





*CRÍTICA JURÍDICA* pertenece a CRÍTICA JURÍDICA A.C. sociedad civil sin fines lucrativos de acuerdo con la legislación mexicana. A partir del número 25 es editada en colaboración con el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Todos los artículos son sometidos a la revisión de los miembros del Consejo Editorial y de Asesores. Las opiniones expresadas por los autores de los trabajos son exclusiva responsabilidad de los mismos y no representan la opinión de *CRÍTICA JURÍDICA*. El material publicado en esta revista, puede ser utilizado citando su fuente. La reedición de los trabajos será autorizada por CRÍTICA JURÍDICA.



Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

---

**No. 34**

**JUL/DIC 2012**

---

COMPLEXO DE ENSINO SUPERIOR DO BRASIL

DIRECTORES:

DR. CLÉMERSON MERLÍN CLÈVE

DR. WILSON RAMOS FILHO

FACULTADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL

DIRECTOR GERAL: DR. SÉRGIO FERRAZ DE LIMA

DIRECTOR ACADÉMICO: DR. LODÉRICO CULPI

COORDINAÇÃO CURSO DE DIREITO: PAULO RICARDO SCHIER

COORDENAÇÃO DE PUBLICAÇÕES ACADÉMICAS: MSc CAROL PRONER

CENTRO DE INVESTIGACIONES INTERDISCIPLINARIAS  
EN CIENCIAS Y HUMANIDADES-UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO

DIRECTORA:

DRA. NORMA BLAZQUEZ GRAF

FUNDACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

PRESIDENTE:

DR. JOAQUÍN HERRERA FLORES

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES FACULTAD DE  
DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL  
DE BUENOS AIRES

DIRECTORA:

DRA. MARY BELOFF

Primera impresión de esta edición: 2012

Crítica Jurídica  
Centro de Investigaciones Interdisciplinarias  
en Ciencias y Humanidades  
Torre II de Humanidades 4o. Piso  
Circuito Interior, Ciudad Universitaria  
Coyoacán, 04510, México, D.F.  
Tel: 56-23-00-33  
Correo electrónico: [crijurid@yahoo.com.mx](mailto:crijurid@yahoo.com.mx)

DISTRIBUIDO EN MÉXICO POR:

Crítica Jurídica  
Centro de Investigaciones Interdisciplinarias  
en Ciencias y Humanidades  
Torre II de Humanidades 4o. Piso  
Circuito Interior, Ciudad Universitaria  
Coyoacán, 04510, México, D.F.  
Tel: 56-23-00-33  
Correo electrónico: [crijurid@yahoo.com.mx](mailto:crijurid@yahoo.com.mx)

**ISSN: 0188-3698**

## **Director**

Oscar Correas

## **Secretaria General**

Carol Proner

## **Consejo Editorial**

Antonio Azuela (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Clemerson Merlin Cleve (Universidade Federal do Paraná, Brasil)

David Sánchez Rubio (Universidad de Sevilla, España)

Edmundo Lima de Arruda Junior (Universidade do Santa Catarina, Brasil)

Eros Roberto Grau (Universidade do Sao Paulo, Brasil)

Fernando Tenorio Tagle (Universidad Autónoma Metropolitana, México)

Joaquín Herrera Flores (Universidad Pablo de Olavide, España)†

Jorge Witker (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

José Rolando Emilio Ordóñez (Universidad Nacional Autónoma de México, México)†

Rogério Viola Coelho (Centro do Pesquisa Democracia e Mundo de Trabalho, Brasil)

Wilson Ramos Filho (Universidade Federal do Paraná, Brasil)

Augusto Sánchez Sandoval (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Carlos María Cárcova (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Carlos Rivera Lugo (Facultad de Derecho “Eugenio María de Hostos”, Puerto Rico)

Jesús Antonio de la Torre Rangel (Universidad Autónoma de Aguascalientes, México)

Luiz Edson Fachin (Universidade Federal do Paraná, Brasil)

Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona, España)

## **Consejo Académico**

Adolfo Sánchez Pereira (Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, México)

