

¿QUÉ ES LA OPACIDAD DEL DERECHO?

Juan Pablo Caputo¹

jpcaputo91@gmail.com

ORCID

Resumen

En el presente trabajo, se desarrollará lo que Carlos Cárcova acuñó como 'la opacidad del derecho', como también se trabajarán las causas que originaron presente fenómeno tales como la marginalidad y aculturación, la anomía, la ideología y la complejidad. El objetivo general será acercar a todo/a operador/a jurídico que tenga vocación emancipatoria diversos conceptos nodales trabajados por uno de los padres de las corrientes críticas del derecho en América Latina.

Palabras clave: opacidad, derecho, ideología, ocultamiento, complejidad

WHAT IS THE OPACITY OF THE LAW?

Abstract

In this paper, we will develop what Carlos Cárcova coined as 'the opacity of law', as well as the causes that originated this phenomenon such as marginality and acculturation, anomy, ideology and complexity. The general objective will be to bring any legal operator with an emancipatory vocation closer to various nodal concepts worked on by one of the fathers of the critical currents of law in Latin America.

¹ Abogado recibido en la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Abogacía del Estado (PTN - ECAE). Maestrando en la Maestría de Derecho Administrativo y Administración Pública de la Universidad de Buenos Aires. Diplomado en Corrientes Críticas del Derecho por la Universidad Nacional de José C. Paz. Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Universidad de Buenos Aires. Docente de Teoría General del Derecho.

Key words: opacity, law, ideology, concealment, complexity

QUE É A OPACIDADE DO DIREITO?

Resumo

Neste artigo, desenvolveremos o que Carlos Cárcova cunhou como "a opacidade do direito", bem como as causas que originaram este fenómeno, tais como a marginalidade e a aculturação, a anomia, a ideologia e a complexidade. O objectivo geral será o de aproximar qualquer operador jurídico com vocação emancipatória de vários conceitos nodais trabalhados por um dos pais das correntes críticas do direito na América Latina.

Palavras-chave: opacidade, direito, ideología, ocultação, complexidade

I. Introducción

Con motivo del pase a la inmortalidad de Carlos Cárcova, las presentes líneas tienen como objetivo general rendirle un homenaje. En ese sentido, considero que una manera adecuada de hacerlo será acercar algunas de sus ideas al público interesado en la temática jurídica en general y en la filosofía del derecho en particular.

Este autor ha sido un exponente de las corrientes críticas del derecho en América Latina, especialmente en Argentina. Sus aportes han servido como marco teórico para problematizar los esquemas de pensamiento jurídico dominante y para generar una corriente de derecho alternativo. Dirá Capella que su proyecto ius-filosófico se situó en un pensamiento crítico que, en vez de hacer abstracción de la realidad, trató de determinarse sobre los rasgos específicos que esta adquiere en las sociedades latinoamericanas concretas (Cárcova, 2019a).

Desde tal orden, Cárcova buscó constituir tanto una crítica de la teoría como una teoría crítica, es decir que se intentó poner de manifiesto los límites explicativos de las

concepciones aceptadas y a su vez se tuvo como horizonte la transformación de determinado campo objetivo.

En palabras del autor (Cárcova, 2006), esta corriente tiene como sustento epistemológico los siguientes postulados: la denuncia de la función ideológica que encubre la fundamentación de lo jurídico por lo divino o lo sucedáneo; la impugnación del reduccionismo normativista que supone un simple juego de disposición y organización metodológica del derecho con preterición y olvido de lo social; como también la necesidad de dar cuenta de las condiciones históricas de aparición del discurso de la ley, los modos de su producción circulación y apropiación y la articulación de este proceso con los intereses que están en su base, entre otros.

En razón de los presentes comentarios, el eje de este trabajo será “la opacidad del derecho”. A priori, es necesario señalar que esta conceptualización es uno de los presupuestos epistemológicos de las corrientes críticas del derecho. En cuanto a ello, entiendo que esta figura debe servir como elemento de una caja de herramientas que sea de utilidad para acrecentar la distribución del poder social entre la población.

Como concepto, la opacidad fue trabajada por nuestro protagonista en diferentes oportunidades. La primera vez fue en el artículo denominado ‘Sobre la comprensión del derecho’ publicado en la obra ‘Materiales para una teoría crítica del derecho’; luego, dicho concepto se desarrolló en el libro ‘Derecho, política y magistratura’, cuyo tratamiento se concretó en un capítulo que llevó el nombre ‘La opacidad del derecho’; finalmente, el autor fue más allá y consagró este fenómeno en un libro de título homónimo.

