

Sujeto discursivo y sujeto de derecho: de la normatividad a la interpelación

María del Carmen Schilardi. Universidad Nacional de Cuyo

En sociedades como las nuestras, complejas y de alta integración, con amplios márgenes de reconocimiento-discriminación de la diferencia y con procesos explícitos de exclusión, el planteamiento de la problemática del sujeto desde la reflexión filosófica implica un desafío. Todo y cualquier abordaje supone un recorte pero permite abrir un espacio para la discusión sin cerrarlo ni agotarlo. Nuestro punto de partida es, por una parte, la consideración de todo gesto humano como portador de un sentido y del cuerpo como lugar de ese sentido. Es el cuerpo el que comercia con las cosas y el mundo y los otros. El sujeto no es entonces un pensador absoluto sin cuerpo e historia interpuestos sino que es un sujeto encarnado que sólo recurriendo a la astucia de la palabra e interponiendo un mundo común de pensamientos soporta la experiencia del choque con el otro. Con palabras de Merleau-Ponty, intersubjetividad es intercorporeidad, la palabra prolonga esa tarea intersubjetiva del cuerpo. La palabra es una praxis y un acceso al mundo.

Además, el cara-a-cara es esa relación ética que rompe la clausura de la mirada teórica y en esa experiencia el otro funciona como tercero -no sólo como tú-, como humanidad que aparece impotente y necesitada en el rostro que nos exige justicia. Esta fenomenología del rostro -de Levinas- supone la experiencia concreta del otro que, al mismo tiempo que tiene hambre y frío, luce toda la dignidad de la humanidad.

Si, por otra parte, reconocemos -al decir de Foucault- que en nuestras sociedades las objetividades -específicamente las instituciones y sistemas- constituyen subjetividades y que lo ético y lo jurídico son los ámbitos donde se construye la normatividad -según Habermas- y se legitiman las prácticas sociales, un abordaje posible de la cuestión del sujeto es precisamente a través del análisis de las prácticas sociales y discursivas jurídicas. Abordamos entonces la cuestión del sujeto desde la perspectiva del análisis del discurso jurídico como un discurso práctico y en el espacio abierto por modificaciones legislativas, procedimentales e institucionales.

1. El discurso jurídico como discurso práctico

En nuestro abordaje del discurso jurídico el punto de partida es la consideración del derecho como una práctica social de poder. Esto supone el cuestionamiento de la pretensión de autovalidación del discurso jurídico, colocando en el primer plano el problema de la legitimación. Sostenemos además que el soporte significativo propio del discurso jurídico está determinado por el lugar próximo al poder institucionalizado que ocupan los miembros del control social formal y también por su función prescriptiva

tanto de conductas como de valores. Aquí aparece con fuerza la problemática de la legitimidad y de los procesos de legitimación en juego.

¿Por qué la caracterización del discurso jurídico como práctico? Porque en él prima el componente ilocucionario de los actos de habla y esto supone relaciones interpersonales y normas. Porque esos actos de habla son siempre regulativos, corresponden al mundo social que proporciona los patrones de integración social. Porque, finalmente, el objetivo final es llegar al consenso adquirido.

El discurso jurídico aparece así como la praxis argumentativa que manifiesta las pretensiones de validez y de poder que dependen de la red de reconocimiento recíproco que conforma la intersubjetividad social. Es decir, el derecho y las instituciones políticas y jurídicas básicas funcionan como vías para la presión legitimadora del mundo social y, a su vez, sistematizan y regulan el proceso mismo de legitimación. Por lo tanto, el planteamiento de la legitimación tiene que ver con la explicitación del proceso de racionalización sistemática que el derecho realiza sobre las prácticas sociales. Proceso que juega dialécticamente, en tanto el derecho legitima las prácticas sociales, simultáneamente se legitima a sí mismo como proceso y como práctica y así se *construye* la normatividad.

Esta perspectiva teórica posibilita la consideración del discurso jurídico como un sistema que puede controlar su legitimidad desde los espacios públicos. Espacios que se constituyen como un nivel de reflexión de la práctica social misma y como un lugar de discusión y argumentación del poder generado comunicativamente.