Alejandro Rosillo (Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México)

Alejandro Santiago (UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México)

Alma Melgarito (Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, México)  
Amanda Villavicencio (UNAM, México)  
Aníbal D'Auria (Universidad de Buenos Aires, Argentina)  
Antoine Jeammaud (Université Lamier-Lyon 2, Francia)  
Antonio Carlos Wolkmer (Universidade do Santa Catarina, Brasil)  
Antonio Piccato (Facultad de Derecho, UNAM, México)  
Antonio Salamanca (Colegio de Abogados, España)  
Arturo Berumen Campos (Universidad Nacional Autónoma de México, México)  
Boaventura de Sousa Santos (Universidad de Coimbra, Portugal)  
Carlos Herrera (Université de Cergy-Pontoise, Francia)  
Celio Horst Waldraff (Universidade Federal do Paraná, Brasil)  
Celso Ludwig (Universidade Federal do Paraná, Brasil)  
Daniel Nina (Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, Puerto Rico)  
Daniel Sandoval Cervantes (Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, México)  
Daniel Vázquez (FLACSO, México)  
Édgar Ardila (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)  
Efrén Vázquez (Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminalística, UANL, México)  
Enrique Guinsberg (Universidad Autónoma Metropolitana, México)  
Esteban Rodríguez (Universidad Nacional de La Plata, Argentina)  
Gina Chávez (Instituto de Altos Estudios Nacionales/FLACSO, Ecuador)  
Graciela Bensusan (Universidad Autónoma Metropolitana)  
Humberto Rosas Vargas (Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, México)  
Iris Rocío Santillán (Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco, México)  
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Universidade Federal do Paraná, Brasil)  
Jacqueline Ortiz Andrade (Facultad de Derecho, UNAM, México)  
Jorge Veraza (Universidad Autónoma Metropolitana)  
José Gandarilla (CEIICH, UNAM, México)  
José Geraldo de Sousa Jr. (Universidade do Brasília, Brasil)  
José Ignacio Lacasta Zabalza (Universidad de Zaragoza, España)  
Juan Carlos Balerdi (Universidad de Buenos Aires, Argentina)  
Juan José Carrillo Nieto (Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco, México)  
Juan Pablo Rodríguez de las Heras (Escuela Libre de Derecho de Puebla, México)

Juan-Ramón Capella (Universidad de Barcelona, España)  
Laura Prieto (Posgrado de Estudios Latinoamericanos, UNAM, México)  
Lucio Oliver (Posgrado en Estudios Latinoamericanos, UNAM, México)  
Luis Arizmendi (Instituto Politécnico Nacional)  
Luis Fernando Ávila (Tribunal Constitucional del Ecuador, Ecuador)  
Manuel Jacques Parraguez (Universidad Bolivariana de Chile, Chile)  
Marco Navas Alvear (Universidad Católica de Ecuador, Ecuador)  
Margarita Favela (CEIICH, UNAM, México)  
María Eugenia Padua (Universidad Autónoma de Guerrero, México) †  
Napoleón Conde (Facultad de Derecho, UNAM, México)  
Nilda Garay (Universidad de Alicante, España)  
Olga Salanueva (Universidad Nacional de La Plata, Argentina)  
Peter Fitzpatrick (Birkbeck College, University of London, Inglaterra)  
Roque Carrión Wam (Universidad de Carabobo, Venezuela)  
Víctor Mocayo (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)  
Thanos Zartaloudis (Birkbeck College, University of London, Inglaterra)  
Yoel Carrillo García (Universidad de Oriente, Cuba)

## **Corrector**

Juan Francisco Escalona Alarcón

## **Consejo de Redacción**

Blanca Melgarito (UNAM, México)  
Carmen Sofía Hernández González (UNAM, México)  
Claudia Raymundo (UNAM, México)  
Cynthia Salazar (UNAM, México)  
Erandi López (UNAM, México)  
Lorena Beatriz Rodas Pineda (UNAM, México)  
Víctor Romero (UNAM, México)





Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

## ÍNDICE

Carta del Director ..... 15

Carta del Consejo de Redacción ..... 17

## ARTÍCULOS

**Direito, política e símbolo: elementos  
para uma crítica do Direito Público  
contemporâneo. (Law, Politics and  
Symbol: Elements for a Critique of  
Contemporary Public Law)**

**Andityas Soares de Moura Costa Matos ..... 21**

**Orden jurídico, formación de jueces  
y transformaciones del Estado.  
(Legal Order, Judge's Training,  
and State's Transformations)**

**Gina Chávez Vallejo ..... 37**

**El capital: determinación económica  
y subjetividad política. (Capital:  
economical determination and**

<b>poltical subjectivity)</b> <b>Juan Íñigo Carrera .....</b>	<b>51</b>
--	-----------

<b>Tempo e constituição.</b> <b>(Time and Constitution)</b> <b>Leonel Severo Rocha .....</b>	<b>71</b>
--	-----------

<b>Hacia una nueva gramática</b> <b>constitucional. (Towards a</b> <b>new constitutional gramatic)</b> <b>Farit L. Rojas Tudela .....</b>	<b>95</b>
--	-----------

<b>La estructura circular del</b> <b>sistema jurídico y la comprensión</b> <b>de las normas como acuerdo de sentido.</b> <b>(The Circular Structure of the Legal</b> <b>System and the Comprehension of</b> <b>norms as an agreement of sense)</b> <b>Efrén Vázquez Esquivel .....</b>	<b>123</b>
--	------------

## **COMUNICACIONES**

<b>Tortura como antípoda de la compasión.</b> <b>(Torture as antipode of compasion)</b> <b>Raúl Páramo .....</b>	<b>149</b>
--	------------

## **HOMENAJE**

<b>Kelsen: sobre socialismo y democracia</b> <b>“...el desarrollo inmanente de la democracia...”</b> <b>(Kelsen: about socialism and democracy</b> <b>“...the imminent devolopment of democracy...”)</b> <b>Jorge Fuentes Morúa ...</b>	<b>171</b>
---	------------

## **ENTREVISTAS**

<b>Novo constitucionalismo latinoamericano</b> <b><i>versus</i> capitalismo. Uma conversa em razão</b> <b>da VI Conferencia Latinoamericana de Crítica</b> <b>Jurídica. (New Latinoamerican Constitutionalism</b> <b><i>versus</i> capitalism. A conversation on the grounds</b> <b>of the VI Latinoamerican Critical</b>
--

Legal Conference)	
Amanda Villavicencio Peña .....	193

RESEÑAS

Reseña: Derechos de la naturaleza, el futuro ahora. (Review: Rights of Nature, the Future Now).	
Erandi López .....	201
Reseña: La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política. (Review: Nature with Rights. From Philosophy to Politics)	
Amanda Villavicencio Peña .....	205

Normas editoriales .....	211
--------------------------	-----



## CARTA DEL DIRECTOR

El presente número de *Crítica Jurídica* aparece en tiempos de elecciones presidenciales en México, la segunda economía de Nuestra América. La campaña se caracterizó por la mediocridad de la llamada *clase política* y la banalidad de los temas puestos a consideración del electorado. Las encuestas apuntan, casi todas, al triunfo del candidato del PRI, arropado desde hace años por las empresas mediáticas más poderosas.

Todos saben lo que pasará. Habrá un triunfador, impugnación ante el poder judicial, y una sentencia de éste confirmando al ganador sin mayores argumentos. Ríos de dinero al servicio del candidato favorecido, nunca se sabrá si favorito; empresas de aviación a su servicio que permiten hacerlo ver en lugares distantes el mismo día: presencia universal. Sobrexposición favorable en televisión. Denuncias de los otros partidos no mayormente investigadas por parte el instituto encargado de organizar y cuidar de las elecciones.