Ahora bien, ¿Cómo se define a la opacidad del derecho? ¿Su existencia es producto del azar o, por el contrario, es el resultado de una operación deliberada? ¿Existen elementos generadores de opacidad? ¿Es posible hacer algo con ello? Intentaremos dar respuesta a estos interrogantes a lo largo de los siguientes párrafos.

II. ¿Qué es la opacidad del derecho?

Cárcova ha dicho que existe una brecha aguda entre cómo se organizan y funcionan las formas institucionales y la efectiva comprensión que los individuos poseen de tal

organización y funcionamiento. En gran medida, las primeras influyen y determinan a los segundos.

Si quisiéramos pensar al derecho como a una película o como a una obra de teatro, es posible afirmar que, paradójicamente, este no es conocido ni asimilado por los actores en escena. Se cumplen rituales, se imitan conductas, se reproducen gestos, pero sin escasa o nula percepción de lo que ello significa. Existe una multiplicidad de funciones que atraviesan la vida social que no son comprendidas.

Si bien el desconocimiento de lo que ‘dice’ el derecho varía según el país y el individuo, según el grado de desarrollo social, cultural, político y económico de los primeros, como también según el lugar que los segundos ocupen en la estructura social, la no-comprensión subsiste de manera categórica.

A pesar de que se presume que el derecho es conocido por todos y todas, se desconoce el contenido y modalidad de los fenómenos científicos y tecnológicos que dan sustento a los instrumentos que manipulan los individuos. En tal orden, no se perciben las razones que otorgan sentido a esas prácticas en la estructura social.

De tal modo, Capella afirma que el fenómeno de la opacidad del derecho refiere al extrañamiento popular de los procesos de toma de decisiones, el cual está necesariamente acompañado del condimento adicional de una heteronomía oculta tras la apariencia de libertades (Cárcova, 2019a).

Ahora bien, ¿cuál es la importancia de que los individuos puedan actuar sus roles sociales sin percibir de forma acabada su sentido? Cárcova (2006) dirá que el problema consiste en que los sujetos de derecho deben adecuar sus conductas a la ley, mientras que al mismo tiempo la desconocen o no la comprenden. En otras palabras, la ciudadanía no asume los efectos generados por los actos realizados como por las omisiones en que se incurre, o mismo se tiene confusión respecto de sus consecuencias.

En suma, el punto es que el derecho resulta indisponible para la mayoría de los/as ciudadanos/as. Ahora, la pregunta que debemos hacernos es ‘¿Por qué?’. En concreto, ¿cuáles son las causas por las cuales estamos hablando de ‘no comprensión del derecho’ de parte de nuestro pueblo? Veamos.

III. Las razones de la opacidad

El protagonista de estas líneas ha sostenido que este ‘efecto de desconocimiento’ del derecho obedece a múltiples y heterogéneas razones. De igual forma, la opacidad se manifiesta de diversa manera, dependiendo de las características de cada formación histórico-social y de las condiciones concretas, sociales y personales, de cada individuo o conjunto de individuos. Desde esta perspectiva, la no comprensión del derecho como constante generalizada está vinculado con

“la profusión normativa, con las complejidades técnicas de los institutos, con factores socio-estructurales, con mecanismos de manipulación y ocultamiento que juegan un papel en la constitución y reproducción de las hegemonías sociales, con los contenidos ficcionales del derecho, con la variedad y cruce de pautas culturales que constituyen las visiones sociales fragmentadas de nuestras grandes urbes de fin de siglo” (Cárcova, 2019a: 31 y 32).

En razón de ello, el autor individualiza ciertas causas que ofician como origen de este fenómeno. Tal es así que puede hablarse de la marginalidad de grandes sectores de la población, de la anomia y aculturación, del nexo existente entre opacidad e ideología, como también del vínculo entre el presente objeto de estudio y la figura de la ‘complejidad’.

Sobre el primer punto, se especifica que enormes contingentes de individuos viven en condiciones infrahumanas. Concretamente, ello implica mala alimentación, carencia de beneficios sociales de salud y educación, desocupación u ocupación con condiciones laborales paupérrimas, y a su vez inexistencia de grados mínimos de información respecto de la ley que los y las rige.

