

¿Tiene el Derecho un “Afuera”?

Imaginemos a una mujer sentada en la cocina de su casa. La casa está oscura, todos los demás que viven en la casa están durmiendo. Ha sido un día muy malo. Ella siente que ese día puede ser el último de su matrimonio, día en el que finalmente pierda toda fe en su marido.

Ella ya se ha sentido así antes, y siente, asimismo, que podría intentarlo nuevamente, tratar de que funcione o podría simplemente rendirse. Hacer un plan para abandonar a su esposo. Pero cuál sería el siguiente paso en su vida.

Tal como sabemos no hay posibilidad de “salida” del matrimonio que no involucre al derecho. Es una relación legal, y el Estado retiene en forma celosa el monopolio para disolverlo. Sin embargo, la mujer de nuestro ejemplo, ¿está pensando en su divorcio desde la perspectiva del derecho, sentada en la cocina de su casa, en el silencio de su casa? O en realidad, sus pensamientos se centran más bien en ideas religiosas, la necesidad de refugio y seguridad, la angustia ante un cambio radical, en el amor que alguna vez sintió por un hombre que eventualmente la decepcionó, en la posibilidad real que significa dejarlo.

Ésta es la forma en que enseño Derecho de Familia, aún cuando esta forma no se corresponda exactamente con el modo y cronología cómo ella se representa la situación. Ella “juntaría” las ideas que tiene sobre el divorcio, y hace un análisis de costo/beneficio de la situación que enfrenta. A mí me gusta que mis estudiantes imaginen qué es lo que efectivamente ella se cuestiona: qué sucedería si “nos” divorciamos: ¿aterrizaría de pie o el proceso me devastará? ¿Podría quedarme en la casa? ¿Tengo que decidir si “mis” hijos deben o no seguir viendo a un padre que les da cariño, o que en realidad es una pésima influencia en su vida? Y en ambos casos, ¿deberé para ello, trabajar menos y ganar menos? Tal como enseño Derecho de Familia es ese análisis de costo/beneficio lo que determina si ella conserva o pierde su fe en el matrimonio. Y si decide perseverar, la norma que regula el divorcio, determina su posición negociadora con su marido: i.e. su matrimonio tendrá que empeorar aún más a fin de que “su precio” de salida se gatille y entonces, decida efectivamente dejarlo. Y en tal instancia, deberá asumir todos los costos derivados del divorcio, además de todas las externalidades asociadas. En tal sentido, la norma legal, condiciona la miseria, violencia, la angustia que esa mujer tendrá que enfrentar. Y podría, por lo mismo, hacerla y hacerlos (desde la motivación) reconsiderar la posibilidad cierta de una reconciliación. De la misma manera, esa misma norma legal, condiciona pequeños detalles, como por ejemplo, quién de los dos “saca la basura” por la noche. A mí me gusta que mis estudiantes consideren la relevancia de las normas legales, incluso en aquellas situaciones en que parecieren no tener relevancia o aplicación, toda vez que las personas imaginan su aplicación y sus efectos, y adoptan decisiones de acuerdo a tales representaciones.

Tengo argumentos que sustentan mi posición al presentar el derecho tal como lo describo. En tal sentido, comienzo el ramo con el ensayo “Coertion and Distribution in a supposedly nondistributive State” de Robert Hale; y luego, vamos

al ensayo de Lewis Kornhauser y Rober Mnookin, "Bargaining in the Shadow of the Law". Así es como el argumento se fundamenta:

Hale confronta un universo legal-académico en el que la relación contractual es la base de toda relación entre partes, entendiendo por lo mismo, que la libertad para contratar es la médula de dicho "universo". De acuerdo a Hale, es posible entender que las partes (cualquiera ellas sean), conforme al *laissez-faire*, convienen salarios de manera libre de modo tal, que si el Estado interviene en dicha relación, la voluntad del Estado reemplazará a la de las partes, y por lo mismo, no será ya posible hablar de un contrato libremente convenido.

El punto, sin embargo, es que Hale cambia el punto en análisis desde el contrato al derecho de propiedad. Se trata de "cambiar" el modo de analizar, o las reglas con las que se analiza la hipótesis. En tal perspectiva, el empleador y el trabajador, pasan a ser, respectivamente, el propietario y el que no tiene propiedad (o derechos de propiedad, en adelante "eqntdp"). Y son las reglas que regulan la propiedad las que no sólo sirven de contexto a la convención sino que la fuerzan. Llega un momento que eqntdp se enfrenta a la disyuntiva de comer o morir. En tal sentido, todas las estrategias que éste se pueda representar para obtener comida las confronta con un mundo que se estructura sobre normas que remiten a reglas de propiedad. *¿Podrá él comer "maní" sentado en esa mesa?* Se debe reconocer que esa mesa tiene un dueño, y que ese dueño así como puede permitir que él se siente, puede también negar tal consentimiento, y ofrecer esa posibilidad contra un precio. De hecho, en el mundo real tanto los dueños del maní como los dueños de la mesa, piden un precio por su mesa y por el maní. Ok, nuestro hombre no comerá maní. Podrá trabajar la tierra y comer lo que plante. Sin embargo, esa hipótesis requiere "tierra" para ello, medios de producción, que también se encuentran bajo el dominio de un propietario, quien podría autorizar a eqntdp a plantar pero no se encuentra constreñido a hacerlo. Y por el contrario, el propietario podrá cobrar a nuestro hombre una renta. Ok, entonces, excluyamos la posibilidad de plantar. Eqntdp podrá "hacer" algo valioso a fin de poder venderlo y obtener un precio por ello, y con ello, comprar maní: sin embargo, nuevamente, los factores de producción se encuentran ya afectos a derechos de propiedad. Y sus dueños, pueden nuevamente, autorizar el uso gratuito, sin embargo, lo más probable es que cobren una renta por ello. Es decir, insisten en que el uso de un determinado bien de su propiedad sólo es posible contra una renta o contraprestación. Sin embargo, nuestro hombre debe sí o sí, comer. Por lo mismo, lo que él hace es "vender" su fuerza de trabajo al empleador, obteniendo un salario. Ese salario, Hale insiste, sin perjuicio de haber sido "negociado" entre el empleador y el trabajo, es forzado, y su cuantía y existencia se encuentra determinada por los derechos de propiedad. I.e. ese salario es un "artefacto legal", y el Derecho, aún en aquellos casos en que pareciere que sólo sirve de contexto para negociaciones, en realidad, determina el resultado de una negociación, fuerza su existencia y fuerza los términos de la misma.

Hale duda al no aseverar que dicho "forzamiento" no es necesariamente malo: de hecho, señala que la resistencia que generalmente encuentra el uso de la expresión "forzar" a la contribución que hace el Derecho a las relaciones labores, tiene más que ver con la "carga" moral asociada a la expresión. Por lo mismo, si fuere posible

despejar dicha “carga moral”, hablaríamos de “forzamiento” como una regla general en el Derecho, más que de hipótesis aisladas. Ahora bien, cuando Kornhauser y Mnookin vuelven a la idea original de Hale, y la desarrollan con ocasión de las normas que regulan el divorcio, ellos rechazan este último planteamiento: para ellos, el marido y la esposa cuando negocian (más que cuando litigan) su divorcio, se mantienen en una esfera de privacidad. En tal sentido, si utilizamos el argumento de K&M y lo llevamos al ejemplo, e imaginamos al marido y a la esposa decidiendo entre susurros quién deberá sacar la basura basados en el precio de “salida” (que gatilla su decisión de divorciarse): eso también sería “esfera privada”. En ambos casos, la esposa y el marido se encuentran negociando en las sombras del derecho. Para Hale, negociar a las sombras del derecho, es forzar un resultado determinado por la asimetría en la titularidad de derechos de propiedad; para M&K, tal negociación si bien se encuentra determinada, resulta gratuita.

Creo que es mucho más fuerte entender, que las normas que reglan el divorcio no sólo reglan la institución en cuestión, sino también la forma en cómo los cónyuges deciden “quién saca la basura por la noche”. Y que resulta mucho más real, entender al Derecho desde la perspectiva del “forzamiento” que desde un instrumento que instancia un “ordenamiento privado”. Primero, porque esto de la esfera privada responde a la forma como la tradición realista entiende al derecho, es decir, como un sistema que resta posibilidad de ejercicio a la autonomía o libertad de los contratantes. En cierta medida, expresa con esa forma, una especie de ideología de la libertad que se predicaría de la autonomía de contratación. Se trataría de una idea liberal. Si ser de izquierda implica estar a la izquierda del liberalismo, cualquiera sea la forma del liberalismo, en tal sentido, la crítica que formula Hale, apertura la posibilidad que desde la izquierda surja una crítica a esa forma de concebir el derecho.

Segundo, esta forma expansiva de concebir el derecho nos exige hacer algo difícil. Algo que de hecho, se ha vuelto cada vez más difícil desde el momento en que ha *convergi*do la tradición legal de izquierda con la subordinación centrada en identidades políticas. Convergencia que nos instaría a pensar en la coerción moral como algo neutro, y a fundar nuestras convicciones morales en algo distinto del hecho de resistir el que el “poder” efectivamente incide de manera determinante en esas convicciones. Una vez más, Hale nos puede guiar. No se trata simplemente que el dueño del maní, de la fábrica o que el dueño de la tierra, puedan efectivamente negarse a celebrar un contrato de trabajo: i. e. Puede suceder que el eqntdp “aguante” hasta morirse de hambre, y también negarse a celebrarlo. Ahora bien, eqntdp actúa forzado cuando se niega a celebrar un contrato de trabajo propuesto, cuando entiende que puede obtener mejores condiciones de salario en otra parte. Hale insiste en este punto: que el trabajador podrá obtener un mejor salario que el que un dueño de un esclavo –por ejemplo- estaría dispuesto a pagarle a un esclavo, y que precisamente ese margen, es la fuerza que el eqntdp tiene -o tendría- a su favor (y que en tal sentido, debiere ser consciente del mismo, y maximizarlo a su favor).

Ese argumento permite discutir un punto considerado un verdadero anatema por la tesis de identidad política propugnada por la Izquierda. Ellos ven o entienden al “poder” como estando “por sobre”, y a sus grupos como estando “por debajo”. En

tal sentido, el poder sería “malo”, y en tal sentido, la solución para sus grupos, es la emancipación, la liberación, la igualdad. La idea de que la solución para tales grupos se encontraría dada por la posibilidad de utilizar su “poder” resulta difícil de entender. La asunción a priori, que el “poder” es “malo” no permite el desarrollo de una estrategia ni un análisis acabado de la situación.

Tercero. Hale obliga a pensar que la responsabilidad por todo resultado (seguido de toda posible convención entre contratantes) es del Derecho. Y por lo mismo, nos insta a pensar en el Derecho como un sistema que tiene efectos distributivos. Tal como Hale concluye, las millones de interacciones que se producen entre quienes tienen derechos de propiedad y quienes no tienen tales derechos, determinan la generación de riquezas (y a generación de pobreza).

Estas orientaciones teóricas nos permiten no sólo analizar el derecho sino la hipótesis que se dan en la vida *a través del Derecho* (utilizándolo como categoría de análisis), considerand, entonces que toda hipótesis en cuestión es contingente al Derecho. He aquí un ejemplo, tomado de K&M, de cómo el análisis del Derecho puede resultar confuso cuando no toma en consideración la aserción anterior. Cuando un matrimonio se divorcia, el Estado “entrega” o hace disponibles a los cónyuges las normas que permiten determinar quién obtiene la tuición de los niños en común, normas que buscan o buscarían el mejor interés de los menores. Ahora bien, si sólo “miramos” el derecho, esto del “mejor interés del niño” pareciera ser un fin noble del ordenamiento en el sentido de que éste –el Legislador, a través del principio mencionado- efectivamente pareciere preocuparse por la vida de los niños de matrimonios divorciados. Sin embargo, tal como K&M destacan, la expresión “mejor interés del niño” no tiene contenido ni es un estándar efectivo: si los padres litigaren la custodia de los niños -desde sus perspectivas- lo harían bajo condiciones de gran incertidumbre sobre el resultado final de las acciones a intentar. Por lo mismo, tal como K&M, señalan (tratándose de un acercamiento hipotético), el cónyuge que obtendrá en definitiva la custodia (excluidas consideraciones “personales” iniciales o sobre la base de condiciones iniciales equivalentes de los cónyuges a la custodia) será aquél que tenga mayor aversión al riesgo. En tal sentido, si se analiza la norma (o como en este caso, un estándar) y se la confronta con principios de negociación básicos, es posible que el cónyuge que obtenga la custodia sea el que más aversión tenga al riesgo y en tal sentido, sacrifique más para así conseguirla. De tal forma, el que la obtiene se empobrece –relativamente- precisamente para obtener la custodia de su hijo (sobre la base, de que ambos quieren obtener la custodia, y que el cónyuge de nuestro ejemplo, lo desea más, y que bajo la expresión “el mejor interés del niño” entendemos que el niño debe estar con aquél de los cónyuges que lo “quiere más”). Y no sólo eso, sino que en ese proceso de obtención, también “empobrecemos” al niño: el empobrecimiento del cónyuge que quiere más la custodia y el consecuencial empobrecimiento del niño sería una externalidad de la norma “mejor interés del niño”. Pero a priori, uno entiende que la expresión “mejor interés del niño” es un principio o política pública que busca “funcionar” en el sentido contrario a la forma como efectivamente funciona o podría funcionar. (I.e. puede darse que el principio sí funcione en el sentido en que se busca ex ante, pero existe la posibilidad cierta que afecte la dinámica de los padres en el sentido indicado que es justamente el contrario al intencionado legislativamente). Desde

tal perspectiva, “el mejor interés” es una regla coercitiva que exige de los “no propietarios” la necesidad de obtener el consentimiento del “propietario” eventual antes de comer el maní, antes de usar las herramientas necesarias o cultivar la tierra. Y así considerado el Derecho, debemos concluir que no podremos saber si la externalidad seguida de ello –de la aplicación efectiva del Derecho-, será buena o mala, sin atender al resultado que en definitiva, se produzca.

Éstas son algunas de las razones de por qué enseño Derecho de Familia como una red o conjunto de normas que determinan cómo las personas se relacionan aún en espacios de intimidad, no sólo en aquéllas noches de crisis y discusiones, sino que el Derecho incide en la interacción diaria, en las infinitas decisiones, incluso desde la primera “cita” que tienen esos futuros cónyuges . Se podría calificar mi forma de entender el Derecho como “imperialista” , sin embargo, en la forma como enseño el Derecho, éste siempre importa.

Déjenme argumentar de un modo distinto aunque llegando a la misma conclusión. Consideremos, que siendo abogados, para nosotros resulta importante poder describir lo que es el Derecho. Sobre este punto, el texto que resulta fundamental y canónico es “Path of the Law” del profesor Oliver Wendall. En el mismo, Wendall, nos señala, que para poder saber lo que es el Derecho, tenemos que “mirar” cómo es que se comporta un “hombre malo”. En este ejemplo, por “hombre malo”, el autor no se refiere a un criminal, sino a un individuo que busca evitar los efectos sancionatorios de la norma, y en tal sentido, evitará infringirla o buscará no ser sancionado por tales conductas infraccionales. Pero al mismo tiempo, este “Hombre Malo” busca maximizar su interés, sacándole todo el partido a su posición en una situación dada. En tal sentido, este individuo “mira” al derecho no Desde un punto de vista aspiracional (o normativo), o como un Sistema en el cual desplegar su conducta, sino que mira al Derecho desde sus “límites”. I.e. este hombre divide el mundo entre aquello permitido por el Derecho, y aquéllas acciones que es posible desplegar más allá del Derecho. Y si podemos apreciar el Derecho de esta forma, podremos saber qué es realmente el Derecho.

Si volvemos al ejemplo del principio de “mejor interés del niño” podremos entender mejor lo que se propone. El “mejor interés del niño” supone que el niño “obtendrá” aquél acuerdo entre los cónyuges que lo beneficie más. Sin embargo, si se permite a los cónyuges negociar los términos del divorcio, y si permitimos, por esa vía, a “malos padres” acordar tales términos, podríamos favorecer, que ese “mal padre” como contraprestación al otorgamiento de la tuición del niño, obtenga del “padre bueno” una serie de beneficios que en condiciones de “mercado” no se le concederían, precisamente porque el “buen padre”, teniendo aversión al riesgo (y siendo incierto en ese punto de la negociación, quién en definitiva podrá obtener la custodia) buscará otorgar beneficios al otro a fin de obtener la custodia. Existiendo acuerdo entre los cónyuges, y sometido éste a la aprobación del Tribunal, éste lo aprobará. Y “eso”, esa externalidad del Derecho, no es un efecto perverso del mismo, sino que “es” el Derecho.

La conclusión anterior es un principio importante para la escuela realista del Derecho, y para la posición doctrinaria denominada “critical legal análisis”. Y consiste en entender el Derecho de un modo radicalmente distinto a la forma como

Hale nos enseña. Para el segundo, sin embargo, el Derecho debe ser estudiado desde sus límites, desde los márgenes que definen las conductas permitidas y las prohibidas. Considerando, sin embargo, que en algún momento, el Derecho se sale de sus propios márgenes; y cuando el “hombre malo” aprovecha tales “salidas” no es que infraccione norma alguna, sino que por el contrario, sigue desplegando su conducta de conformidad al Derecho. En la medida que éste modifica su conducta buscando evitar la aplicación efectiva de una sanción, dicha conducta se desarrolla en un espacio de “permisión” no de libertad. El ámbito y contenido de dicho espacio de “permisión” se encuentra definido por el Derecho. Es como si se tratara de una imagen que dependiendo de la forma en que se le mire, refleja una y otra forma, pero nunca las dos al mismo tiempo. En tal sentido, el Derecho determina qué conductas están permitidas. Sin embargo, la única forma de saber cuáles son aquéllas permitidas es poder saber cuáles son las prohibidas (los límites).

Wendall centra su análisis en el momento “jurisprudencial” del Derecho, sin embargo, desde la doctrina realista, ésta afirma y extiende la noción de “lawmen” utilizada por Karl Llewellyn (“Behind the law of Divorce”) a todos los actores del Derecho. De hecho, Llewellyn, utilizando la noción de “hombre malo” antes citada, desarrolla el siguiente argumento, entendiendo que el incremento en la tasa de divorcio necesariamente modificaría el concepto de matrimonio:

“Lo que en adelante en este ensayo se referirá como “Derecho”, es en un primer momento todo lo que los “lawmen” despliegan en tanto tales. En un segundo momento, corresponde a lo que un individuo razonable pudiere anticipar lo que tales “lawmen” pudieren realizar. En tercer término, se refiere a las normas que rigen tanto la anticipación como lo que se realiza. En cuarto lugar, corresponde al sustrato ideológico que subyace a la realización de lo que hacen. Y finalmente, también corresponde, a las discusiones que sobre el “Derecho” se producen entre individuos con nociones divergentes acerca de lo que es el Derecho. Ahora bien, ¿es posible establecer una jerarquía entre esas descripciones acerca de lo que es el Derecho? ¿Y es posible que tales descripciones, tengan una influencia en el concepto que de matrimonio tienen tales “lawmen”?

En comparación a Wendall, Llewellyn expande de manera significativa el dominio de lo que sería el Derecho. Pues abarcaría todo lo que los “lawmen” realizan, todo lo que razonablemente pueden éstos predecir, las reglas que aplican, las ideologías que tienen, y los discursos divergentes, considerando que todas las descripciones referidas pueden afectar las concepciones existentes y a las personas que integran el referido colectivo, que aún cuando tengan opiniones divergentes, desde el momento en que son afectados por el Derecho, pasan a ser “objetos” del Sistema Legal.

Y lo anterior, es lo que denomino, “la externalidad del Derecho”. En este sentido, uno de los desafíos más difíciles para poder realizar y desarrollar teoría legal, es tratar -dentro de la tradición del Common Law- de hacer una especie de esquema que pueda dar cuenta de lo anterior (del Derecho como un conjunto de descripciones antes mencionadas). De hecho, les señalo un ejemplo que he venido trabajando en relación a “same-sex marriage”: Cuando los partidarios del “same-sex-marriage” comenzaron a darse cuenta que podrían lograr algún tipo de

reconocimiento en ciertos Estados de los EE.UU. recurriendo a la garantía denominada Full Faith and Credit Clause de la Constitución Federal buscaron extender su aplicabilidad a situaciones para las que la garantía no había sido prevista. El punto, sin embargo, es que aún cuando claramente no hay base para recurrir a la citada garantía y así defender el “same-sex-marriage”, ello no resulta enteramente contradictorio desde un punto de vista positivo, de modo tal que quienes así propugnaban su validación (mediante su homologación en otros Estados distintos al de la celebración), pudieron “poner los puntos sobre las íes” en aquéllos Estados y lograr el necesario reconocimiento. Sin embargo, en ese momento, quienes resisten ese reconocimiento, se preguntan, si del reconocimiento ocurrido en el Estado de la celebración se sigue la necesidad de homologar el mismo en aquéllos Estados en los que se pretende el reconocimiento (mediante el correspondiente exequatur¹). En tal sentido, éstos –quienes resisten el reconocimiento desde el sector conservador- descubrieron una regla, que hasta ese momento permanecía en “silencio” en el ordenamiento, y que obliga a los Estados a reconocer como válidos aquéllos matrimonios celebrados conforme a la ley del lugar de la celebración, salvo que de ese reconocimiento se siga una infracción grave a la noción de Orden Público del Estado en que se pretende ese matrimonio se homologue. De hecho, este razonamiento es el origen político de lo que se denomina DOMA, mediante el cual el gobierno Federal define legalmente, que el matrimonio es un vínculo entre un hombre y una mujer, de modo tal, que los 40 Estados de EE.UU. que suscribieron DOMA, no están obligados a reconocer otro tipo de vínculo matrimonial que no tenga la forma antedicha. Desde tal perspectiva, todo otro tipo de vínculo repugnaría –sobre la base del argumento exclusivamente positivo- a la noción de Orden Público, de modo que no hay posibilidad ni de reconocimiento ni de homologación. En tal sentido, un vínculo matrimonial diferente al referido, no puede ser –eventualmente- homologado aun cuando puede ser “reconocido”.

Entonces, con lo anterior en mente, volvamos a nuestra mujer sentada en la cocina de su casa, divagando sobre su matrimonio y al eventual término del mismo. Sin embargo, ahora pensemos que ella tiene una mujer por cónyuge. Supongamos que están casadas en Massachusetts, y que viven allí. Muy lejos de allí, en Virginia, un Estado muy conservador y férreo defensor de DOMA, y que con el pretexto de la ley antes referida, no sólo no homologa matrimonios entre personas del mismo sexo, sino también “uniones civiles” entre personas del mismo sexo; y lo mismo con las “asociaciones” entre personas del mismo sexo, y cualquier otro tipo de convención entre personas del mismo sexo, que pretendan “funcionar” como una especie de “matrimonio”. Tales actos jurídicos en Virginia son nulos, y no dan lugar a ningún tipo de expectativa o derecho reconocido por el ordenamiento.

¹ La hipótesis sería la siguiente: Dos mujeres se casan en California. El Estado de California reconoce el “same-sex-marriage”. Ellas se van a vivir a Virginia, y una de ellas, demanda a la otra de alimentos. Para dar curso a la demanda hay una “cuestión previa” (en este punto es conveniente desempolvar sus apuntes de Derecho Internacional Privado) que consiste precisamente en homologar el matrimonio celebrado en California, y poder así dar lugar a la petición, si se dan los requisitos a su respecto.

Ahora, si seguimos a Llewellyn y a Wendall, todo este entramado (la posibilidad de que en Massachusetts puedan casarse personas del mismo sexo, la imposibilidad del matrimonio en Virginia, la falta de reconocimiento en todos los Estados DOMA) forma parte del Derecho, e informan las representaciones que cada una se hace al tiempo de pensar terminar el vínculo que las une, aún cuando ninguna de ellas “salga” de Massachusetts, e incluso, si ambas perseveran en el matrimonio que las une. Ahora bien, la “bad woman” qué haría. Ella se movería en aquél espacio de “permisión”, en el margen del Derecho a fin de maximizar su posición.

La línea de pensamiento que he venido desarrollando no es muy ambiciosa. No habría mucho “más allá del Derecho”. Sin embargo, el descubrimiento de ese “más allá” anima mi trabajo, y se encuentra también presente en autores que admiro; la constatación de que lo que se propone es tan nuevo como antiguo también ha dado paso a entender que -la corriente doctrinaria denominada- “critical Studies” está muerta. Empero, hay un dilema no resuelto porque las conclusiones a las que esta forma de razonar nos llevan, al parecer, estarían siempre equivocadas. Volvamos a Hale, a nuestro punto de partida. Él sostiene que éste forzamiento sería radical a la concepción del Derecho, sin embargo, este aserto se vuelve feble, si insertamos en el análisis, casuística y sentido común. Nuestro hombre sin propiedad puede acceder a “comida”, no sólo siendo compelido por su vida famélica, sino también casándose con una mujer rica, o ganándose la lotería o formando parte de una comunidad monástica o hippie en el que juntos y comunitariamente obtengan comida. De hecho, desde otro punto de vista, la única razón por la que este hombre no puede cultivar la tierra se debe a la existencia de un sistema jurídico que condiciona la propiedad territorial a la existencia de una inscripción conservatoria. Y esa forma de pensar, puede ser trasladada a todas las demás dimensiones. I.e. siempre habrá otro tipo de normas que sirven de contexto a la hipótesis particular que se analiza, y esas normas de contexto permiten entender la situación particular, de un modo distinto, de si se las confronta solamente con las reglas específicas. Es decir, no se trata solamente de normas de propiedad. Sin embargo, se podría contestar desde Hale, que se concede el punto, pero que de todas maneras, el análisis no resulta por eso clausurado, y que el mismo análisis nos llevaría a estimar que esas mismas normas de contexto son también “ilegales” (desde el momento en que fuerzan la voluntad del concurrente). Después de todo, el hecho de que nuestro hombre padezca hambre es un “fact” no es un producto del Derecho. Eso significaría, que claramente, la psique del individuo, la forma en cómo percibe éste el mundo, la edad, su resistencia a los embates de la vida, también inciden en el resultado final legal (y cómo hacemos para insertar tales variables en un contexto legal). I.e. puede suceder que nuestra mujer solitaria decida perseverar en el matrimonio no porque anticipe que el proceso de divorcio resulte costoso, sino porque ama a su marido y no quiere perder el placer de su compañía. En tal sentido, puede ser -y es perfectamente plausible- que ella negocie su situación legal no ya bajo las “sombras del Derecho” sino bajo las “sombras de sus sentimientos”.

He tratado de enunciar este problema desde el momento en que he participado en este ciclo de conferencias. De hecho mi ensayo se titula: “Más allá del Derecho. Qué es lo que hay más allá del Derecho, si es que lo hay”. Así tenemos, la aversión al riesgo del “buen padre”, el hambre de nuestro hombre que no tiene propiedades.

Ahora bien, ¿debemos o no insistir que estas consideraciones extra legales, tienen incidencias normativas específicas, y determinan el contenido de decisiones legales importantes de los individuos? Y concediendo que así fueran, ¿tales consideraciones se encuentran “dentro” o “fuera” del Derecho?

Podemos pensar de una u otra manera. Yo misma, la mayoría del tiempo, estoy comprometida en proyectos que buscan precisamente extender el campo o dominio del Derecho. No es que yo quiera que ese dominio sea amplio. Sino que estoy tratando de determinar cuán “grande” es. Sin embargo, fuera de tales proyectos me gustaría manifestar cierta suspicacia sobre esa pretensión. Porque pareciera que es importante darse cuenta que las normas (de contexto) sí juegan un rol de “forzamiento” en las decisiones del individuo. I.e. que las sombras de los sentimientos cederían lugar a las sombras del Derecho, y que estas últimas sombras serían las determinantes. Ahora bien, el mundo así concebido claramente resulta mucho más estrecho que uno en el que aceptamos que el Derecho tiene un afuera, y en el que entendemos que las decisiones de los individuos se encuentran motivadas por consideraciones extra-legales. En definitiva, qué se encuentra en juego cuando aceptamos que el Derecho se encuentra en todas partes, o que por el contrario, que existe todo un dominio fuera del Derecho que incide de manera determinante en las decisiones legales.

Pero dejemos al Derecho por un momento. Vayámonos a “más allá del derecho”. Cabe señalar, que he tenido algunos conflictos con feministas de mi generación, al sostener que podría ser beneficioso, útil, y que claramente nos ayudaría a todos, elucidar ciertas concepciones confusas, si por un solo momento pudiéramos hacer un “break” del feminismo. De hecho, soy co-editora de un conjunto de ensayos en la que solicitamos, junto con Andrew Parker, a una serie de notables pensadores, si es que ellos –los pensadores requeridos- entienden que haya algo más allá de la Teoría del Sexo o más allá de la Queer Theory. Y de hecho, hemos obtenido respuestas esclarecedoras. Para algunos, que se encuentran tratando de expandir las fuerzas y el espacio para el feminismo y la teoría Queer, la pregunta formulada es una suerte de insulto, y agravado, porque surge precisamente de alguien que se identifica asimismo como de izquierda, I.e. como alguien que se ha beneficiado de las millones de formas posibles, precisamente gracias a las teorías feministas y a la Queer Theory; sumado el hecho de que la suscrita jamás habría obtenido ninguna posibilidad académica –que ahora tiene- sino por las Teorías Feministas y la Teoría Queer. Entonces, no se entiende cómo es que ahora la suscrita busca limitar justamente la Teoría Feminista y la Teoría Queer preguntando por un “más allá”.

Estas reacciones, sin embargo, a mi propuesta de tomar un break, me permiten entender que estoy en lo correcto. El hecho de sostener que es imposible hacer un break al feminismo o a la Teoría Queer sin afectar gravemente el derecho de las mujeres o de las minorías sexuales pareciera ser indiciario de que es posible hacer ese break, sin que por eso se produzca necesariamente el efecto que se anticipa. Pero existe una resistencia estructural, y que lleva a los críticos a moverse desde la sospecha, cuestionando las concepciones que el sentido común entrega. Y más, porque –esos críticos, además de resistir- exigen además, una actitud epistémica específica y fija: El mundo pudiere mostrarse a veces, como uno en el que la

dominación masculina no tiene lugar, en el que no habría represión sexual, sin embargo, eso es falso.

Porque si uno examina la historia del feminismo, la reacción antes referida carece de sentido. La “tercera ola” feminista sólo pudo tener lugar en la medida que ésta “rompió” con las ideas políticas e intelectuales sobre el sexo y la sexualidad que predominaban en 1960; y la Teoría Queer sólo fue posible de erigir como un constructo independiente, cuando ésta asumió que debía entender la sexualidad en términos distintos a cómo éste -el concepto de género- era concebido por la Teoría Feminista. De hecho, el Feminismo nació diciendo “No” a las ideas de género que le sirvieron de fuente. La Teoría Queer en este sentido, fue algo menos contestataria, considerando que al menos la mitad de los teóricos de la Teoría Queer, más que contradecir al Feminismo, buscaban complementarlo. Se trataba de trabajar teóricamente en una dimensión no abordada hasta ese momento. En ese sentido, las contradicciones pueden perfectamente surgir, y esas contradicciones pueden ser buenas tanto para el feminismo como para la Teoría Queer, buenas en definitiva, para la comprensión que tengamos de la sexualidad y del género.

La revolución que marca la T. Queer se produjo desde el impulso anti-estructuralista; desde la crítica profunda a la noción de categorías e identidad y a la posibilidad de una sola forma conocimiento, a la existencia de una verdad. De hecho, uno de los aportes más relevantes de la T. Queer, en mi opinión, es la forma cómo entiende el “poder”. En tal sentido, la T. Queer fue desarrollada por pensadores que en su momento eran feministas, y en ese momento, la concepción feminista del Poder entendía dicho constructo desde la negatividad. La idea era comprometerse con una revolución que rompiera con la dinámica de subordinación. De hecho, muchas de nosotras imaginamos en ese entonces, que el Poder-Femenino era la única posibilidad de redención, y que el Poder a secas, estaba condenado al infierno. La Historia de la Sexualidad, Volumen 1, era nuestro texto de cabecera, y fundante de la revolución Queer. Foucault escribió ese libro con el objetivo de encontrar una alternativa al modelo freudiano sobre el deseo sexual, en el sentido de que ese deseo era “el deseo” más profundo, verdadero y personal de cada persona; y que en la infancia de cada individuo ese deseo se ve forjado por la imagen del padre, dándose lugar a la idea de represión. Foucault, por su parte, pensó algo totalmente distinto: en el mismo momento en que de acuerdo a Freud la fuerza “represora” se desarrollaba en su máxima plenitud, es en ese momento, de acuerdo a Foucault, que la sexualidad se desarrollaba bajo imágenes y aparatos que aparentemente eran represivos –en la sociedad Victoriana, por ejemplo-. Es decir, no es que la imagen represiva no existiera, existía, pero existiendo, no reprimía la sexualidad, sino que la desarrollaba como tal. El problema, por lo mismo, no era la represión de la sexualidad, sino la sexualidad misma. De hecho, Foucault entiende –en ese primer momento- que de hecho, si se entendiera el “poder” de una forma distinta a su “forma represiva”, la sexualidad y el placer asociado se podrían perder. El “Poder”, señala, podrá no ser el Derecho, pero necesitamos ir más allá de la idea de que el Derecho reside en forma primaria en el Rey y en su espada; podrá, quizás, tratarse de una red o entramado de impulsos complejos que cruzan la existencia humana, y que a veces convergen de modo concentrado en energía que buscan dominar o someter, y en otras,

simplemente se expresan de manera aislada. En tal sentido, el "Poder" podrá incluir más que oponerse a la idea de resistencia: el poder podrá ser resistencia.

Lo que se expone es una imagen del Poder más allá del Derecho, pese a que Foucault, aún cuando lo anheló, no logró concebirlo de esta manera. La idea de que la sexualidad humana tenga un rol protagónico en nuestros cuerpos y placeres, y que en razón de ello, debemos adoptar estrategias a fin de librarnos de esa sexualidad –bajo el concepto de Poder-Subordinación-; la idea misma de dominación, de que la ley, corresponde a la imagen paterna; y que su eficacia depende de la espada del Rey, son todas concepciones que emanan de un "más allá del Derecho" y que inciden de manera determinante en el Derecho. Sin embargo, ese Primer Volumen no logró transformar la concepción que en ese momento se tenía del Derecho, tal como lo hizo el trabajo de Hale, desde la noción de "forzamiento".

La Teoría Queer heredó esta necesidad de autonomía del Derecho de la corriente feminista de la que se independiza, y ha sido por eso, que ha sido difícil insertar la T. Queer en los currículum de estudios en las Universidades, pues supone una concepción del Derecho radicalmente distinta con la existente. Una concepción que supone un espacio "más allá". En tal sentido, la actitud paranoide que Foucault describe que tienen los individuos con los confesores, siquiátras y con el Rey ha influenciado el desarrollo de la T. Queer, circunscribiéndola a un contexto de manera errada. Por lo mismo, resulta muy pertinente, observar como el mismo Foucault, en el Volumen 2 de Historia de la Sexualidad, vuelve al tema en cuestión pero de un modo completamente distinto. Este libro fue publicado el año 1984 -una década más tarde que el primer volumen-. Foucault en este segundo volumen se dedica a estudiar antiguos libros costumbristas, y descubre la falta de relevancia de lo que se denomina "el código moral": i.e. las reglas que enseñan qué es lo que se debe y no se debe hacer en materia sexual. De hecho, el énfasis de estos libros, no estaba dado por su carácter normativo, sino descriptivo. Se llama a los individuos a desarrollar una actitud de auto-observación, de auto-comportamiento; y de hecho, la sexualidad, desde este sentido, resultaba problemática –para tales costumbristas- porque afectaba al si-mismo en su pretensión de autocontrol. De hecho, reconocerse sujeto de impulso sexual, importaba, transformarse en un sujeto ético (desde la necesidad de auto-control) que debía, al tanto de sí, relacionarse con ese sí-mismo en una dirección determinada; se trataba de un sujeto cuyas características principales, eran la auto-observación y el autocontrol. "No estoy suponiendo que los códigos morales no importaren", dice Foucault. Pero tales no eran mandatos legales, por el contrario, ellos delinearon formas de auto-observación, prácticas que cada individuo desplegaría en su vida privada, de modo tal que tales le condicionaban, pero no le sometían ni le liberaban: "Esta es la hipótesis que me gustaría explorar aquí. Que hay un campo vasto y rico de exploración que tiene historicidad y que justamente busca interpelar al individuo a reconocerse como tal, como un sujeto ético que se despliega sexualmente". Por lo mismo, la regla que obliga al marido a no ser adúltero no busca reprimirlo, no es una prohibición (no funciona de modo obligacional), sino que es la oportunidad que tiene ese marido de reconocerse como individuo (en su relación consigo mismo), y que esa oportunidad,

justamente, le permitía vivir la experiencia de la libertad –no funcionando de un modo castrador-.

Lo anteriormente expuesto, importa un quiebre importante con lo que el mismo Foucault había ya propuesto en el Vol.1. , y tal como el mismo lo reconoce en un párrafo, que le permite explicar por qué le tomó tanto trabajo terminar el Vol.2. De hecho, señala, que para terminarlo, tuvo que pensar en “forma diferente” y que eso no fue fácil:

“Y para aquellos que trabajan duro, comenzar y comenzar de nuevo, intentar y fallar, volver sobre lo ya hecho y recomenzar desde el principio, y encontrar pese a ello, nuevas razones para vacilar y proseguir, así ha sido..... Y para ellos otros, a quienes trabajar en medio de la incertidumbre y la inseguridad es signo inequívoco de fracaso, lo único que puedo decirles, es que claramente no somos del mismo planeta”.

¿Tenemos nosotros el coraje para soltar nuestras seguridades sobre lo que para nosotros es el Derecho y emprender ese viaje?

Propongo que lo que Foucault hizo entre 1974 y 1984 fue un viaje al “más allá del Derecho”. Él deseaba liberarse de la idea de concebir al Derecho como la Ley de la Espada. El resultado fue la desorientación, años de investigación bajo una profunda duda, y finalmente obtuvo una imagen y dio con la genealogía del Poder que se corresponde con la teoría que nos ha permitido avanzar (por ejemplo, por la vía de la T. Queer). De hecho, esta empresa tuvo un efecto transformador en su propia idea del Derecho, y que dice relación con la que se describe al principio del presente ensayo.

Para finalizar, me gustaría poder preguntarles y preguntarme, qué sucedería si nosotros como estudiantes de Derecho, imitáramos a Foucault y su esfuerzo por ir más allá de lo que sabemos acerca del Derecho, a fin de poder imponernos de ese “más allá”. Todas las formulaciones del Derecho revisadas tienen un “más allá”, de hecho. Y ese más allá pide que se le examine, y esa examinación es sólo posible, si nos liberamos, al menos momentáneamente, de la noción misma de Derecho. Qué sucedería, por ejemplo, si desarrolláramos un proyecto de investigación en “Derecho y Humanidades” sin la persistente, y nunca-hablada pero omnipresente regla que manda que siempre se debe identificar aquél campo de intersección entre Derecho y Humanidades? Qué sucedería, si el objeto de la investigación, bajo el rótulo “Derecho y Humanidades”, simplemente se limitara o se atreviera a reconocer que existen dominios que podríamos llamar estéticos o simplemente “bellos” que no tienen relación alguna con el Derecho (como área y perímetro). Para un “martillo” todo es un clavo, y para abogados (y estudiantes de Derecho), todo problema es un problema legal. Las escuelas de derecho han olvidado que el individuo tiene una psyche, que si bien hay un sustrato cognitivo, éste es falible y olvidamos el sonido a veces profundo del corazón humano. Ahora bien, se debe reconocer, que estudiando el Derecho, y mirando el mundo desde el Derecho hemos logrado nuestra emancipación política, tanto nacional como internacional. Ahora bien, si nos tomáramos un “break” del Derecho, ¿eso significaría que ese movimiento liberador se detendría?