Ríos de dinero derrochados. Una auténtica compra de la presidencia, tratada, esta vez, sin tapujos, como mercancía, en uso de lo que han preparado cuidadosamente: la pobreza, la ingenuidad, la necesidad acuciosa de recibir caridad preelectoral. En un mundo en que todo se vende: desde niños y el agua del deshielo, hasta los gusanos y la silla presidencial. Con el resultado imaginable de la plutocracia cuando no la simple cleptocracia. Plutocracia que es defendida a capa y espada por, no puede ser, ingenuos demócratas progresistas que, en algunos países, y por default, consiguen ser vistos como “de izquierda”, por ejemplo, en México. Donde los comentaristas políticos “de avanzada” denuncian las maniobras contra la “democracia” por parte de la plutocracia, dejando caer la idea de que, si el voto es libre, los oprimidos serán redimidos.

Pero no cabe sorprenderse. Así es en el mundo capitalista. A pesar de que una cierta propaganda promueve la idea de que habiendo democracia, todo se resuelve pacíficamente. Aun si se trata de ese sesenta por ciento de pobres que ha generado el capitalismo y su ritmo actual, el neoliberalismo. Se trata de la ideología burguesa en su última versión: bienaventurados los que no desesperen.

Pero si alguna vez sucede que no gane el elegido de los dioses mediáticos, tampoco hay que apurarse. Lo hemos aprendido a golpes de estado; léase en Chile, Honduras, y el intento en Venezuela.

No parece haber salida. Plutocracia o muerte; vencerán... hasta que no.

Eso sí, nada de socialismo. Palabra maldita que no debe pronunciarse porque el muro de Berlín... Pero todos saben que la democracia sólo puede florecer en formaciones sociales equitativas, esto es, socialistas. Pero los próceres del decir político, los que consiguen micrófono con los programas de noticias “progresistas”, ocultan, con todo el conocimiento de causa que les da el ser prestigiosos universitarios que las elecciones perversas son la forma política del capital.

Los juristas son excelentes portadores de la ideología democratista plutocrática. Pero no *Crítica Jurídica*. Para nosotros democrático es un gobierno que ponga la equidad como premisa y los intereses del pueblo pobre por encima de todo. Una democracia, o es para el pueblo o es simple gobierno de la burguesía rapaz.

O.C.

### CARTA DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

Es grato dirigirnos a nuestros lectores en este periodo de la revista *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, pues al mismo tiempo se presenta la temporada de la *VII Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica*, cuyas sedes son, en esta ocasión, la Universidad Autónoma de San Luis Potosí; el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la UNAM; y la Universidad Federal de Santa Catarina en Brasil.

Ambos esfuerzos, por hacer la revista y la conferencia, abren dimensiones que constituyen espacios de discusión, reflexión y movimiento histórico que permiten ir construyendo los caminos por los que la libertad busca avanzar.

En este camino de la crítica jurídica latinoamericana, a través de las letras, participan diversos autores como: Andityas Soares de Moura Costa Matos, Farit L. Rojas Tudela, Jorge Fuentes Morúa, Efrén Vázquez Esquivel, Gina Chávez Vallejo, Leonel Severo Rocha, Juan Íñigo Carrera y Raúl Páramo. Todos tienen algo en común: el ánimo de compartir los hallazgos obtenidos en el ejercicio de aprender y mostrar el entorno en el que convergen los distintos fenómenos sociales, políticos y jurídicos que trascienden a otros mundos de conocimiento.

Aunque juntos es como hacemos la crítica jurídica; autores, director, dictaminadores, lectores, todos somos parte de este espacio que se ha venido formando también con la cooperación de diferentes universidades que reafirman un genuino universo del pensamiento, gracias a ello actualmente la revista se encuentra a la vanguardia del acontecer en Nuestra América Latina, retomando las temáticas que por su importancia generan amplios debates, pero también aquellas de antaño que siguen vigentes y las que permiten visualizar distintos escenarios.

Así, los autores abordan en este número, temas como: “La estructura circular del sistema jurídico y la comprensión de las normas como acuerdo de sentido”; “Tempo e Constituição”; “Orden jurídico, formación de jueces y transformaciones del estado”; “Hacia una nueva gramática constitucional”; “Direito, política e símbolo: elementos

para uma crítica do Direito Público contemporâneo”; “El capital: determinación económica y subjetividad política”; Comunicaciones: “Tortura: como antípoda de la compasión”; y “Kelsen: sobre socialismo y democracia”. En estas temáticas se emplean teorías distintas y críticas, que por su diversidad pueden ser de gran interés para el lector, así como por el contraste de enfoques y metodologías para abordar las diferentes problemáticas.

