

Sin enajenación... ¿Hay Derecho?

Lecciones feministas para la teoría del Derecho

Ricardo Urzúa Traslaviña¹

1

[el conquistador se introduce en la cima del templo maya y alcanza a divisar a lo lejos el árbol de la vida eterna. Ahí se encuentra con un sacerdote que se prepara para enfrentarlo en un duelo a muerte]
Sacerdote: ¡El primer padre se sacrificó a sí mismo por el árbol de la vida! Entra y únete a su destino.
[al enfrentarse, con un movimiento rápido, el sacerdote le clava una daga al conquistador y luego se prepara para dar el golpe final]
Sacerdote: ¡La muerte es el camino a la trascendencia²!
The Fountain (2006)

La expresión “el Derecho tiene un fin” es ambigua. Por una parte, sirve para afirmar de forma genérica el carácter teleológico del Derecho, esto es, que se trata de una institución a la que le es inherente la consecución de algún objetivo, como por ejemplo, la justicia, el bien común o la seguridad (LE FUR, DELOS, RADBRUCH y CARLYLE, 1994). Hay otro sentido que puede adoptar la expresión que en cierto modo involucra el anterior, pero que es más específico. Alguien puede decir “el Derecho tiene un fin” para afirmar que el derecho tiene un fin *último*, es decir, uno que dota de sentido a su existencia institucional y que, por ende, al alcanzarse, provocará la irrelevancia y eventual desaparición del Derecho. Aquí me interesa explorar la veracidad de la afirmación en este último sentido.

En la teología y en la filosofía política se ha predicho el tránsito de la humanidad hacia una sociedad ideal en donde no hay Derecho. Para la teología cristiana, las leyes no han sido instituidas para los justos, sino para los pecadores (Biblia de América, 1 Timoteo 1:9). Por eso, si el Reino solo es de los justos (Biblia de América, Mateo 25:34 y 46), con su llegada dejará de tener sentido la aplicación coercitiva de la ley y, por ende, el Derecho³. Así también, para cierta concepción del marxismo, la llegada del

¹ Licenciado en Derecho por la Facultad Libre de Derecho de Monterrey. Maestrando en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo: ricardout@icloud.com

² La frase original en inglés es “*death is the road to awe*”. *Awe* es un término de muy difícil traducción, que entraña un sentimiento de profundo respeto y asombro ante un fenómeno que es maravilloso y que a la vez causa temor. En otro contexto, lo traduciría como “sublime”, pero al referirse a la muerte, me parece conveniente que aquí se entienda como “trascendencia”. Reconocer alguna especie de trascendencia a la propia existencia es la precondition para poder observar en la muerte (que de suyo causa temor) algo sumamente maravilloso. No hay que olvidar que la inmortalidad no necesariamente implica vivir para siempre (DWORKIN, 2014).

³ Esta es mi lectura personal de la teología cristiana desde el catolicismo. Sin embargo, debo reconocer que esta postura no se desprende tan claramente del pensamiento de los principales teólogos católicos. Como advierte FINNIS (1998), aunque Santo Tomás de Aquino es claro en cuanto a que en el paraíso deberá existir algún tipo de gobierno, no dice que en ese estado de cosas existirá la necesidad de un

Comunismo provocará “la desaparición del derecho en general, es decir, la desaparición progresiva del elemento jurídico en las relaciones humanas” (PASHUKANIS, 1980, p. 46).

Estoy consciente de que por el mal uso que se le ha dado al pensamiento escatológico en la historia de la humanidad⁴, si afirmo lo inevitable de la llegada del Reino o del Comunismo para justificar la desaparición del Derecho en un momento del futuro, lo más probable es que me tachen de *bullshitter*⁵. Por esta circunstancia es que no me parece para nada extraño que exista un tratamiento escaso de este problema en la filosofía del Derecho. Espero que en esta ocasión me concedan el beneficio de la duda.

¿El Derecho está destinado a desaparecer? ATIENZA (2017) cree que no, que el Derecho es una institución perpetua. Dicha posición se encuentra implícita en su rechazo a la postura de Ost, quien piensa lo contrario. Para este último filósofo, cuando alcancemos una sociedad verdaderamente ideal, el Derecho se volverá innecesario y desaparecerá:

Una sociedad verdaderamente ideal no tiene [la] necesidad del Derecho. Para mí, es una sociedad de “ágape”, una sociedad en la que reinas (sic.) el amor, los dones, el perdón –que son categorías suprajurídicas–; digo a menudo que el Derecho es propio de sociedades intermedias: ni en la de los animales (no hay Derecho en una termitera o en una colmena) ni en el paraíso [hay Derecho] (intercambio epistolar entre Atienza y Ost, tal como se citó en ATIENZA, 2017, p. 334).

ATIENZA (2017) funda su rechazo a la tesis de la desaparición del Derecho en dos razones: 1) él no ve en los fenómenos sociales actuales (o de un futuro próximo) la desaparición del Derecho, sino la aparición de un nuevo tipo de Derecho; y 2) desde su punto de vista, asumir la tesis de la desaparición del Derecho implica necesariamente otorgarle al Derecho un carácter secundario frente a valores como la democracia o la justicia, lo cual para él es inadmisibles porque piensa que el Derecho es indispensable para construir cualquier tipo de sociedad ideal en donde existan esos valores.

No pretendo tomar partido en este debate en la forma en que está articulado. Lo único que quiero señalar es que, a mi juicio, hay dos malentendidos que recorren toda la argumentación que ATIENZA (2017) utiliza para rechazar la tesis de la desaparición del Derecho: 1) creer que todo el que defiende esa tesis (que entraña un pensamiento

gobierno político o del Derecho, ni tampoco se ocupa realmente de aclarar su postura en torno a esa cuestión (p. 248).

⁴ Como se sabe, estas ideas han servido para legitimar muchas atrocidades. Sin embargo, ello no puede llevarnos a pensar que estas ideas no son valiosas por sí mismas. Constituye “una simpleza pensar que su valor se reduce a ser un espejito de colores, una especie de engaño que fascinó a los hombres, que los sometió a regímenes de terribles dictaduras, les lavó la cabeza, y los hizo esclavos de una ilusión” (ABRAHAM, 2017, p. 166).

⁵ Persona a quien la verdad le es indiferente, puesto que sólo pretende manipular opiniones y actitudes (FRANKFURT, 2005).

marxista) necesariamente asume una teoría crítica del Derecho⁶; 2) creer que es posible hablar *positivamente* de la sociedad *verdaderamente* ideal, lo cual es necesario para sostener que una de las características de esa sociedad es que se regirá por un “Derecho” que, aunque no sea igual que el actual, tendrá las suficientes analogías con éste para seguirse llamando “Derecho”. Todo esto necesita varias explicaciones.

Tradicionalmente se han concebido a las teorías críticas del Derecho como un licuado hecho a base de marxismo jurídico y diferentes proporciones de tesis de la indeterminación radical del Derecho, crítica al racionalismo y al cientificismo del pensamiento postmoderno, feminismo jurídico, entre otras cosas (ATIENZA, 2013, p. 28). A primera vista, estas teorías se asemejan entre sí porque ven en el Derecho algo así como una palanca de cambios que puede ponerse en neutral, en reversa o en alguna velocidad para alcanzar ciertos estados de cosas valiosos en la sociedad –valiosos para quien controle la palanca–. Por ello es que resulta natural que se piense –como lo hace Atienza– que estas teorías no pueden ver en el Derecho algo que es valioso por sí mismo: la palanca de cambios solo sirve si se le pone en alguna velocidad y deja de importar cuando se alcanza el destino final.

Sin embargo, no todo el pensamiento marxista mira al Derecho en términos exclusivamente instrumentales, o al menos, no lo mira de la misma forma que las teorías que tradicionalmente se han considerado críticas. El error está en pensar que la única concepción de la ideología marxista es la clásica: la que ATRIA (2012) ha caracterizado como “infantilismo revolucionario” o “impaciencia vanguardista” –en este último término siguiendo a PÉREZ (2013)–. Se trata de la versión más popularizada del marxismo, que postula que hay que acabar lo más rápido que sea posible con las instituciones que dan forma a nuestras formas de vida (entre las cuales se encuentra el Estado de Derecho), por lo que toda acción política (donde quedaría enmarcada la *praxis* jurídica, en tanto que toda acción política trae implícita alguna teoría del Derecho⁷) solo sirve en tanto instrumento para acelerar la revolución que acabará con esas instituciones y que provocará la implantación del Comunismo al día siguiente.

Lo que intento mostrar es que existe otra concepción del marxismo que considero que ha pasado desapercibida por Atienza –que no tiene nada que ver con el marxismo

⁶ Lo entiendo así porque Atienza incluye al pensamiento de Ost en las corrientes de “crítica jurídica” (ATIENZA, 2017, p. 329).

⁷ “Ronald Dworkin dijo alguna vez que la teoría del derecho es el prólogo silencioso a toda decisión judicial. Una vez corregido el error característico del pensamiento dworkiniano (que confunde lo judicial con lo político) podemos decir que la teoría del derecho es el prólogo silencioso a toda acción política” (ATRIA, 2016, p. 22).

que él ha caracterizado como “débil”⁸–, que asume la tesis de la desaparición del Derecho y que, a mi juicio, es compatible con una teoría del Derecho que no es crítica, o al menos no se asemeja a las teorías que tradicionalmente se han considerado así. Se trata del marxismo analítico⁹ y humanista.

El marxismo analítico abandona la filosofía marxista de la historia. Como se sabe, el marxismo clásico (o popular) postuló lo que COHEN (2000) ha llamado “la metáfora obstétrica marxista”, esto es, la idea de que –dicho de forma burda– el capitalismo es una madre embarazada del socialismo, bebe cuyo nacimiento es solo cuestión de tiempo. Más allá de si esta idea es correcta o no (no es posible demostrarla porque parte de una afirmación sobre la condición humana que no es posible defender como tesis empírica) el problema que tiene es que lleva a pensar que el socialismo (y posteriormente, el Comunismo) se alcanzará sin una intervención en la historia que sea sensible a la propia historia y a como ésta se ha escrito (COHEN, 2000). Hay que entender que

la historia del fracaso socialista muestra que los socialistas necesitan escribir recetas, no solo, como la historia sugiere, para saber qué hacer con el poder, sino también para convencer a la mayoría de la gente, que está, muy razonablemente, casada con el diablo que conocen (COHEN, 2000, p. 88).

Por esa razón, el marxismo analítico no intenta hacer propaganda de la llegada inevitable del socialismo o del Comunismo, sino que se propone elaborar herramientas conceptuales que permitan explicar por qué los experimentos socialistas fallaron. Este marxismo se encarga de la difícil tarea de elaborar una teoría que pueda objetar el abundante bagaje teórico con el cual se ha legitimado el capitalismo (que tiene su base principal en el pensamiento liberal) para develarlo como lo que es: un sistema *violento* en donde se permite que un grupo de personas explote y cosifique a otro grupo de personas (PÉREZ, 2013).

El marxismo humanista también controvierte la concepción que el marxismo clásico tiene del materialismo histórico, pero desde otra perspectiva. El marxismo clásico entiende que el deseo material del hombre (de producir bienes) es el que explica

⁸ Él entiende que además del marxismo clásico, existe un marxismo “débil” que ve que el Derecho “al ser abstractamente igual no elimina, sino que reproduce la desigualdad” (ATIENZA y RUIZ MANERO, 1993, p.12). Este marxismo postula que el Derecho solo sirve en la medida en que imponga desigualdades jurídicas que contrarresten las desigualdades materiales. En cambio, el que expondré aquí no usa al Derecho como medio para contrarrestar las desigualdades, sino para romper con las categorías que provocan esa desigualdad y lograr la emancipación humana.

⁹ Para profundizar en el origen y en los rasgos definitorios del marxismo analítico, véase GARGARELLA (1995).

la historia de la humanidad, por lo que postula que llegará un punto en que esta ambición de satisfacciones materiales hará que la humanidad llegue a un grado de abundancia material que hará inevitable el paso hacia el socialismo, y finalmente, hacia el Comunismo. Una lectura humanista del marxismo identifica esta lectura como una malinterpretación del pensamiento marxista, al advertir que

el materialismo histórico no es en absoluto una teoría psicológica; sostiene que el modo de producción del hombre determina su pensamiento y sus deseos y no que sus principales deseos sean los de obtener la máxima ganancia material (FROMM, 1962, p. 13).

De forma sencilla, lo que el marxismo humanista sostiene es que son nuestras condiciones de vida (algo externo a nosotros) lo que determina nuestro *ethos* y no nuestra condición humana (algo interno a nosotros). Por eso niega que la tendencia a querer explotar al otro para satisfacer nuestra necesidad de tener más recursos materiales sea una consecuencia de nuestra condición humana (algo a lo que estamos psicológicamente predispuestos). Para afirmar lo anterior, se debe partir de la premisa de que el ser humano no es otra cosa que lo que él se hace de sí mismo, lo que implica que tiene la capacidad de rebasarse a sí mismo (su condición humana) y buscar fuera de sí una liberación que lo realizará precisamente como ser humano (SARTRE, 2014). Solo así se puede hablar del Comunismo como algo posible (PÉREZ, 2013).

El marxismo analítico y humanista nos invita a creer que nuestra “verdadera” naturaleza es reconocernos recíprocamente como iguales, lo que nos debería llevar a ser solidarios con los demás. Por eso este marxismo se enfoca más en explicar por qué nuestras formas de vida enajenadas son indeseables inclusive para quienes aparentemente se benefician de ellas, así como en indicarnos la forma en que nuestras prácticas institucionales pueden reproducir o combatir esa situación de enajenación, lo cual supone actuar pensando que es posible transitar de una sociedad enajenada (la actual) hacia una humanidad no enajenada (el Comunismo).

¿Cómo será el Comunismo?

no podemos responder esta pregunta: no hay un punto de vista no enajenado en una situación de enajenación. Pero sí podemos saber qué aspectos de nuestras formas de vida no existirán: no habrá oposición de intereses de clase (lo que quiere decir: no habrá diferencias de clase), no habrá cosificación, no habrá explotación (ATRIA, 2016, p. 443).

Por eso es que este marxismo analítico-humanista no puede describir *positivamente* el Comunismo, pero sí puede describirlo *negativamente*. ¿Y cómo identificar lo que el Comunismo no es? Saber que las diferencias de clase, la cosificación y la explotación son las cosas que producen nuestra situación de

enajenación (y que, por ende, no estarán presentes en el Comunismo) es algo que se nos debe revelar como evidente a través de una experiencia personal de déficit¹⁰ o al tener una revelación del Otro como una víctima que sufre por ser objeto de dominación¹¹. Estas experiencias nos deben impulsar a cambiar esas cosas –evidentemente todo el problema está en los medios para cambiarlas, asunto que no puedo tratar aquí– para hacer realidad la idea de una humanidad no enajenada (el Comunismo).

De hecho, concebir al Comunismo de esta forma hace que éste se identifique con la promesa del Reino que ofrece la teología cristiana. La idea del Reino es seductora porque promete aliviar el sentimiento personal de déficit causado por nuestras condiciones de vida enajenantes, porque en el Reino “no habrá ya muerte, ni luto, ni llanto, ni dolor, porque todo lo antiguo ha desaparecido” (La Biblia de América, Apocalipsis 21:4). Afirmar que todo lo antiguo ha desaparecido, en este contexto, debe entenderse como la extinción de nuestras condiciones de vida que durante toda la historia de la humanidad han provocado nuestra enajenación. Precisamente se trata de una descripción negativa del Reino, igual que la descripción que anteriormente realizamos del Comunismo: el Reino es un mundo sin enajenación. Esta coincidencia entre el concepto de Reino y de Comunismo no es caprichosa, sino natural. A final de cuentas, todos los conceptos políticos son conceptos teológicos secularizados, no solo por razones históricas sino por razón de su estructura (SCHMITT, 2005).

Espero haber transmitido una idea suficientemente clara de la aproximación humanista y analítica al pensamiento marxista, que al final presenta el Comunismo en la filosofía política como el equivalente al Reino en la teología cristiana. En este punto ya podemos comenzar a preguntarnos por la manera en que esta concepción del marxismo mira al Derecho. Recordemos que el marxismo clásico solo reconoce que el Derecho es útil en tanto permita acelerar la llegada del Comunismo, porque por sí mismo es un

¹⁰ Me refiero a un sentimiento personal de impotencia, de profunda injusticia. Por ejemplo, lo que un esclavo afrodescendiente sentía cuando algún domingo un hombre caucásico le decía que uno de los mandamientos más importantes de Dios era “Ama a tu prójimo como a ti mismo” (La Biblia de América, Mateo 22:39), pero a él ese hombre caucásico lo trataba peor que a un caballo. Este sentimiento mueve a la persona a dar la vida por el reconocimiento de su propia dignidad.

¹¹ Me refiero a ese sentimiento de profunda empatía con el oprimido. Por ejemplo, lo que uno –en una situación social privilegiada– siente cuando conversa y se identifica con un inmigrante –que está en una situación social desfavorable– y no ve a alguien ajeno sino a alguien como uno mismo, lo cual le permite a uno entender la magnitud de la injusticia que supone que la sociedad lo excluya y lo oprima por su condición (que él no eligió). Esta revelación “apela a nuestra consciencia ética para que respondamos con nuestra vida para que la vida negada de la víctima pueda superar el estado de opresión que sufre y pueda crecer según las exigencias de la vida en comunidad, en último término de todas las víctimas de la humanidad” (DUSSEL, 2016, p. 135).

instrumento de dominación de nuestro mundo enajenado. Veamos si el marxismo analítico y humanista observa al Derecho en los mismos términos.

La premisa humanista de este marxismo, postula que el problema está en nuestro *ethos* (tendemos a tratar a los demás como meros instrumentos), el cual podemos cambiar debido a que no es una consecuencia necesaria de nuestra condición humana (es causado por algo externo a nosotros). Por eso, el problema no puede estar en nuestras instituciones (el Estado de Derecho), en tanto éstas son un reflejo de nuestro *ethos*, donde está el origen del problema (ATRIA, 2016). En cambio, el marxismo clásico, sí cree que el origen del problema está en nuestras instituciones, por lo que predica que hay que acabar con ellas.

Como en nuestro *ethos* predomina la tendencia a explotar a los demás, lo más fácil es concebir al Derecho como un instrumento de dominación. Pero concebir al Derecho como un instrumento exclusivamente de dominación (como lo hace el marxismo clásico) pasa por alto la otra parte de nuestro *ethos*: en ocasiones las personas nos reconocemos recíprocamente como iguales, lo cual nos impulsa a ser solidarios entre nosotros, aunque dichas ocasiones sean más bien excepcionales. Así, lo natural sería que el Derecho, como institución humana, reflejara *ambas* tendencias y, por ende, tuviera una función opresiva y una emancipadora (ATRIA, 2016). La concepción clásica de marxismo solo ve en el Derecho una función opresiva.

Ya sabemos que el Derecho puede ser usado como instrumento de dominación¹² ¿Cómo puede servir a la liberación de los dominados, esto es, a que sean reconocidos como iguales y no tratados como instrumentos?

Al otorgar una carta de derechos, darle forma escrita a un acuerdo, pasar a gobernar a un grupo por medio de la ley, lo que estamos haciendo, en primer lugar, es conceder un mínimo reconocimiento recíproco, instaurar un comienzo de simetría entre unos protagonistas que antes se diferenciaban en todo” (OST, 2017, p. 18).

En este pasaje, OST identifica en algunas instituciones jurídicas una función emancipadora. Cuando un grupo pasa a autogobernarse por medio de la ley, lo hace porque, aunque sea por un momento, reconoce que todos sus miembros tienen el mismo valor. Por eso concebimos a la ley como la expresión de la *voluntad general*, es decir, la de *todo* el pueblo, no de una parte del pueblo. En este orden de ideas, al emitir una ley – contrario a lo que dice Ost– no estamos dando un paso más en el reconocimiento

¹² La utilización del derecho fundamental de propiedad para impedir la abolición de la esclavitud por la vía legislativa (véase el famoso caso de la Corte Suprema norteamericana *Dredd Scott contra Standford*), la criminalización del derecho de protesta (véase GARGARELLA, 2003), por dar algunos ejemplos.

recíproco que debería caracterizar a nuestras relaciones. Es al revés: para poder aceptar que el resultado de un procedimiento se puede catalogar como la expresión de la voluntad general, tenemos que presumir que en ese procedimiento todas las partes interesadas participaron como *iguales* en la discusión (NINO, 1997), es decir, que todos se reconocieron recíprocamente como *absolutamente* iguales.

Precisamente por esa razón la ley y otras instituciones jurídicas no pueden acelerar la llegada del Reino o del Comunismo (la única virtud que el marxismo clásico ve en el Derecho) sino que permiten que al actuar o vivir lo *anticipemos*, lo *actualicemos* en nuestro mundo enajenado (ATRIA, 2016). Cuando se emite una norma legal, tenemos que creer que se trata de una regla de conducta que expresa la voluntad general (idea perteneciente a un mundo no enajenado que se hace inteligible por medio del procedimiento legislativo) y que por tanto, es una regla justa. Por eso nuestros procedimientos legislativos intentan contrarrestar las causas por las cuales es improbable que de manera espontánea se manifieste la voluntad general (ATRIA, 2016): la existencia de minorías excluidas, la desmedida influencia de las élites en las decisiones colectivas, etcétera. Lo que intentan es prevenir que la situación de enajenación que actualmente caracteriza a nuestra sociedad se refleje en nuestros procedimientos legislativos que funcionan para hacer inteligible y probable una idea perteneciente a un mundo no enajenado: la voluntad general.

No hay que dejar de ser conscientes que la ley solo hace *probable* que se manifieste la voluntad general, no asegura que se manifieste en todos los casos. Mientras que en nuestro *ethos* predomine la tendencia a explotar, a enajenar al otro, siempre se encontrarán maneras de corromper la institución (en este caso la ley) para ponerla al servicio de la enajenación. Por esa razón la función emancipadora del Derecho no puede ser material, sino sacramental: no acelera la llegada del Reino o del Comunismo, sino que hace inteligible esa sociedad por medio de una institución para que podamos sentir que ya está presente, aunque todavía no haya llegado. Esta paradójica ficción (el Reino o el Comunismo ya están aquí, pero todavía no) es muy trascendente porque es la única manera de no perder la esperanza, de seguir viendo a este tipo de sociedad como algo posible.

Por eso el Derecho solo tiene sentido si se entiende, mediante un acto de fe, que la ley es la voluntad general institucionalizada, lo cual vuelve irrelevante la pregunta de si una regla fue emitida con la forma de ley porque es la voluntad general o si esa regla es la voluntad general porque fue emitida con la forma de ley: simplemente hay que tener

fe en que la ley es la voluntad general, aunque sepamos que en la mayoría de los casos, de hecho pueda no ser así (GARDNER, 2012).

A primera vista, pareciera que esta forma de pensar las instituciones jurídicas es una mera abstracción teórica que no muestra como el Derecho puede servir para la transformación social, sino que legitima la perpetuación del *statu quo*, pues como el lector podrá advertir en este punto, constituye una defensa del positivismo jurídico. Creo que esta primera impresión es causada por la caricatura que del positivismo jurídico ha hecho la pseudoconcepción del Derecho cada vez más arraigada en nuestros sistemas jurídicos, denominada “neoconstitucionalismo” o más recientemente “postpositivismo”. De cualquier forma este es un problema que no puedo tratar aquí¹³.

Me basta replicar que esta concepción del Derecho sí tiene aplicación práctica y de hecho sirve para lo más importante en términos prácticos: para cambiar nuestro *ethos*, invitándonos a pensar –en el lenguaje de la teología cristiana– que es posible una sociedad en donde todos aman a su prójimo como a sí mismos y, por ende, todos son solidarios con los demás. En esta sociedad se realizarán intercambios justos sin la necesidad de celebrar contratos y sus miembros se regirán por la voluntad general sin la necesidad de emitir leyes. Esta invitación es tan potente que nos debe impulsar a transformar la sociedad mediante la acción política (que incluye la *praxis* jurídica pero que no se reduce a ella) para cambiar el Derecho insertando instituciones que hagan inteligibles ideas de un mundo no enajenado y, en general, para cambiar nuestras formas de vida. Todo ello pensando que el Derecho, como institución, solo es necesario para sobrellevar el déficit de nuestras formas de vida alienadas, con la esperanza de que es posible alcanzar el Comunismo o el Reino. De ello se deduce que si alcanzáramos esa sociedad ideal

ya no sería necesaria la institución [el Derecho], porque la necesidad de esta es el déficit de nuestras formas de vida alienadas (ya no sería improbable identificar lo que va en el interés de todos, es decir, la voluntad del pueblo, es decir, lo que es bueno para nosotros dada nuestra naturaleza). Este es el sentido de la idea marxista de que bajo el comunismo el derecho habría de desaparecer, así como la observación tomista de que en el Reino no habrá sacramentos. Como la religión es el alma de un mundo sin alma, la ley es la voluntad de una comunidad sin comunidad de voluntades (ATRIA, 2016, p. 445).

¹³ Al respecto del neoconstitucionalismo véase ATRIA (2016) pp. 27-96. Respecto del postpositivismo lo que transmite el concepto es algo así como la superación del positivismo jurídico, cuando a mi me parece que debería hablarse de la reinterpretación del positivismo jurídico. De cualquier forma, lo más preocupante es que se presentan bajo una misma concepción del Derecho autores que miran al Derecho de forma diametralmente distinta. Por dar un ejemplo, ATIENZA (2017) identifica a Nino y a Dworkin como autores postpositivistas, lo que a mí me parece que solo induce a confusión por lo radicalmente diferente distintas que son sus concepciones del Derecho –de hecho NINO (1985) se la pasa criticando a Dworkin–. Como dije, no es un tema que pueda tratar aquí.

Por eso –realizando una ligera precisión al pensamiento de Atria– más que desaparecer, el Derecho debe aspirar a irse volviendo paulatinamente irrelevante: al ir cambiando nuestro *ethos* podemos ir poco a poco llevando relaciones humanas sin necesidad de recurrir al Derecho. Esto es sumamente intuitivo: todos queremos tener la capacidad de prestarle dinero a un amigo sin celebrar con él un contrato de mutuo o de resolver un conflicto familiar o comunitario sin acudir a los tribunales. El Derecho, con sus valores “fríos” –en los términos de Ost–, acaba con la amistad, con la familia y con el espíritu de comunidad.

Esta concepción del Derecho resuelve la paradoja de la superficialidad del Derecho¹⁴ que planteó Nino de forma magistral. En una sociedad enajenada se necesita la ley para hacer probable la identificación de los principios morales correctos, porque para los miembros de dicha comunidad, dichos principios son ininteligibles, debido a que se encuentran en una situación de enajenación. Para sobrellevar el déficit de sus formas de vida, lo único que pueden hacer los individuos de esta sociedad es reconocer un sistema jurídico como *su* sistema jurídico –lo que para GARDNER (2012) es un acto de fe y para NINO (1985) es un juicio moral denominado “juicio de adhesión normativa”–, lo cual los debería impulsar a actuar bajo la creencia de que las reglas de conducta que emanan de ese sistema jurídico (las leyes) son justas (moralmente correctas), aunque ello de hecho pueda no ser así. En cambio, en una sociedad no enajenada ya no será necesario el Derecho, en tanto en esa sociedad los principios morales correctos no solo son inteligibles, sino evidentes, y en esa medida, la institución que pretende hacer probable su identificación (la ley) se vuelve innecesaria.

Ahora creo que podemos ver los errores en la argumentación que ATIENZA (2017) ofrece para rechazar la tesis de la desaparición del Derecho. Una concepción del Derecho como la que, a mi juicio, recorre el pensamiento de Atria, Gardner, Ost o Nino (que asume o al menos es compatible con la tesis de la irrelevancia y eventual desaparición del Derecho), no puede ser catalogada como crítica del Derecho, o al menos, no se asemeja para nada a las que tradicionalmente se han considerado así. Se trata más bien de un positivismo jurídico que implica una “comprensión del Derecho funcional al gobierno democrático” (ATRIA, 2016, p. 27) y, en último término, a la

¹⁴ “Si para que una norma justifique una acción o decisión debemos inevitablemente mostrar que emana de principios morales que se asumen como válidos, ¿por qué no buscar la justificación de esa acción o decisión directamente en esos mismos principios? ¿Para qué necesitamos, al fin y al cabo, un gobierno y sus leyes si estas no permiten justificar una acción más que recurriendo, en última instancia, a principios morales? Si las leyes coinciden con tales principios son redundantes, y si no coinciden no se les debe prestar atención” (NINO, 2014, p. 134).

emancipación humana. Este es el fin *último* del Derecho. Por eso es que ATIENZA y RUIZ MANERO (1993) se equivocan cuando afirman expresamente que

Finalmente, si el Derecho está destinado a extinguirse [...] una reflexión sobre el Derecho no podría ser otra cosa que crítica: la crítica del Derecho y de las categorías jurídicas podría tener un interés en cuanto que contribuyera a acelerar o facilitar dicho proceso de extinción, pero este tipo de actividad se parecería muy poco a la de la ciencia jurídica tradicional dirigida a la aplicación, desarrollo y mejora de un determinado sistema jurídico (p. 67).

Por otra parte, Atienza afirma que en cualquier tipo de sociedad ideal no se puede prescindir del Derecho. Si Atienza entiende que en ese universo de sociedades está comprendida una no enajenada (lo que aquí he comprendido como el Reino o el Comunismo), entonces debería explicarnos por qué el Derecho es necesario en una sociedad no enajenada. A mí me parece bastante difícil dar esa justificación porque desde el punto de vista epistémico, como hemos visto, no es posible describir positivamente ese tipo de sociedad, debido a que, repito, no es posible adoptar un punto de vista no enajenado en una situación de enajenación, la cual caracteriza nuestra sociedad (ATRIA, 2016). Como dije, solo es posible hacer una descripción negativa de este tipo de sociedad, es decir, afirmar lo que no forma parte del Comunismo o del Reino: la división de clases, la explotación y la cosificación de un grupo de personas (ATRIA, 2016). Por eso, desde un punto de vista analítico, resulta mucho más propio afirmar que en esa sociedad no habrá algo que se asemeje a lo que nosotros conocemos como “Derecho”, que afirmar lo contrario, como lo hace Atienza.

La alternativa sería que Atienza negara derechamente la posibilidad de que una sociedad como el Reino o el Comunismo pueda existir en el futuro. Ello lo obligaría a afirmar que es parte de nuestra condición humana la tendencia a competir unos con otros para hacer prevalecer nuestros intereses egoístas, y que por ello, la idea de sociedad que transmite el concepto de Reino o de Comunismo es imposible o incluso absurda, una postura que estoy seguro que Atienza no compartiría.

Si rechazamos la idea de que es posible transitar hacia una sociedad donde no hay enajenación y, por ende, donde no hay Derecho (el Comunismo o el Reino), reformulando la frase de PÉREZ (2013, p. 34), lo que se puede proyectar como horizonte utópico es una humanidad enajenada con un mejor Derecho, pero no una sociedad esencialmente libre (sin enajenación) y, por ende, sin Derecho.

Ella: ¡terminalo!
El viajero: por favor ¡déjame solo! No sé como termina.
[el viajero se voltea y mira como en el rostro de ella se dibuja una sonrisa. Enseguida voltea a ver el anillo
tatuado en su dedo anular, que le recuerda todo lo que los unía y se estremece]
El viajero: está bien, confío en ti, llévame... muéstrame
The Fountain (2006)

Tradicionalmente se ha comprendido al feminismo jurídico dentro de las teorías críticas del Derecho (ATIENZA, 2013, p. 28). A mí me parece que el feminismo jurídico es compatible con la concepción del derecho que mostré en el apartado anterior, que no puede ser catalogada como crítica. Intentaré fundamentar esta apreciación a partir del análisis del pensamiento de Nancy Fraser y de una de las más conocidas luchas del feminismo jurídico: la paridad de género (política que implica la imposición de cuotas de género para garantizar la participación política de las mujeres).

FRASER (2012) sabe que es ingenuo intentar describir positivamente las características de una sociedad idealmente justa, como lo hizo Platón. Ella defiende que la única manera de activar nuestro concepto de justicia, es “acercándonos a la justicia negativamente, por medio de la injusticia” (p. 15).

FRASER (1997) identifica que las injusticias que detectan las feministas son de dos tipos: económico-política y de reconocimiento. La primera se causa al utilizar el género como criterio para dividir el trabajo productivo pagado (del que se encargan los hombres) y el trabajo reproductivo no pagado (del que se encargan las mujeres). La segunda se causa por una diferenciación de valoración cultural que perjudica a las mujeres: el androcentrismo. Mientras lo masculino es privilegiado, se desvalora y se desprecia lo que se identifica como femenino. Aunque en cierto sentido, estas injusticias demandan soluciones contradictorias, es posible instrumentar soluciones que combatan ambos tipos de injusticia¹⁵.

La paridad de género, por tratarse de una redistribución afirmativa, puede servir para combatir tanto la injusticia económico-política como la de reconocimiento, pero también puede corromperse y puede acabar alimentando injusticias reactivas de reconocimiento (FRASER, 1997) e inclusive provocar mecanismos que anulen los efectos de la redistribución afirmativa. Para entender esta afirmación hay que diferenciar el

¹⁵ Las injusticias económico-políticas requieren que se elimine el género como el criterio de división de clase y las de reconocimiento requieren acciones afirmativas para valorar la “grupalidad” de las mujeres mediante el reconocimiento de su especificidad. De forma sencilla, mientras que la primera tiende a eliminar la diferencia de grupo, la segunda tiende a promoverla. Para superar este dilema, Fraser propone adoptar medidas transformadoras que combinen la redistribución con el reconocimiento, que implican desdibujar las diferencias de grupo (de clase y de género), lo cual puede contribuir incidentalmente a remediar algunas formas de reconocimiento inadecuado (FRASER, 1997).

efecto inmediato y cierto de la paridad de género, de sus posibles efectos a largo plazo, que son inciertos.

La paridad de género tiene un efecto inmediato que involucra, primordialmente, una redistribución afirmativa: basándose en la diferenciación de género, asegura a las mujeres una proporción determinada de escaños en un órgano de representación política. No debemos dejar de notar que esta redistribución de los puestos de participación política es un cambio superficial, en tanto deja intactas las diferencias culturales que, a final de cuentas, son las que históricamente han provocado que las mujeres no ocupen los cargos de representación popular en la misma medida que los hombres¹⁶.

El hecho de que la paridad de género no elimine las diferencias culturales de modo inmediato es la clave para entender que esta institución puede servir a largo plazo, tanto para eliminar esas diferencias, como para acrecentarlas. Puede suceder que el hecho de que las mujeres ocupen determinada porción de los puestos de representación en acatamiento a un mandato legal, a la larga provoque que la sociedad en general se dé cuenta que los estereotipos de género que provocaban la exclusión de las mujeres en los puestos de representación no tienen fundamento: todo el mundo se dará cuenta con los años que las mujeres pueden ser muy buenas o muy malas representantes populares, igual que los hombres, al observar su desempeño en los puestos de representación pública.

Sin embargo, también puede suceder lo contrario. Con el tiempo, las mujeres pueden llegar a parecer privilegiadas, destinatarias de un tratamiento especial y una generosidad inmerecida (FRASER, 1997). Esto significa que la valoración cultural negativa hacia lo femenino se intensifica: se ve a las mujeres como incapaces e insaciables. Ello también puede detonar el fenómeno de la “feminización” en su sentido peyorativo, que ocurre cuando al llenarse un determinado espacio de mujeres, el espacio se vacía de poder y prestigio que antes gozaba volviendo la victoria de las mujeres una victoria pírrica (JARAMILLO SIERRA, 2017). Por ejemplo, si en el Congreso ahora hay más mujeres, los hombres pueden desarrollar mecanismos para que las decisiones políticas dejen de decidirse en el pleno del Congreso, para pasar a decidirse, en las dirigencias de los partidos políticos donde los hombres tienen más presencia. Este

¹⁶ La idea de que las mujeres, por sus particularidades, son buenas para obedecer órdenes, pero no para ser líderes, porque son muy emocionales y demás vergonzantes estereotipos de género ampliamente conocidos.

mecanismo vacía de poder al Congreso, al dejar a la deliberación legislativa como el disfraz de una decisión ya tomada. Esto provoca que la redistribución afirmativa se anule: las mujeres ya ocupan los escaños del Congreso, pero el Congreso ya no tiene el mismo poder político que antes. Deja a las mujeres, en cierto sentido, en el mismo lugar donde empezaron: sin poder político.

Ahora es momento de analizar la paridad de género como institución jurídica para mostrar que ésta no implica un uso del Derecho instrumental para la consecución de los objetivos del feminismo jurídico, y por tanto, éste es compatible con una teoría del Derecho que no es crítica.

Para el feminismo jurídico la paridad de género no es una política pública que acelera la emancipación femenina. Para el feminismo jurídico, la paridad de género es una institución jurídica que no materializa, sino que solo hace inteligible y probable la consecución de su objetivo: la manifestación de la voluntad política de las mujeres y los hombres sin dicotomías de género. Porque

El objetivo a largo plazo del feminismo [...] es generar una cultura en la que las dicotomías de género sean reemplazadas por redes de diferencias múltiples y en intersección, que sean cambiantes y no estén solidificadas. [...] Su imagen utópica de una cultura en la que siempre se generen libremente nuevas construcciones de identidad y diferencia y, tras ello, se deconstruyan de modo inmediato, únicamente es posible, a fin de cuentas, a partir de una sociedad igualitaria a grandes rasgos (FRASER, 1997, p. 30).

El feminismo jurídico, a final de cuentas, busca la emancipación humana. Las feministas saben que no ganan nada con la mera imposición de las cuotas, porque la institución tiene el riesgo de ser usada para perpetuar la dominación (al generar injusticias reactivas de reconocimiento y la anulación de sus efectos redistributivos, como vimos anteriormente). Pero también saben que la institución puede ser usada para la emancipación y no de un modo instrumental, sino sacramental: para *anticipar*, para *actualizar* la sociedad sin dicotomías de género en nuestra vida. Esta invocación sacramental nos ayuda a vislumbrar esa sociedad como algo posible y nos invita a cambiar la valoración cultural que degrada a las mujeres. La paridad de género y, a final de cuentas, el principio de igualdad son las referencias institucionales que presentan al feminismo como una lucha institucionalmente legítima. Por eso para las feministas el Derecho no es instrumento, sino condición necesaria para la emancipación humana.

Entender las cosas de este modo, hace sumamente comprensible el hecho de que generalmente la imposición de cuotas se implemente como una medida temporal: se espera que, después de un tiempo, las dicotomías de género se desdibujen y que, por ende, sea posible la manifestación de la voluntad política de las mujeres y los hombres,

sin la necesidad de imponer cuotas de género. Entiéndase: la victoria, a final de cuentas, implica quitar el elemento jurídico que antes imponía la paridad de género, para que la voluntad política de los hombres y mujeres se presente de forma espontánea, en un contexto donde ya no existen dicotomías de género.

Solo tenemos que hacer analogías a partir de esta idea, tan digerible, para mostrar que la irrelevancia y eventual desaparición del derecho es una idea sumamente intuitiva. Si en el futuro ya no existirá una valoración cultural que degrade injustificadamente la capacidad de las mujeres para ocupar puestos de representación política, y en esa medida, ya no necesitaremos la paridad de género para que los órganos de representación política estén adecuadamente representados ¿Cuál es el obstáculo para pensar que, en una sociedad igualitaria, no vamos a necesitar de contratos para poder celebrar intercambios justos o de leyes para identificar la voluntad general? No hay obstáculo.

Bibliografía

- ABRAHAM, T. (2017): *El Deseo de Revolución* (Buenos Aires, Tusquets).
- ATIENZA, M. (2013): *Curso de Argumentación Jurídica* (Madrid, Trotta).
- (2017): *Filosofía del Derecho y Transformación Social* (Madrid, Trotta).
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1993): *Marxismo y Filosofía del Derecho* (Ciudad de México, Fontamara).
- ATRIA, F. (2011): “Viviendo bajo ideas muertas: la ley y la voluntad del pueblo” *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)* Papers, Paper 100.
- (2012): “La idea de teología política”, *Derecho y Humanidades*, 20, 93-125.
- (2016): *La Forma del Derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- (1999) *Biblia de América* (Madrid, La casa de la Biblia).
- COHEN, G. (2000): *If You're an Egalitarian, How Come You're So Rich* (Cambridge, Harvard University Press).
- DUSSEL, E. (2016): *14 Tesis de Ética: Hacia la Esencia del Pensamiento Crítico* (Madrid: Trotta).
- DWORKIN, R. (2014): *Religión sin Dios* (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica).
- FINNIS, J. (1998): *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory* (New York, Oxford University Press).
- FRANKFURT, H. G. (2005): *On Bullshit* (New York, Princeton University Press).
- FRASER, N. (1997): *Justice Interrupts: Critical Reflections on the “Postsocialist” Condition* (New York, Routledge).
- (2012): “Sobre la Justicia: lecciones de Platón, Rawls e Ishiguro”, *New Left Review*, 74: pp. 37-46.
- FROMM, E. (1962): *Marx y su Concepto de Hombre* (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica).
- GARDNER, J. (2012): *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General* (United Kingdom, Oxford University Press).
- GARGARELLA, R. (1995): “Marxismo analítico, el marxismo claro”, *Doxa*, 17-18: pp. 231-255.
- (2003): “La última carta: el derecho en situaciones de alienación legal”, *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)* Papers, Paper 24.
- JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina (2017): “La paridad como argumento de la emancipación: oportunidades y límites (Segunda Parte)” en BERGALLO, Paola y MORENO, Aluminé (coords.), *Hacia Políticas Judiciales de Género* (Buenos Aires, Jusbaire) pp. 261-269.
- LE FUR, DELOS, RADBRUCH y CARLYLE (1994): *Los Fines del Derecho: Bien común, Justicia y Seguridad* (Ciudad de México, UNAM).
- NINO, S. (1985): *La validez del Derecho* (Buenos Aires, Astrea).
- (1997): *La Constitución de la Democracia Deliberativa* (Barcelona, Gedisa).
- (2014): *Derecho, Moral y Política: una revisión de la teoría general del Derecho* (Buenos Aires, Siglo XXI).
- OST, F. (2017): “¿Para qué sirve el Derecho?... para contar hasta tres”, *Doxa*, 40: pp. 15-48.
- PASHUKANIS, E. B. (1980): *Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law* (New York, Academic Press).
- PÉREZ, C. (2013): *Proposición de un Marxismo Hegeliano*. (Santiago, Arcis, segunda edición).
- SARTRE, J. P. (2014): *El existencialismo es un Humanismo* (trad. Erika Guerrero Morín, Ciudad de México, Editores Mexicanos Unidos, segunda edición).
- SCHMITT, C. (2005): *Teología Política: Cuatro Ensayos sobre la Soberanía* (trad. Francsico Javier Conde, Buenos Aires, Struhart & Cía).

Películas

- Aronofsky, D. (Guionista y Director): *The Fountain* (2006, Estados Unidos de América, 20th Century Fox).