2. La mediación, las innovaciones legislativas y el discurso práctico jurídico

Hemos “situado” uno de los abordajes a la cuestión respecto a cómo el derecho legitima las prácticas sociales, cómo “se” legitima y cómo se construye la normatividad, en el análisis de la aplicación, en el nivel judicial, de la resolución alternativa de disputas (RAD) y de la sanción de la Ley 6354 –Ley del Niño y del Adolescente– de la Provincia de Mendoza-Argentina que introduce modificaciones institucionales, procedimentales, y aún doctrinarias.

En Mendoza, en 1995 se sanciona la Ley del Niño y del Adolescente (6354) que prevé la creación de Juzgados de Familia y la aplicación de la mediación. La Suprema Corte de Justicia inicia una experiencia piloto y en 1998 crea el Cuerpo de Mediadores del Poder Judicial, para intervenir en las cuestiones de familia derivadas por los Juzgados Civiles y de Menores. La mediación es gratuita y no obligatoria y se trabaja exclusivamente con derivaciones de los expedientes sobre tenencia, régimen de visitas y cuota alimentaria. La aplicación de la mediación se extendió luego al ámbito municipal y educativo. Aquí nos interesa sólo marcar el recorrido: de la sistematización desde el poder a las prácticas socio-comunitarias. Ahora bien, si lo ético y lo jurídico son los ámbitos donde se construye la normatividad y donde se legitiman las prácticas sociales, por un lado tenemos un contenido normativo que instituye al sujeto social *infancia* como sujeto de derecho. Y por otro, a un procedimiento que se instala en el nivel discursivo y que, de hecho, está instituyendo también un sujeto: la *familia*. La media-

ción –para algunos un método, para otros una institución– es, sobre todo, un nuevo discurso que se introduce en “el derecho como discurso”.

En este marco, abordamos la cuestión de la constitución de sujetos-otros y los cambios en el enfoque del derecho.

3. Los derechos alternativos y el discurso práctico jurídico: sujeto de derecho y sujeto social

En cierta forma, el cambio doctrinario que implica la nueva Ley en tanto asume, desde el punto de vista jurídico, la doctrina de la protección integral del niño y del adolescente consagrada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño frente a la anterior doctrina de la situación irregular, y además el cambio del sujeto de derecho del menor –con toda la carga de discriminación por carencia que implicaba– al niño, hace posible un abordaje de la cuestión desde la consideración del espacio de los derechos humanos –entendidos como fundamentales y/o alternativos–. Lo mismo ocurre con la mediación, como práctica social, que “rescata” –aún procedimentalmente– otros sujetos-interlocutores. Los derechos humanos o alternativos o fundamentales son aquellos derechos morales que los individuos poseen de cara al Estado, y en tanto aparecen en la Constitución de ese Estado o en la legislación, son los derechos fundamentales que el mismo Estado reconoce como obligatorios en el aspecto jurídico. Estamos entonces frente a un sujeto moral. Un sujeto que parte de las necesidades consideradas como un bien y que interpela a los poderes políticos para re-definir el sistema de necesidades y para crear las instituciones encargadas de las necesidades reconocidas. El niño, el adolescente y la familia aparecen así como sujetos que interpe- lan al poder.

Con relación al cambio terminológico –menor a niño– quizá cabe preguntarse si el nuevo término no sigue nombrando lo mismo que el anterior, aunque disimulando la carga moral, discriminatoria e incluso diluyendo su fuerza identificatoria, su lugar simbólico de reconocimiento. En esta tendencia a la neutralidad terminológica, el lenguaje se agota y, a su vez, deja intocada la presuposición de que efectivamente existen valores que explican y justifican la discriminación. Una “aparente corrección política” olvida que en la diferencia que marca los límites, la que indica lo otro, se dibuja la eticidad del lenguaje. Podríamos preguntarnos entonces si no se ha puesto en juego la responsabilidad de la palabra y si el maquillaje de los nombres no tiende a impedir el reconocimiento de la diferencia.

4. Derecho procedimental y moral

Intentamos entonces un acercamiento teórico a estos derechos del niño como derechos alternativos, desde una de las propuestas actuales: la pragmática formal. Si fundamentaciones racionales de este tipo son posibles, queda invalidado el discurso para el cual los derechos humanos son ficciones y también el que supedita su validez a determinados contextos. La pretensión de universalidad de tales derechos quiebra los límites del contextualismo y a su vez contradice su calificación como ficción. La cuestión es si esas pretensiones tienen una base racional sin apelar a argumentos de estatu-

to de derechos naturales. Para Habermas la legitimidad del derecho formal burgués no surge de sus cualidades formales sino de implicaciones morales que pueden extraerse de ellas. Así tales cualidades posibilitarían la legitimidad de la legalidad en la medida en que fueran racionales en sentido práctico-moral, entendiendo la figura jurídico-política del contrato social como el imperativo categórico, como una propuesta de un procedimiento cuya racionalidad garantiza la corrección de las decisiones tomadas desde él.

Así si las cualidades formales del derecho han de hallarse en el ámbito de los procedimientos institucionalizados jurídicamente y si los discursos jurídicos que se atienen a este procedimiento son permeables a argumentaciones morales, la legitimidad será posible mediante la legalidad en la medida en que los procedimientos productores de normas también se practiquen racionalmente en el sentido de una racionalidad práctico-moral. El Derecho necesitará entonces una moral procedimental que expresará, a través de los procedimientos, la estructura de la razón práctica. Así el proceso de juridificación, propio del Estado social, está ligado a una moralización del Derecho y esto es irreversible.

Por lo tanto el núcleo racional del derecho, en sentido ahora práctico-moral, no se muestra en contenido alguno, sino en la conexión entre derecho válido, procedimiento legislador y procedimiento de aplicación del derecho. Conexión elaborada sobre la idea de imparcialidad en la fundamentación de normas y en la aplicación de reglas. La imparcialidad constituirá entonces el núcleo de la razón práctica. Este procedimentalismo entiende pues que tanto las teorías de la justicia, que encarnan el punto de vista moral, como el procedimiento jurídico descansan en la idea de que la racionalidad del procedimiento debe garantizar la validez de los resultados que se obtienen de él. Así un procedimiento imparcial refleja la estructura de la razón práctica. Así la pragmática formal se prolonga en un procedimentalismo que reconoce como personas a todos los interlocutores virtuales de un discurso práctico. Aunque sin desarrollarlo aquí, es imprescindible recordar que esto exige condiciones de simetría material y cultural y es tarea de los consensos históricos y de los procedimientos, concretarlo.

En nuestro caso, la no institucionalización de niños y adolescentes -supuesta por la doctrina de la protección integral- implica y exige la instrumentación de políticas sociales y el funcionamiento de instituciones en red, instituyendo otro tiempo y otro espacio desde programas selectivos preventivos.

5. Mediación, ética y política

Una de las cuestiones es si la mediación, desde lo procedimental, posibilita la constitución de los sujetos —de derecho— involucrados como sujetos dotados de competencia comunicativa en el sentido señalado o si este sujeto “sujetado” a la juridicidad no sigue siendo una figura de la sumisión. Dicho de otro modo, si el procedimiento de la mediación es también un espacio de lucha por el discurso o si logra la simetría. Otra es si este nuevo enfoque del derecho, no ya como modo neutral y adversarial de resolver conflictos individuales, facilita un acceso a la justicia más amplio e igualitario. Otra, si la mediación acentúa o “disuelve” la responsabilidad social al pretender que las partes acomoden sus exigencias a las posibilidades efectivas de cumplimiento. Incluso si, en

el caso de la justicia de familia, la necesaria homologación del acuerdo no implica sostener formas de dominación.