Lo antedicho sucede gracias a una estrategia política y económica que dualiza, desintegra, disuelve vínculos y expulsa fuera del sistema a millones de personas, es decir que las priva de derecho. Para colmo, la carencia de acciones concretas en defensa de la dignidad humana no subsiste por su cuenta, sino que el derecho aparece como exterior, ajeno, extraño, impropio, inaprehensible e incomprensible (Cárcova, 1996).

De acuerdo con estos términos, Cárcova ha dicho que, cuando los individuos quedan aislados, no pierden solamente ciertos beneficios. Básicamente pierden conciencia acerca de sí mismos

y de su entorno. Se pierden lazos y con ello información, comprensión y capacidad de interacción (Cárcova, 2019a).

En torno a la anomía², esta puede ser caracterizada como: a) la falta relativa de normas en una sociedad o un grupo; b) el estado de ánimo en el que se hallaba un individuo que ha perdido sus parámetros morales, que no rige sus conductas por normas y que no se identifica con el grupo al que pertenece o pertenecía; c) quiebre de la estructura cultural que tiene lugar cuando hay una disyunción aguda entre normas, objetivos culturales y capacidades socialmente estructuradas de los individuos del grupo; y d) situación compleja que conjuga un conflicto de roles o normas por un lado, y un sistema social que impone la consecución de ciertos objetivos personales pero que no ofrece los medios para su obtención de manera generalizada por el otro (Cárcova, 2019a).

Específicamente, el autor dirá que la anomía presenta diversas formas tales como aquellas que resultan de la inexistencia de normas, como también las que son consecuencias de la existencia de normas u ordenamientos contradictorios. Bajo tal orden de ideas, Cárcova elegirá centrarse en la segunda variante.

Por otra parte, el nexo entre opacidad e ideología merece una extensión mayor de la que se dará en las presentes líneas. Desde la perspectiva de quién redacta el presente trabajo, este es uno de los tópicos más trascendentes que todo/a abogado/a con vocación emancipatoria debe tener en consideración. Ya dicho esto, se desarrollarán algunas ideas centrales.

Resulta necesario recuperar lo dicho por Carlos Cossio, quien sostuvo en su trabajo inédito ‘Ideología y derecho’ que “hablar de ideologías jurídicas significa hablar del capitalismo en el sentido de un desenmascaramiento de sus intereses en el ámbito de las doctrinas jurídicas, tanto científicas como filosóficas” (Cárcova, 2019a: 159).

Si bien es un término polisémico, es decir que este concepto posee más de un significado, se escogerá el construido por Cárcova (2019a: 166). En tal orden, la ideología es “una representación de las relaciones imaginarias de los individuos con sus verdaderas condiciones

² Si bien Cárcova traza vínculos entre la anomia y el pluralismo jurídico, no será objeto central de este trabajo trabajar ese aspecto de su obra.

de existencia”. Se enfatiza que esta es producto de las relaciones de poder establecidas y con frecuencia funcional para su histórica reproducción (Cárcova, 2009a).

El autor agrega que dichas relaciones imaginarias se componen de imágenes, conceptos y estructuras inscriptas de forma no consciente. De igual manera, la ideología es práctica material inscripta en los aparatos de Estado, tanto los represivos como los ideológicos³.

¿Cómo se vincula a ello con el derecho? Para dar una respuesta, es necesario señalar su relación con el discurso. Este último puede ser definido como

“un acontecimiento comunicacional, interacción verbal o proceso social de producción de sentido. Se trata del análisis de quién utiliza el lenguaje, cómo lo utiliza, para qué y cuándo, de modo de poder formular una teoría sobre las relaciones entre el uso del lenguaje y las creencias, en el marco de la interacción social” (Cárcova, 2009b: 33).

A partir de lo aquí puntualizado, las corrientes críticas del derecho consideran al derecho como a una “práctica social específica de naturaleza discursiva, la cual expresa y condensa los niveles de acuerdo y de conflicto propios de una formación histórico-social determinada” (Cárcova, 2009a: 30).

En razón de ello, se sostiene que: a) es práctica, porque se trata de una acción repetitiva, estabilizada en el tiempo y estilizada; b) es social, porque sólo es requerida cuando media interacción entre los individuos; c) es específica, porque produce sentidos propios y diferentes a los de otros discursos; y d) es de naturaleza discursiva, en cuanto se materializa como proceso social de producción de sentido (Cárcova, 2009b).