Por ello resulta enriquecedora la multiplicidad de investigaciones que en este ejemplar de la revista se reúnen, ya que los artículos presentados son, entre otras fuentes, una bibliografía valiosa y trascendente, principalmente para el campo de las ciencias sociales y de las demás disciplinas. Por tanto, nos reconforta contribuir con este número a dos tareas importantes: en primer lugar, a mantener el espacio que por largo tiempo se ha sostenido con la constancia de una jornada que aun no termina, y también, en segundo lugar, brindar un punto de apoyo para las experimentadas y nuevas generaciones de universitarios y no universitarios que se renuevan cuando dirigen su mirada al mundo crítico.



---

## ARTÍCULOS

---



## DIREITO, POLÍTICA E SÍMBOLO: ELEMENTOS PARA UMA CRÍTICA DO DIREITO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO. (Law, Politics and Symbol: Elements for a Critique of Contemporary Public Law)

*Andityas Soares de Moura Costa Matos<sup>1</sup>*

**Resumo:** Partindo da constatação de que a moderna teoria do Direito e do Estado guarda não apenas semelhanças, mas verdadeiros paralelismos epistemológicos com as construções da Teologia, Hans Kelsen pretende desnudar o sentido ideológico que fundamenta o tradicional dualismo que separa Direito e Estado enquanto entidades autônomas. Com base nas percepções originais de Kelsen —secundadas por outras contribuições mais atuais, tais como o conceito simbólico do político desenvolvido por Claude Lefort e Hans Lindahl, bem como com o auxílio da noção de teologia política de Carl Schmitt— pretendemos demonstrar a função eminentemente conservadora da estrutura dual Direito/Estado, a qual pretende subtrair do controle jurídico parte considerável das ações do Estado, eis que se identificam com as obscuras e sempre arguidas *raisons d'État*. Com isso, pretende-se criticar a própria legitimidade do chamado “Direito Público”, o qual expressaria uma tendência à fuga da regulação jurídica do poder. Por fim, com base na metodologia funcionalista inaugurada por Ernst Cassirer, institutos jurídicos como “vontade coletiva” e “interesse público” serão problematizados de modo a neles surpreender traços teológicos, conservadores e autoritários incompatíveis com a unidade conceitual e substancial posta pelo Estado de Direito.

**Palavras-chave:** Símbolo. Teologia. Direito e Estado. Direito Público. Ideologia. Metodologia funcionalista.

**Resumen:** Partiendo de la presunción básica de que la teoría moderna del Derecho y del Estado no solamente presenta similitudes sino que tiene paralelos epistemológicos genuinos y verdaderos con las construcciones de la Teología, Hans Kelsen intenta mostrar el significado ideológico que se encuentra en el núcleo mismo de la tradición dualista que construye al Estado y al Derecho como entidades autónomas. Tomando en consideración las concepciones originales de Kelsen —las cuales son secundadas por las más recientes contribuciones de Claude Lefort y Hans Lindahl en sus concepciones de lo político y lo simbólico y de las nociones de Carl Schmitt de la teología política— nuestra intención aquí es demostrar el papel altamente conservador jugado por la dualidad de la estructura Derecho/estado, cuyo principal objetivo es colocar fuera del control jurídico una parte considerable de las acciones del estado, las cuales, de esta manera, reflejan la siempre oscura y controvertible *raisons d'État*. En esas condiciones, más adelante, analizaremos la legitimidad misma del llamado “Derecho Público”, lo cual parece apuntar a una tendencia de evitar la regulación jurídica del poder. Finalmente, basado en la método funcional encabezado por Ernst Cassirer, las instituciones legales como “voluntad colectiva” e “interés público” serán problematizadas, con la intención de determinar si contienen rasgos teológicos, conservadores y autoritarios incompatibles con la unidad conceptual y sustancial intrínseca del Estado de Derecho.

**Palabras clave:** Símbolo, Teología, Derecho y estado, Derecho Público, Ideología, Método funcional.

**Abstract:** Considering the basic assumption that the modern Law and State theory not only bears similarities but also draws true and genuine epistemological parallels to the constructions of Theology, Hans Kelsen intends to lay bare the ideological meaning that lies at the very core of the traditional dualism which constitutes Law and State into autonomous entities. Taking into account Kelsen's original perceptions—which are seconded by more recent contributions from Claude Lefort and Hans Lindahl's political and symbolic concept and from Carl Schmitt's notions on political theology—our intention is now

<sup>1</sup> Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil, andityas.matos@fead.br, recebido 23 de agosto de 2011, aceptado 25 de marzo de 2012.

to demonstrate the highly conservative role played by the duality of the Law/State structure, whose aim is to remove from under the sway of legal control a considerable part of the State's actions, which, in turn reflect the ever obscure and arguable *raisons d'État*. Here below therefore, we will analyze the very legitimacy of the so-called. "Public Law", which seems to point to a trend towards shunning the legal power regulation. Finally, based on the functional method pioneered by Ernst Cassirer, legal institutions such as "collective will" and "public interest" will be problematised, in order to ascertain whether they contain theological, conservative and authoritarian traits incompatible with the conceptual and substantial unity intrinsic to Rule of Law.

**Key-words:** Symbol. Theology. Law and State. Public Law. Ideology. Functional method.

\* \* \*

Após denunciar o dualismo Estado/direito em vários artigos dos anos 20, Hans Kelsen atinge o cerne do problema em 1923 no seu ensaio mais ambicioso, *Deus e Estado*. Nele Kelsen demonstra haver inúmeros paralelismos entre os pseudoproblemas da Teologia e da Teoria do Estado. Em ambas as disciplinas se sustenta a existência de dualismos fundamentais que servem não para explicar a realidade, mas para legitimar propósitos políticos conservadores.

Se, como quer Schmitt, a imagem metafísica que certa época traça do mundo é o resultado da duplicação de sua organização política,<sup>2</sup> precisamos nos perguntar sobre os vínculos entre o político e o religioso —bem como acerca das formas de ruptura—,<sup>3</sup> o que Claude Lefort faz ao utilizar o conceito de símbolo, elemento central para a compreensão da genealogia sagrada do político. Cabe ao filósofo e ao cientista político, mediante a utilização do conceito de símbolo, desnudar as continuidades e as descontinuidades que marcam a transição do poder político-jurídico da Idade Média até os dias de hoje, relativizando a autodescrição da modernidade enquanto começo absoluto e incondicionado. Nessa perspectiva, Kelsen prenuncia o trabalho de clarificação epistemológica realizado por Lefort, para quem tanto o político quanto o religioso deslocam o pensamento filosófico para a esfera do simbólico, governando e mediatizando com suas articulações internas o nosso acesso ao mundo.<sup>4</sup>

Da mesma maneira que a Teologia do Medievo fundou suas mistificações reacionárias sobre o dualismo Deus/natureza, a Teoria do Estado de feição tradicional insiste em compreender Estado e di-

2 SCHMITT, 2006, p. 43.

3 LEFORT, 1986, p. 277.

4 LEFORT, 1986, p. 261.

reito como instâncias separadas. Tal semelhança revela profundas ligações entre o social e o religioso, realidades que se assentam firmemente nas camadas mais recônditas da psique humana. Assim como o indivíduo se sente uma parte não-autônoma do todo social ao qual deve obediência, crença que faz brotar em seu íntimo o sentimento de dependência, da mesma maneira ele é levado a acreditar em autoridades transcendentais instituidoras da realidade em que vivemos. Partindo desse esquema inicial, Kelsen conclui que tanto a sociedade quanto Deus exigem do indivíduo obediência absoluta,<sup>5</sup> preenchendo o espaço psíquico que deveria ser ocupado pela consciência individual.

