesario reconocer la existencia de los sistemas de poder, de los que no se habla ni en la legislación ni en las enseñanzas jurídicas y que, sin embargo, existen⁹¹. Es necesario reconocerlos para poder responder «activamente» ante ellos y, para identificarlos, son fundamentales los testimonios y narrativas de opresión (subordiscriminación) expresados individual o colectivamente. Esto implica que el modelo de jurista que se sugiere tiene como horizonte la igualdad, pero no la simple igualdad de trato y de oportunidades, sino la igualdad estructural y sistémica, siendo por ello que puede ser calificado de «progresista»⁹². En este momento, la Filosofía del Derecho se funde con la Teoría Crítica del Derecho, considerando que el objetivo propio de toda Teoría Crítica es, precisamente, esclarecer el papel que desempeñan las prácticas sociales (entre las que incluimos las jurídicas) en el mantenimiento de los sistemas de poder.

3.2 Una teoría crítica del Derecho antidiscriminatorio

Está lejos de mi propósito esbozar siquiera en este apartado lo que constituiría una Teoría crítica del Derecho antidiscriminatorio, así que solo daré tres apuntes centrados en el contexto español a modo de pasos que no tienen por qué darse consecutivamente:

1. Una Teoría crítica del Derecho antidiscriminatorio requiere la puesta en cuestión del binomio igualdad formal/igualdad real con el que se suele dar lectura a los artículos 14 y 9.2. de la Constitución española (CE). Según se entiende aquí, tal binomio se erige en una argucia para eclipsar o no reconocer dos cosas: 1) la existencia de sistemas de poder (léase heteropatriarcado, racismo estructural, clasismo, capacitismo, etc.) que hacen de la subordiscriminación un fenómeno endémico (que reina habitualmente) y estructural (que permea todas las estructuras sociales); y 2) que no es posible hablar de igualdad de (disfrute de) derechos en la realidad de subordiscriminación que producen tales sistemas.

2. Otro paso tiene que ver con desmontar la estrategia con la que se alimenta la argucia: la idea de que la igualdad del artículo 9.2 CE es «complementaria» a la del artículo 14 CE, cuando la relación no es

⁹¹ DOTSON, K., «Making Sense: The Multistability of Oppression and the Importance of Intersectionality», en GOSWAMI, N., O'DONOVAN, M. M. y YOUNT, L. (eds), *Why Race and Gender Still Matter*, London, Pickering & Chatto, 2014, pp. 43-57.

⁹² Se suscriben en este sentido las palabras de la literata y comentarista política argentina Beatriz Sarlo, quien, a la pregunta de «¿qué quiere decir ahora ser progresista?» responde que «el horizonte de un progresista es la igualdad [pero] no la igualdad de oportunidades, que puede ser un instrumento, pero que por sí sola deja a los más desposeídos, a los más jóvenes en el mismo lugar donde los encuentra porque no tienen recursos para aprovecharla». Vid. SARLO, B., entrevista concedida a *El País Semanal* de 9 de agosto de 2015 (núm. 2.028).

complementaria sino «dependiente», en el sentido de que la efectividad del artículo 9.2 CE es inversamente proporcional a la necesidad del artículo 14 CE. En otros términos, que si hubiera una igualdad real no resultaría necesaria la prohibición de discriminación del artículo 14 CE porque no existirían tratos discriminatorios. Esta aparente verdad de Perogrullo lleva, a mi juicio, a respaldar una idea importante, como es la de que: en tanto los poderes públicos no actúen en favor de la igualdad real, están contribuyendo a la perpetuación de tratos subdiscriminatorios⁹³. Para designar esta especie de discriminación al cuadrado propongo hablar de «subdiscriminación por omisión o por «inacción de los poderes públicos»⁹⁴.

3. Un tercer paso tiene que ver con la revisión del concepto de discriminación que prevalece en la legislación y en la cultura jurídica basado en el binomio discriminación directa/indirecta⁹⁵, que presume que solo el sexismo (racismo, capacitismo, clasismo, etc.) cubierto por esos conceptos tiene suficiente importancia como para merecer una intervención política⁹⁶.

⁹³ Muchos de los cuales, por cierto, proceden de ellos mismos –son institucionales– o, es más, están *institucionalizados*.

⁹⁴ Dejo para otro espacio el desarrollo de lo que puede dar de sí este concepto, pero considero que el artículo 4 de la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación ha dado un paso importante para su cobertura legal. «BOE» núm. 167, de 13 de julio de 2022, páginas 98071 a 98109 (39 págs.).

⁹⁵ Por ejemplo, en el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. «BOE» núm. 71, de 23/03/2007.

⁹⁶ También en este sentido la Ley 15/2022 presenta algunas novedades positivas.