Desde este orden de ideas, el derecho de la modernidad posee un carácter general, abstracto y formalizante. Se constituye a los individuos como sujetos jurídico-políticos libres e iguales, lo que implica que el régimen de las diferencias efectivas queda, desde la ley, inscripto en un marco de presunta homogeneidad (Cárcova, 2019a).

Al ser el encargado de asignar significados a palabras, comportamientos, hechos, símbolos y conocimientos, este discurso instituyente está destinado a legitimar la distribución del poder social. Es detentado por un conjunto de individuos denominados ‘juristas’, es decir

³ Para profundizar este punto, se aconseja ver ALTHUSSER, L. (1998), *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. Freud y Lacan, Buenos Aires, Nueva Visión.

funcionarios/as, jueces/zas, abogados/as, teóricos/as, litigantes, doctrinarios/os y legisladores/as. Estos actores piensan y actúan las formas de administración institucionalizada, los procedimientos de control y regulación de las conductas, como también los modos de surgimiento y goce de los derechos.

Por ende, devienen en depositarios de una forma de poder social específica que se asienta no solo en el conocimiento técnico que poseen, sino también en el desconocimiento correlativo del no iniciado. En función de ello, el poder que se asienta y se preserva en el conocimiento del modo de operar el derecho se ejerce a través de la reproducción del desconocimiento generalizado de estos modos de operar.

Ahora, ¿por qué podemos decir que el derecho es un discurso ideológico? Justamente porque coadyuva a la producción y reproducción de una representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos y de sus relaciones con los demás. De igual manera, este oculta el sentido de las relaciones estructurales entre los individuos a los fines de generar consenso entre sus destinatarios.

Por ello, el vínculo entre opacidad e ideología se vuelve más nítido. La opacidad no es un accidente ni tampoco un problema instrumental susceptible de resolverse mediante reformas legislativas. Esta se encuadra como una demanda objetiva de la estructura del sistema, la cual busca escamotear el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos. En definitiva, el autor dirá que “el ocultamiento produce opacidad, en los términos más tradicionales de la teoría de la ideología” (Cárcova, 2019a: 199)

Cárcova cita tanto a Foucault como a Legendre para des-opacar este asunto. El primero de los autores refiere que el secreto es indispensable para el funcionamiento del poder, ya que este solo será tolerable y exitoso si logra esconder y enmascarar sus mecanismos. El segundo dirá que la función del derecho es oscurecer la verdad y que, si quiere constituirse como garantía de orden, deberá permanecer inaccesible (Cárcova, 2019a).

Ante dichos paradigmas, debe correrse el manto de neblina que emana de las relaciones de poder y del derecho, con el fin de reconocer el nexo entre derecho y política (Ruiz, 2009). Al fin y al cabo, este discurso opaco e ideológico dista de ser neutral, debido al ocultamiento

que produce del sentido de las relaciones de hegemonía y dominación establecidas entre los seres humanos.

De allí es que surge la importancia de la denominada ‘función paradójica del derecho’ acuñada por Cárcova. Según esta visión, el derecho se constituye como un mecanismo de preservación y reconducción de los intereses y finalidades de los grupos dominantes, como también resulta ser un mecanismo de defensa, contestación política y cambio social para los sectores dominados (Cárcova, 2009b).

Por su lado, en razón a la tríada derecho-complejidad-opacidad, corresponde definir al segundo término como la forma en que se relacionan los elementos de un sistema. Cuando estos aumentan, se presenta la imposibilidad de relación entre ellos en un mismo momento, generando de manera consiguiente una situación de complejidad. Dicho de otra manera, un hecho es complejo si consiste en tantos elementos que estos pueden coexistir de forma recíproca, aunque de manera selectiva.

Desde esta perspectiva, la complejidad puede ser vista como un exceso de posibilidades en el mundo, lo que conlleva la necesidad de reducción que determina un modelo de selección de las relaciones. Ello genera la exclusión temporal de otras posibilidades de conexión con otros elementos.

Cárcova (2019a) cita a Luhmann a los fines de precisar el alcance del término ‘complejidad’, y prescribe que esta figura significa coacción de selección, lo que conlleva tanto contingencia como riesgo. Tal es así que se dirá que cualquier estado complejo de cosas se basa en una selección de las relaciones entre los elementos que son utilizados para constituirse y conservarse. Que se seleccione sitúa y cualifica los elementos, aunque es necesario advertir que puede haber otras formas posibles de relación.