A essência da vivência religiosa configura um momento social e a essência da vivência social, um momento religioso,<sup>6</sup> ambos fundados em bases autoritárias. Engels compreendeu essa verdade evidente ao concluir que: “a essência do Estado, assim como da religião, é o medo da humanidade de si mesma”.<sup>7</sup> Por isso Durkheim pôde identificar Deus e sociedade em seu famoso estudo *Les Formes Élémentaires de la Vie Religieuse*. Assim, a sociedade é uma expressão de Deus, ou seja, da vivência religiosa e autoritária que caracteriza o campo do social.<sup>8</sup> Tal constatação confirma-se pela sempre citada passagem da *Filosofia do Direito* de Hegel: “O Estado é o caminhar de Deus no Mundo”.<sup>9</sup> Da mesma maneira que Hegel, Platão demonstra possuir uma aguda compreensão dos fundamentos místicos da autoridade. Ele expulsa os poetas de seu Estado perfeito<sup>10</sup> porque conhece o poder corrosivo que a arte exerce em prejuízo dos absolutos. O poeta representa um fator desestabilizador de crenças e de certezas na república autoritária de Platão. Capaz de ridicularizar e ironizar os deuses, o artista mina a autoridade política e torna os indivíduos menos suscetíveis à desmobilização de suas consciências individuais. Se Platão e Hegel coincidem na identificação entre Deus e Estado, valorando-a, contudo, como algo positivo e necessário, Kelsen encontrará um inesperado aliado em Nietzsche, que vê no Estado um novo ídolo a ocupar o lugar do Deus assassinado pelos modernos. Agora, cansados da luta, os ven-

5 KELSEN, 1989a, p. 244.

6 KELSEN, 1989a, p. 246.

7 *Apud* SCHMITT, 2006, p. 47.

8 KELSEN, 1989a, p. 247.

9 HEGEL, 1952, § 258, p. 336.

10 PLATÃO, 2001, pp. 449-474.

cedores do velho Deus servem à novel divindade, que tudo lhes dará desde que eles —os muitos-demais, os supérfluos— a adorem.<sup>11</sup> Urra o Estado: “Nada há na terra maior do que eu; eu sou o dedo ordenador de Deus”.<sup>12</sup>

Ao contrário dos atuais opositores de Kelsen, Schmitt lia suas obras cuidadosamente para criticá-las. Dessa feita, ele reconhece que “a Kelsen se deve a identificação, desde 1920, com o seu sotaque próprio, do parentesco metódico entre teologia e direito”.<sup>13</sup> Ainda que as consequências dessa percepção sejam diferentes em Kelsen e Schmitt, parece-nos surpreendente que ambos os teóricos —antípodas em tudo mais— compartilhem uma tese tão polêmica. Em *Teologia Política (Politische Theologie)* —artigo de 1922 que intitularia anos depois um de seus mais conhecidos livros—, Schmitt afirma que todos os conceitos da moderna Teoria do Estado são, na verdade, conceitos teológicos secularizados. Tal conclusão é válida se considerarmos não só a gênese histórica do Estado, nascido graças à transferência da onipotência de Deus para o legislador, mas principalmente a sua estrutura sistemática.<sup>14</sup> O Estado moderno interfere em todos os âmbitos, nota Schmitt. Em certas ocasiões, age como um *deus ex machina*, transformando milagrosamente conceitos e normas; às vezes se assemelha a um cavalheiresco demiurgo, demonstrando sua superioridade diante do indivíduo ao suprimi-lo, mediante indultos e anistias, do campo de ação normativa.<sup>15</sup> Ademais, a noção jurídica de Estado de Exceção é paralela ao conceito de milagre da Teologia. Se considerarmos que o milagre representa um rompimento das leis naturais, podemos ler o mesmo fenômeno juridicamente enquanto quebra das regras normais de organização do Estado, o que dá lugar ao Estado de Exceção. Em ambos os casos uma intervenção direta restabelece a ordem: vinda de Deus, quando se trata do domínio teológico, ou do ditador, no que concerne à seara jurídica.<sup>16</sup> Todavia, aqui cessam as semelhanças entre Schmitt e Kelsen, pois aquele critica este por pretender construir um sistema ju-