La cuestión a discutir sigue siendo, aunque ahora quizá desde otro lugar teórico, si efectivamente estas innovaciones posibilitan la protección de las estructuras del mundo social y sus prácticas o si, en cambio, se constituyen como una paradoja de afianzamiento de la teoría del contrato, contrato que a su vez no ha explicitado sus supuestos argumentativos racionales ni los ha contextualizado, y si las soluciones alternativas al conflicto en el nivel judicial y su posterior legitimación procedimental se “integran” o producen una “explosión” del sistema. Es decir, si, modificaciones legislativas –como en el caso de la nueva Ley del Niño y del Adolescente de nuestra Provincia– y las consecuentes innovaciones institucionales –creación de los Juzgados de Familia– y procedimentales –la aplicación de la mediación judicial–, sustentadas en un reconocimiento del otro, “instituyen” finalmente una política no sólo paliativa de la discriminación.

En nuestras sociedades, en nuestras estructuras político-institucionales, los avances de estos derechos en los procesos de sistematización no son todo pero son mucho. Los intentos de defensa por el establecimiento de mínimos consensuados y universalizados, garantizan de algún modo la posibilidad de una permanente interpelación a los poderes políticos en vistas a la re-definición del sistema de necesidades. Y en definitiva garantizan la posibilidad de “lo político” como el momento de apertura, de indecibilidad, en el que se cuestiona la forma fundamental del pacto social, y como el acto de fundar una nueva armonía¹. La posibilidad, entonces, de lo político como sujeto, como el elemento que, dentro del espacio social constituido, ocupa el lugar de lo político como negatividad que lo suspende y lo funda de nuevo.

En definitiva, poner la política al servicio de la ética. Y quizás –¿por qué no?– hacer que prime la ética de la convicción sobre la ética de la responsabilidad. Una ética nueva, interesada por el individuo, que evite producir lo jurídico en todo, para todo, en todas las oportunidades, para todas las circunstancias. Una promoción de la construcción ética² (Onfray, 1999) que reivindicaría un derecho sustentado en principios universalizables, capaces de incorporar la mayor cantidad de adeptos, y no un principio universal aquí y ahora. Una ética de la convicción que restaure, de algún modo y a riesgo de un aparente anacronismo, el compromiso que supone un distanciamiento crítico de la positividad. No para alejarse o desentenderse de las instituciones sino para realizar, efectivamente, la paradoja de las sociedades democráticas: el respeto a la ley, la norma y las instituciones –aún considerándolas “autoinstituidas”– pero también su denuncia. Quizá, en definitiva, instalar la ética y la política sobre el terreno de la resistencia.

Sin entrar aquí en análisis ni resultados empíricos, podemos afirmar que esta experiencia de la mediación presenta áreas problemáticas en su institucionalización, aunque también avances en términos de eficiencia –según la óptica del Poder Judicial– y de conformidad de los usuarios. Sin embargo lo que nos interesa señalar es el cambio que supone en las instituciones judiciales el recurrir a instancias dentro del proceso que permitan ir más allá de la disputa y acercarse al umbral del conflicto, entreviéndose así

¹ S. Žizek. *Porque no saben lo que hacen. El goce como un factor político*. Buenos Aires: Paidós, 1998.

² M. Onfray. *Política del rebelde*. Buenos Aires: Libros Perfil, 1999.

una función de la justicia como oportunidad para restablecer la armonía. Con la mediación no se soluciona todo, pero es un camino alternativo abierto en nuestras instituciones. Un camino para hacer frente a una realidad: que en nuestra sociedad existen grupos que no reciben un “justo y debido trato”. Una –y sólo una– salida posible es “darles la palabra”.

Decíamos, instalar la ética y la política sobre el terreno de la resistencia y sobre todo sostener y acentuar la fuerza de interpelación de ciertos actos que desnudan a ese otro sujeto, exigiendo por su dignidad, y denuncian la aparición del sin-sentido, al romper la relación ética del cara-a-cara.

María del Carmen Schilardi
A. Alvarez 622-5º piso
Mendoza-Argentina
mcschilardi@sinectis.com.ar