A fin de simplificar la comprensión del término, Luhmann brindó otra definición que postulaba que un hecho es complejo si consiste en tantos elementos que estos puedan estar en relación recíproca, sólo en forma selectiva. En este orden de ideas, la complejidad presupone siempre un proceso de reducción que fija un modelo de selección de las relaciones, en donde opera necesariamente una exclusión temporal de otras posibilidades de conexión de elementos como meras posibilidades potenciales (Cárcova, 2019a).

Ya habiendo hecho las aclaraciones correspondientes, Cárcova encontró una relación entre el derecho y la noción de complejidad. En particular porque la toma de decisión es el centro de gravedad de ambos. En tal orden, la complejidad en el derecho se expresa en el número de decisiones, en su diversidad, en su interdependencia interna cuando se concreta el proceso de toma de decisiones, a su grado de generalización, y a la velocidad de cambios a que están sometidas.

De acuerdo con ello, el autor aseveró que la complejidad incrementa debido a la mayor diferenciación del sistema ‘derecho’, al aumento de la viabilidad de sus posibilidades internas, a la especialización constante de sus prestaciones, y de la permanente singularización de sus comunicaciones (Cárcova, 2009c).

Como consecuencia de lo aquí desarrollado, es indispensable asumir la existencia de una relación de proporcionalidad directa entre opacidad y complejidad, debido a que el aumento incesante de opacidad va acompañado del incremento de la complejidad en todo sistema jurídico (Cárcova, 2019a).

IV. Consideraciones finales

Para ejercer el poder asentado en el conocimiento del modo de operar el derecho, Cárcova (2019a) ha aseverado que se apela a su desconocimiento generalizado. Preservar este poder específico requiere la reproducción de la opacidad. En pocas palabras, de lo que se está hablando es de manipulación, ocultamiento, monopolización deliberada del saber, y de reproducción incesante del poder.

No hay duda de que la opacidad produce desigualdad. Por este motivo, luego de haber hecho el recorrido aquí trazado, surgen ciertos interrogantes. A saber, ¿es posible eliminar las causas de la opacidad? ¿Es factible eliminar la marginalidad, la anomía, la aculturación, la influencia de la ideología en el derecho, y mismo el desarrollo de la complejidad?

La respuesta podría ser que sí, que no, o que depende. A priori, este debería ser el punto de partida para afrontar con seriedad la presente problemática. En clave de *paradojalidad*, una primera respuesta podría ser que nada está dicho de una vez y para siempre. Si un discurso

de poder es el responsable de la existencia y profundización de las causalidades referidas, otro discurso de poder podría coadyuvar a su eliminación.

Como cierre, todo/a operador/a jurídico/a con vocación emancipatoria debe contribuir a la elaboración de tácticas y estrategias que logren des-opacar el derecho. La situación aquí detallada es susceptible de ser democráticamente modificada, esto es que el poder social puede ser redistribuido.

En síntesis, Cárcova (2019a) dirá que ello no sólo es posible, sino que vale la pena hacerlo. Solamente depende de nosotros/as.

Bibliografía

- Cárcova, C. (2019a). *La opacidad del derecho*. 2da edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea.
----- (2019b). “¿Hay una traducción correcta de las normas?”, *Entre normas, principios, razonamiento, tolerancia y verdad*, Chile, Olejnik.
----- (2009a). “Notas acerca de la teoría crítica del derecho”, en Courtis, C. (comp.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba.
----- (2009b). “¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?”, *Las teorías jurídicas post positivistas*. 2da edición, (pp. 155-166). Buenos Aires, Abeledo Perrot.
----- (2009c). “Derecho y complejidad”, *Las teorías jurídicas post positivistas*. 2da edición, (pp. 253-261). Buenos Aires, Abeledo Perrot.
----- (2006) “Sobre la comprensión del derecho”, *Materiales para una teoría crítica del derecho*. 2a edición, Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina.
----- (1996). “La opacidad del derecho”, *Derecho, política y magistratura*. 1a edición, Buenos Aires, Biblos.
- Ruiz, A. (2009a). “Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo”, en Courtis, C. (comp.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba.