

CULTURA DE LOS DERECHOS Y PATOLOGÍAS FUNCIONALES DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS

¹Oscar Sarlo

RESUMEN

Se observa críticamente el rumbo actual de la cultura jurídica, especialmente en torno a la llamada *cultura de los derechos*. La cultura jurídica tiene que ver con funciones simbólicas, que pueden exhibir patologías. Se repasan brevemente las funciones simbólicas del derecho, las cuales, a mi juicio, se ven obstaculizadas o anuladas por el desarrollo de algunas que considero **tendencias patológicas en el derecho contemporáneo**, que conducen a una disfuncionalidad cada vez más profunda del derecho. En todo ello, la enseñanza del derecho juega un papel central.

Palabras clave: funciones del derecho / patologías del derecho / educación jurídica

CULTURE OF RIGHTS AND FUNCTIONAL PATHOLOGIES OF CONTEMPORARY LEGAL SYSTEMS

ABSTRACT

It's observed critically the present course of legal culture, especially around the so-called *culture of rights*. The legal culture is concerned with symbolic functions, which may exhibit pathologies. The symbolic functions of legal systems are briefly reviewed, which, in my opinion, are hampered or annulled by the development of some that consider pathological tendencies in contemporary legal systems, leading to a deepening dysfunctionality of law. In all this, law schools plays a central role.

Keywords: legal functions / legal pathologies / legal education

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales pela Universidad de la República - Udelar (Uruguay).
Profesor Titular de Filosofía del Derecho pela Universidad de la República - Udelar (Uruguay).
E-mail: ossarlo@gmail.com



1. INTRODUCCIÓN

Esta ponencia responde a una reflexión epistemológica en torno al papel de la enseñanza del derecho, la cultura jurídica y la funcionalidad de los sistemas jurídicos.

Por tanto comenzaremos por una revisión crítica de la teoría en torno al tema de funcionalidad del derecho, veremos luego la relevancia de la cultura jurídica en la funcionalidad del derecho y el papel que cumple a su respecto la enseñanza del derecho. Finalmente, nos planteamos como hipótesis que una dogmática "romántica" -dominante todavía en la formación jurídica en América Latina- podría ser la responsable de una progresiva disfuncionalidad en los sistemas jurídicos contemporáneos.

2. RELEVANCIA TEÓRICA DE LA FUNCIONALIDAD DEL DERECHO

2.1. Conceptualización de "función".

La cuestión de la funcionalidad del derecho es un tema típico del punto de vista externo al derecho, o sea de la teoría del derecho. De manera simplificada, entendemos que epistemológicamente hablando, el punto de vista interno es el que construyen y comparten los operadores y participantes de un sistema jurídico, mientras que el punto de vista externo es que se construye por quienes construyen el objeto jurídico predominantemente como observadores. La dogmática jurídica refleja el punto de vista interno del derecho, mientras que la teoría del derecho refleja el punto de vista externo del derecho.

Por consiguiente, cuestiones como la funcionalidad del derecho, el papel de la cultura de la legalidad, las conexiones entre derecho, política, economía, sociedad, etc. no se consideran centrales en la formación de los profesionales del derecho (abogados, escribanos, procuradores, etc.).

El término "función" es -naturalmente- polisémico; aquí lo tomo con el significado de efectos o resultados que produce una determinada actividad.

En este caso nos interesa conceptualizar los efectos o resultados de las actividades propias de los sistemas jurídicos, como por ejemplo, la legislación, las decisiones judiciales, la contratación, la enseñanza del derecho, los comportamientos de quienes deben cumplir las normas, etc.



Esto es observado más allá de los propósitos deliberados o conscientes que pudieran tener los actores del sistema jurídico.

Además, esas funciones se tratan de comprender sistémicamente, suponiendo que existe una conexión recíproca entre todos esos fenómenos.

Desde luego, el punto de vista externo no se limita a considerar los aspectos formales o superficiales de los discursos jurídicos (como sí lo hace la dogmática tradicional), sino que se interesa por la dimensión performativa de acciones jurídicas.

La funcionalidad del derecho -como veremos- se manifiesta fundamentalmente en una dimensión simbólica, más allá de la intencionalidad racionalizada de sus operadores. Por ejemplo, una de las manifestaciones más conocidas de este abordaje del derecho, han sido los estudios de género, que interpretan -de manera convincente- los efectos discriminatorios que ha tenido el lenguaje utilizado en las disposiciones jurídicas. Es evidente que nadie planificó deliberadamente esos usos con la finalidad de discriminación contra las mujeres, pero es evidente también, que hay allí un lenguaje construido históricamente desde la dominación masculina, y que seguramente está llamado a reproducir esa discriminación.

2.2. Las funciones del derecho

En general los teóricos que tratan el tema de las funciones del derecho, suelen hablar de ellas como si el derecho fuera un sujeto que "quiere" tal o cual resultado o persigue tal o cual fin: la paz, la integración social, la resolución de controversias, ordenación, etc., etc. Ello configura una suerte de hipostasiación, quizás admisible en el lenguaje vulgar, pero inadmisibles si pretendemos un estudio crítico o analítico del problema, que prescindiera de metáforas y ficciones.

En su lugar, adopto una perspectiva más realista. Lo que llamamos derecho es una modalidad muy especial de la política: un modo de practicar la controversia y la competencia por el poder, un modo de dominar, un modo de orientar la sociedad, un modo de dar sustentabilidad temporal y homogeneidad social-geográfica a una comunidad política. Es la política sometida al proceso de civilización jurídica.

Preguntarnos por las funciones de los jueces o del derecho significa analíticamente lo siguiente: ¿qué efectos diferenciales produce el ejercicio de la política bajo modalidad jurídica del que se producirían si se practicara sin ella? De esta manera podríamos aislar



conceptualmente lo específico funcional del modo jurídico de hacer política.

La cuestión de las funciones sociales del derecho ha sido tratada por grandes teóricos de la sociedad, como Max Weber, seguida luego por T. Parsons, N. Luhmann, J. Habermas, P. Bourdieu, etc., y del derecho, como N. Bobbio, J. Raz, L. Recasens Siches, etc.. Una mirada comprensiva de los estudios sobre las funciones del derecho, mostraría un cierto consenso [nominal, al menos] en torno a las siguientes funciones: resolución de conflictos [pacificación], regulación u orientación social [normatividad], integración y control social, promoción y configuración de condiciones de vida, cuidado del derecho mismo, y legitimación del poder social. Menos frecuentemente mencionada es la llamada "función simbólica", que -sin embargo- aparece actualmente como la más significativa.

En otros términos, hemos de considerar aquí que la funcionalidad del derecho consistirá -como fue concebido por la modernidad europea- en generar la idea de ser gobernados por reglas y no por hombres, esto es, la suposición de una instancia de la máxima racionalidad social imaginable. Para poder hablar de "funciones del derecho" deberíamos identificar resultados que se producen si -y sólo si- existe un sistema jurídico.

La importancia de esa función del derecho, radica en que lograría separar funcionalmente la voluntad (lugar del deseo) de lo normativo o deber ser (lugar de las expectativas compartidas, racionalmente fundadas, socialmente factibles y sustentables), como mecanismo para que lo normativo contenga, regule, oriente la voluntad de las personas hacia comportamientos que hagan viable la convivencia pacífica.

En las últimas décadas, se ha puesto un mayor interés en la función simbólica del derecho, particularmente en el marco de los estudios sobre cultura de la legalidad.

2.3. La funcionalidad simbólica del derecho

Las funciones simbólicas del derecho no aparecen en la enseñanza profesional del derecho, ni en la reflexión dogmática, que es su base habitual. Tampoco aparece en el tratamiento filosófico o sociológico tradicional. Para poder hablar de "funciones del derecho" deberíamos identificar resultados que se producen si -y sólo si- existe un sistema jurídico.

En cambio, sí aparece en la filosofía y en la sociología renovadora del siglo XX. Pero, será con las teorías críticas de las décadas de los 60's y de los 70's., fundadas en el interaccionismo simbólico, el marxismo, la semiótica, y la crítica ideológica, que cobra



particular centralidad.

Pero tras su identificación epistemológica, las categorías de la función simbólica se generalizan. Podemos decir que hoy en día ya no son patrimonio de las tendencias críticas o contestatarias de matriz marxista (Gramsci), sino que están presentes en epistemologías anarquistas (Castoriadis), analíticas (Kelsen, Raz), culturalistas (Paul W. Kahn), sociológicas (interaccionismo simbólico a partir de G.H. Mead, Herbert Blumer, Alfred Schütz, Berger y Luckmann, Bourdieu), la psicología social (Freud, Jung, Marcuse, Piaget, Lacan,), la antropología (Levi-Strauss y la eficacia simbólica del mito; Clifford Geertz), la semiótica (Charles Peirce), la lingüística estructural (De Saussure), etc.

Por ejemplo, tomemos la caracterización que hace J. Raz (1985), que ubica a las funciones simbólicas entre las funciones indirectas del derecho, como aquellas cuya realización consiste en actitudes, sentimientos, opiniones y formas de comportamiento; no constituyen obediencia o aplicación de disposiciones jurídicas, sino que resultan del conocimiento de la existencia de las disposiciones jurídicas o de la conformidad a ellas o de su aplicación. En ocasiones, dice, la realización de estas funciones resulta de la interacción de las normas jurídicas con otros factores, tales como las actitudes de las gentes hacia el derecho y la existencia, en la sociedad respectiva, de otras normas e instituciones sociales. El cumplimiento de estas funciones exige más que la mera conformidad al Derecho, como ocurre en el caso de las directas. En este tipo de funciones se agrupan, por ejemplo, cuestiones que contribuyan o debiliten el respeto a valores morales, a la autoridad, a los sentimientos de unidad nacional o enajenación, etc.

Para algunos autores la *función* simbólica debe distinguirse conceptualmente de la *eficacia* simbólica y del *uso* simbólico del derecho. La eficacia simbólica del derecho refiere a la legitimación que la reforma legal otorga a los gobiernos y la forma como estos se aprovechan del vacío entre ley y su aplicación para posponer indefinidamente la instrumentalización de la ley. La razón por la cual esto funciona para los movimientos sociales, se imagina uno, es su fetichismo legal. (GARCÍA VILLEGAS, 1993). En cambio, al *uso simbólico del derecho* refiere al empleo de mecanismos jurídicos con fines intencionalmente simbólicos, descartando los fines normales. El caso más estudiado es el uso simbólico del derecho penal, cuando grupos políticos impulsan tipificación de delitos o aumento de penas persiguiendo únicamente "*la creación, en el público, de una ilusión de seguridad y de un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones que*



tienen una base real cada vez más escasa: en efecto las normas continúan siendo violadas y la cifra obscura de las infracciones permanece altísima mientras las agencias de control penal siguen midiéndose con tareas instrumentales de imposible realización por ese hecho" (BARATTA, 1986, p. 35)

Quienes comenzaron a estudiar la función simbólica del derecho advirtieron que el derecho no sólo incide en la sociedad mediante el sentido normativo explícito o directo -prohibiendo, obligando o facultando-, sino que además produciendo ciertas representaciones en sus destinatarios. Incide en la sociedad -independientemente de la efectividad de sus disposiciones- por las ideas que suscita, las creencias, representaciones o imágenes asociadas al discurso jurídico, el prestigio del que está imbuido, los sentimientos incluso que es capaz de despertar en los destinatarios y operadores jurídicos.

La función simbólica alude a la aptitud del derecho para movilizar a la gente en beneficio de una idea o imagen. El sistema jurídico *"...no siempre funciona a través de la fuerza impositiva o facultativa de sus contenidos sobre la conducta de los ciudadanos, también lo hace a través de las fuerzas legitimadoras de sus formas y contenidos sobre las representaciones de los ciudadanos."* (GARCÍA VILLEGAS, 1993, p. 3)

Para A. Ruiz (1986) *"El derecho es una práctica social específica que supone más que su materialidad. Esa práctica es, además, representativa. El derecho asume un papel simbólico: significa más que el conjunto de actos, discursos, elementos normativos que servirían para ejemplificarlo. Lo significado por él no está, o no está únicamente, en esos actos discursos y normas. Buena parte del imaginario social está puesto en el derecho. El lugar que ocupa y determina está poblado de mucho de lo no dicho, no actuado, no expresado. El derecho no permite ni prohíbe de manera casual, ni tampoco lo hace como un mero reflejo de la estructura de dominación social y económica que integra. Las razones de las prohibiciones en el derecho obedecen tanto a criterios racionales, de previsibilidad, de establecimiento de reglas de juego que hagan factible la subsistencia del sistema social, cuanto a elementos vinculados a aspectos más primitivos y básicos de los hombres que lo construyen."*

Como se puede apreciar fácilmente, la función simbólica presenta otras características notables: no está formalizada, es decir, no está sujeta a controles formales, ya que a veces es el resultado espontáneo no deliberado, pero aún cuando sea un objetivo deliberado (uso), no está sujeto a control formal, pues la eficacia simbólica funciona en un registro diferente.



De los innumerables estudios producidos al respecto, me interesa identificar como aportes específicos del derecho al imaginario de una comunidad política, aquéllas categorías fundamentales, que hacen que ningún proyecto político, prescindiera hoy en día de recurrir al *modo jurídico*: orientación de comportamientos; identidad e integración en el tiempo e inclusión en el espacio social; legitimación del orden establecido; desactivación de los conflictos, etc. Claro que a cada función positiva, corresponde la opuesta: legitimar el poder, implica correlativamente deslegitimar a los desafiantes del poder; etc. Veamos con un poco más de detalle estas funciones.

2.4. Identificación de las funciones simbólicas del derecho.

Voy a especificar la funcionalidad simbólica del derecho en tres rubros principales:

a) *Orientación normativa: obligatoriedad y confirmación de expectativas.*

Esta función responde a clásico ideal del *rule by law*, es decir, ser gobernado por leyes y no por hombres. Actualmente se recoge al tratar la cuestión de la normatividad del derecho.

Esta es quizás la función simbólica más conocida intuitivamente. El derecho produce en los integrantes de la sociedad, el sentido normativo necesario para que el mismo sea considerado derecho válido (según H. Kelsen) o derecho vigente (según A. Ross).

Y es que, como advertía el propio Kelsen (1979, p. 222), interpretar algunos hechos como portadores de sentido normativo, es sólo una interpretación posible, más no necesaria. Y además, ella se basa en la creencia en una norma básica fundante, que no es más que una ficción útil. Así "[...] la afirmación: el derecho tiene validez objetiva [...] es sólo una interpretación posible, posible bajo determinados *presupuestos* [...] la creencia en la autoridad o en la competencia de la autoridad instauradora de derecho".

Cuando se ha generado el sentido normativo, entonces ello puede 'observarse' a través de las actitudes que genera en los operadores del sistema, en los destinatarios, en los teóricos, etc. Todos los involucrados deben adoptar el punto de vista interpretativo que sugiere la función simbólica del derecho, para poder convivir con cierta previsibilidad, seguridad, etc.

Más allá de las interminables discusiones en torno a la famosa [y misteriosa] norma hipotética fundamental kelseniana, ésta puede [y debería] ser vista como una creencia colectiva promovida por la propia práctica discursiva de quienes dominan, que logran generar esa creencia cuando invocan sistemáticamente un fundamento para su autoridad. En su última



formulación, Kelsen explicita mejor su idea:

 Mi norma fundamental es una norma ficticia, que presupone un acto de voluntad ficticio que dicta esta norma. Es la ficción de que una autoridad quiere que esto deba ser [...] Lo que se piensa con la norma fundamental es la ficción de un acto de voluntad que realmente no existe. [...] Como tal es una ficción auténtica o propia en el sentido de la filosofía del 'como si' de Hans Vaihinger, ficción caracterizada no sólo como contradictoria con la realidad sino también contradictoria internamente. (KELSEN,1994).

b) Identidad en el tiempo y el espacio, e integración e inclusión social.

O'Donnell (2004) da cuenta de este fenómeno histórico en América Latina:

 La construcción del estado incluyó la expansión y formalización del derecho emanado del centro. Esto fue percibido como crucial para homogeneizar a la población en al menos dos sentidos: uno, en el de arrasar con lealtades y sistemas legales locales, lo cual ayudó a crear una economía “nacional” unificada –y capitalista– que contribuiría a los crecientes gastos del centro; y dos, en el de promover una identidad colectiva directamente vinculada con el estado emergente, y así diferenciar su población frente a otros estados competidores.

También Kelsen había advertido que la identificación de los hombres con una comunidad social sólo es posible en tanto se representan un orden normativo que los obliga en sus relaciones recíprocas. Al respecto dice:

 Si se preguntara por qué un hombre, junto con otros hombres, pertenece a un Estado determinado, no es factible encontrar otro criterio del que, tanto él, como los restantes, están sometidos a un orden coactivo relativamente centralizado. Los demás intentos de buscar otra relación que mantenga unidos a los hombres posiblemente separados por lenguaje, raza, religión y concepción del mundo, así como por oposiciones de clase y otros múltiples conflictos de intereses, ligándolos en una unidad, tienen que fracasar. En especial, es imposible demostrar alguna suerte de interacción espiritual que, con independencia de toda obligación jurídica, comprenda de tal modo a todos los hombres pertenecientes a un Estado, que pueda distinguírseles de otros hombres, pertenecientes a otro Estado, y también unidos por una interacción análoga, como dos grupos separados [lo cual sucede porque] Cuando los hombres [...] conviven socialmente, [...] surge en



cada individuo la voluntad de actuar en la manera como los miembros de la sociedad consuetudinariamente actúan [y ello es así porque] aparece en cada individuo la representación de que debe actuarse como los miembros de la sociedad suelen hacerlo, y el querer que también los restantes miembros de la sociedad se deban comportar así. (KELSEN, 1979, ps. 23, 292-293)

De esta manera la teoría del derecho aparece conectada con las teorías antropológicas y de psicología social. Es el derecho que hace posible el que un grupo de seres humanos se representen como formando parte de (perteneciendo a) una entidad superior como la tribu, el Estado, etc.

Pero el orden normativo no sólo provee de identidad supra-personal, sino que también permite representarnos la identidad supra-generacional: a pesar que todos sus miembros hayan desaparecido, seguimos creyendo que la unidad se mantiene en el tiempo, a través de esa representación simbolizada por el derecho.

Esa identidad se proyecta también hacia el interior del grupo, permitiendo que sub-grupos diversos, con fuertes oposiciones de intereses, puedan representarse como integrando un mismo cuerpo, más aún cuando les da acceso a ejercer algunos derechos.

c) Legitimación del orden político: articulando los momentos de indisponibilidad y de eficacia.

Desde la teoría crítica, Alicia Ruiz (1986) afirma

El derecho es inseparable del poder en el Estado moderno, pero no está respecto de él en una relación de yuxtaposición. Le proporciona al poder su discurso legitimante, aun en aquellos casos en que su ejercicio alcance los máximos grados de arbitrariedad y discrecionalidad. Siempre aparece dotando al poder de cierta 'dignidad' asignada a esa 'situación estratégica' de la que habla Foucault, a la que nadie puede dejar de tomar en cuenta. [...] Ese discurso jurídico [...] abarca tanto el discurso de la ciencia del derecho, cuanto el de las autoridades y el de los súbditos. Es lo que los magistrados establecen, lo que los ahogados argumentan, lo que los litigantes declaran, lo que los legisladores sancionan, lo que los doctrinarios critican. Este discurso es, por su propia naturaleza, un 'discurso constituyente', que asigna significaciones a hechos y a palabras, más allá de las intenciones de quienes los ejecutan o las pronuncia.

Quien más ha penetrado los mecanismos por los cuales el derecho legitima el orden establecido, ha sido Habermas, para quien el derecho genera la creencia sostenida en una



instancia indisponible de la normatividad, lo que permite legitimar el orden establecido, en la medida que ello favorece desligar la voluntad de los que dominan, del orden positivo (HABERMAS,1998).

Esta idea es corroborada por P. W. Kahn (2001, p. 19) desde el campo de los estudios culturales del derecho. Planteándose la relación entre legitimidad y Estado de derecho, Kahn busca comprender cómo y por qué tenemos la percepción que tenemos sobre la legitimidad del derecho, y cómo llegó a naturalizarse esa creencia. Para ello se pone en la mirada de quienes se considera que expresan el derecho, como profesores de derecho y jueces. Se plantea así la estructura de la imaginación jurídica desde lo que Hart llamaría el "punto de vista interno", correspondiente a aquéllos que están más comprometidos con el derecho en su vida profesional y personal (KAHN, 2001, p. 51).

En este sentido, Kahn (2001, p. 19) señala que “Para los estadounidenses, la función que el derecho cumple es constitutiva y reguladora”, agregando que “Sin una herencia étnica, racial o religiosa común, la identidad estadounidense es peculiarmente dependiente de la idea de derecho”, tesis ciertamente muy cercana a la de Kelsen citada más arriba.

Esta tesis corrobora -a su vez- la interpretación que antes había formulado Hanna Arendt (2006, p. 198) de la experiencia constitucional norteamericana, como generadora y cohesionadora de una comunidad política. Comparando la experiencia revolucionaria norteamericana con la francesa en el Siglo XVIII, Arendt concluye que en la primera “el problema principal que se les planteo, no consintió en limitar el poder sino en fundar uno nuevo”, del mismo modo que Rousseau pensaba su idea de "religión civil", y más tarde Habermas desarrollará su idea de un “patriotismo de la constitución” (HABERMAS, 1989, p. 83; 1998, p. 619).

Para Habermas

La procedimentalización de la soberanía popular y la vinculación retroalimentativa del sistema político con las redes (para él) periféricas que representan los espacios públicos políticos se corresponde con la imagen de una sociedad decentrada [en cuyo caso] la democracia ya no puede operar con el concepto de un todo social centrado en el Estado [sino que mantiene abierto el horizonte de deliberación -como razón postconvencional-, ya que en el Estado democrático de derecho] el lugar simbólico de la soberanía discursivamente fluidificada ha de permanecer vacío. (HABERMAS, 1998, p. 374, p. 529).



Ese lugar vacío en el imaginario social que no puede ser colmado, justificado, naturalizado por ningún sentido específico, es compensado postulando que la comunidad política en las sociedades actuales está ligada por el sentimiento que genera un "patriotismo de la constitución". Pero esa identidad generada por el patriotismo de la constitución es suficientemente laxa debido a que se concibe a la Constitución como un proceso de reconfiguración continuo del "sistema de derechos mediante el que se hace valer la conexión interna entre autonomía pública y autonomía privada" (HABERMAS, 1998, p. 354).

3. ENSEÑANZA DEL DERECHO, FUNCIONALIDAD SIMBÓLICA Y SUS PATOLOGÍAS

3.1. La enseñanza del derecho y cultura de la legalidad.

Una enseñanza universitaria en el campo jurídico, debería no sólo atender a la formación de profesionales técnicos que operen en el campo, sino principalmente de que agentes que comprendan la funcionalidad del derecho, de manera que exista una cierta armonía en todo el sistema.

En otros términos, la funcionalidad de la enseñanza del derecho, consistiría en que sus egresados lograran equilibrar racionalmente la promoción de la voluntad (el deseo) con su sujeción a las normas (principio de realidad), o, para decirlo en palabras de Habermas, que comprendan la ineludible tensión entre facticidad y validez.

Bajo el predominio de la dogmática clásica, ese equilibrio se lograba porque la dogmática misma asumía como límite el valor indiscutible de la ley, como expresión de una voluntad social racionalizada, generalizada.

Pero, luego de la II Guerra Mundial, hemos visto entrar en crisis esa dogmática, y consolidarse aquello que de manera optimista Bobbio celebraba -en la década de los '80- como la "edad de los derechos" (BOBBIO, 1994). Hoy vemos que algunas concepciones teóricas (el neoconstitucionalismo, por ejemplo), la dogmática, las constituciones, la legislación y las sentencias están dominadas por el discurso de los derechos, mientras que ha desaparecido prácticamente toda referencia a los deberes.



En términos culturales, lugar por excelencia de lo simbólico, parece que por esta vía han quedado en un lugar de privilegio los deseos colectivos, sin el contrapeso que otrora significaban la generalización y los deberes.

No me detendré en ello, pero me parece evidente que la enseñanza del derecho (la universitaria o su transposición a nivel primario o secundario) cumple un papel fundamental en la conformación de una cultura de la legalidad.

La cultura jurídica tiene que ver con una dimensión que generalmente los juristas dejamos fuera del recorte epistémico que suponen las dogmáticas jurídicas, pero también suele quedar fuera de las miradas teóricas más elaboradas.

La cultura jurídica refiere a la manera como las sociedades vivencian el derecho, desde qué valores se vinculan con él, y por consiguiente, ello constituirá una variable que condiciona el sentido último de la experiencia jurídica de cada sistema.

Desde esta perspectiva, podemos observar las principales diferencias que resultan de la comparación jurídica. Así podemos fácilmente comprender porqué del mismo texto sancionado en distintos países, resultan luego experiencias diferentes. Una explicación meramente analítica revelará que ello se debe a que la normatividad jurídica no radica en los textos sino en las interpretaciones de esos textos. Este punto de vista fue iniciado por Hans Kelsen y adquiere pleno desarrollo en la teoría analítica del derecho contemporánea, por ejemplo en Riccardo Guastini. (SARLO, 2011). Pero a su vez, las interpretaciones de los textos no son fenómenos de una conciencia individualmente autónoma, sino más bien de una comunidad inmersa en una tradición y que comparte experiencias y valores.

3.2. Patologías de la cultura de la legalidad.

Para la mirada crítica, la cultura de la legalidad de una sociedad determinada puede exhibir patologías, con referencia a lo que suponemos serían **las funciones de los sistemas jurídicos**. Para ello he repasado brevemente lo que cabe entender por funciones del derecho, destacando que sólo cabe denominar tales aquéllas que únicamente pueden lograrse mediante la existencia de un sistema jurídico. En este sentido, he sostenido que la única función específica del derecho es una función simbólica: legitimar el orden social generando *sentido normativo* para orientar los comportamientos de la sociedad, lo cual se logra institucionalizando procesos de resolución racional (discursiva) de las distintas instancias de



una normatividad positiva: aprobación de normas generales y aplicación de las mismas en casos concretos. De esta manera se genera la convicción social de ser gobernados por reglas, y no por la voluntad de unos gobernantes ocasionales.

Esta función, a mi juicio se ve obstaculizada o anulada por el desarrollo de algunas que considero tendencias patológicas en el derecho contemporáneo, que conducen a una disfuncionalidad cada vez más profunda del derecho. Entre las tendencias patológicas del derecho contemporáneo señalo:

a) inflación de los derechos, fruto de una ligereza e irresponsabilidad en su demanda y reconocimiento.

b) olvido de los deberes, que son parte de la racionalidad de una normatividad efectiva;

c) priorización de los principios por sobre las reglas, debilitando las certezas de las expectativas normativas, y ampliando significativamente la discrecionalidad judicial;

d) judicialización de la vida social y política, consecuencia muchas veces de las anteriores tendencias;

e) internacionalización de los estándares normativos (derechos humanos), lo cual no se compadece ni con las condiciones de desarrollo económico y social de las regiones, ni con un consenso en torno a una ética universal, con lo cual resulta problemático pensar en una ciudadanía universal;

f) deslegitimación e ineficacia del Estado ante la imposibilidad de satisfacer tales demandas, y en definitiva, deslegitimación de la política.

4. CONCLUSIÓN REFLEXIVA

Como **aporte a la reflexión** que necesariamente deberíamos encarar, sugiero que buena parte de estas patologías, especialmente en América Latina, responden al papel que ha jugado la matriz formativa imperante en nuestras facultades de derecho. En efecto, si consideramos que existen distintas miradas acerca del derecho, según sea el papel que se cumpla en el sistema, cabe distinguir claramente la perspectiva del abogado litigante, la del doctrinario, y la del diseñador de instituciones.

Esas miradas pueden tener, y de hecho tienen, intereses diferentes, y por tanto, generan una comprensión diferente del derecho. En este sentido cabe examinar las consecuencias que



ha tenido el cultivo casi exclusivo de la mirada del abogado litigante, como perspectiva dominante en la comprensión del derecho, interesada en su formación profesional.

Cambiar la funcionalidad del derecho en las sociedades latinoamericanas, especialmente en torno a un desarrollo económico sustentable con mayor igualdad, requeriría que nuestras facultades de derecho incorporaran estudios teóricos que muestren la conexión del sistema jurídico con la economía, la política, la cultura, la sociedad, etc., incluyendo la formación profesional en campos no litigiosos del derecho, como por ejemplo técnicos legislativos, consultores en diseño institucional, etc.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AAVV. Funciones y fines del derecho (estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista), Univ. de Murcia, EDITUM, 1992

AAVV. Anuario de Filosofía del Derecho, Año 1973-1974, Número 17, monográfico dedicado a: La función del Derecho y las ideologías jurídicas, Madrid, 1974.

AÑÓN ROIG, María José. Funciones del Derecho. In: de LUCAS MARTÍN, Francisco Javier, et al. Introducción a la teoría del derecho, Madrid, Tirant Lo Blanch, 1992, págs. 109-131.

ARENDDT, Hanna. Sobre la Revolución, Madrid, Alianza, 2006.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Introducción a la sociología jurídico-penal, Méjico D.F. Siglo XXI, 1986.

BOBBIO, N. La Edad de los Derechos, Editorial Fundación Sistema, Madrid 1994.

FERRARI, Vincenzo. Funciones del Derecho, Madrid, Debate, 1999.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. La Eficacia Simbólica del Derecho, Ediciones Uniandes, Bogotá, 1993.

HABERMAS, Jürgen. Conciencia histórica e identidad postradicional. La orientación de la República Federal hacia Occidente. In: _____. Identidades nacionales y postnacionales, Madrid, Tecnos, 1989.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, Madrid, Trotta, 1998.

KAHN, Paul. El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos, Barcelona, Gedisa, 2001.



KELSEN, Hans. *Secular Religion: A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science, and Politics as 'New Religions'*, Vienna/New York, Springer, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoría General de las Normas*, México, Trillas, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 1979.

O'DONNELL, G. *Acerca del estado en América Latina contemporánea: diez tesis para discusión*. In: PNUD: *La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires: Aguilar, 2004.

RAZ, Joseph. *Las Funciones del Derecho*. In: _____, *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1985.

RAZ, Joseph. "The Politics of the Rule of Law", *Ratio Juris*, 3/3,1990, pp.331-339.

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

RUIZ, Alicia E. "La ilusión de lo jurídico. Una aproximación al tema del derecho como un lugar del mito en las sociedades modernas", In: *Crítica jurídica*, Ed. Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, 1986, n° 4, pp. 161-168. Posteriormente también en: AAVV, "Materiales para una Teoría Crítica del Derecho", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.

SARLO, O. *Algunas observaciones sobre interpretación jurídica en Kelsen*. In: CLÉRICO, L. y SIECKMANN, J. (orgs.). *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 229 - 255.