11 NIETZSCHE, 1998, p. 76.

12 NIETZSCHE, 1998, p. 75.

13 SCHMITT, 2006, p. 38.

14 SCHMITT, 2006, p. 35.

15 SCHMITT, 2006, pp. 36-37.

16 SCHMITT, 2006, p. 35.

rídico-estatal imune à ação do “milagre” jurídico, ou seja, incapaz de descrever e vivenciar momentos de exceção, eis que Kelsen praticaria, pelo menos aos olhos de Schmitt, uma ciência jurídica comprometida com o racionalismo iluminista e a lógica matemática, modalidades de saber que repudiam o excepcional em nome do geral e do universal.<sup>17</sup>

Como visto na seção anterior, a identidade psicológica que unifica a atitude religiosa e a vivência social deriva de uma fonte comum, qual seja, a ambígua relação entre pai e filho. O Estado só obtém a submissão do indivíduo —inclusive em detrimento de seus interesses privados— porque é capaz de se mostrar enquanto pai simbólico e assim favorecer emoções que convertem homens em crianças destituídas de vontade e opinião própria.<sup>18</sup> Aí está um dos equívocos de Weber, que limitou a coação característica do Estado ao seu aspecto físico, reservando a coação psíquica às associações de domínio do tipo hierocrático, tais como as igrejas.<sup>19</sup> Na verdade, por conter elementos sacrais, majestáticos e autoritários, a ideia de Estado exige a coação psíquica, que faz nascer no indivíduo o amor à obediência. Ora, esse “amor à obediência”, cuja ambígua justificativa se liga às necessidades infantis de segurança e de expiação do ódio que se sente pelo pai, somente se mantém atuante em contextos coletivos. Por isso as religiões são fenômenos sociais. Uma religião individualista, como aquela do Zaratustra de Nietzsche, é impraticável. Tanto na sociedade quanto na religião não basta que o indivíduo se submeta. É preciso que outros também o façam. O desejo de se submeter representa apenas uma face da moeda. A outra se radica na ânsia de submeter os demais.<sup>20</sup> Nenhuma religião —talvez com exceção do budismo— se limita a regular as relações do crente e seu deus. Todas pressupõem a necessidade de submeter outras pessoas a esse mesmo deus. O indivíduo escravizado pela alienação religiosa quer sufocar todo o orbe para que não haja ninguém que lhe seja superior. Em uma tal hipótese, todos seriam igualmente servos. Fenômeno similar ocorre na sociedade: reprimimos o eu individual em troca da repressão

---

17 SCHMITT, 2006, pp. 39-40.

18 KELSEN, 1989a, p. 248.

19 ORDÓÑEZ, 1989, p. 178.

20 KELSEN, 1989a, p. 248.

de todos os demais, de maneira a construir um grupo que só encontra realização plena na glorificação do todo, seja ele chamado de Deus ou de Estado. E para realizar tal intento a violência é o meio mais efetivo. Kelsen compara a situação do fanático que luta por seu Estado, seu deus e sua nação com o primitivo que, uma vez revestido pela máscara do animal totêmico, dá livre curso a sua selvageria, praticando atos que normalmente lhe são vedados.<sup>21</sup> Toda a história humana não é mais do que a eterna luta entre a ambição de submeter e o desejo de autodeterminação, o que se reflete não apenas na seara política, mas também na da história das ideias.<sup>22</sup>

Religião, Estado e nação são máscaras totêmicas, *i. e.*, ideologias que encobrem fatos reais. Não é o Estado que destroça corpos humanos na guerra. Isso é trabalho sujo dos seres humanos, em especial daqueles que costumamos celebrar nos livros de História chamando-os de vencedores. Não é Deus quem prende e tortura dissidentes políticos, mas o general X e seus assecclas. Kelsen discordaria de Luhmann, para quem a sociedade não é formada por pessoas, mas por comunicações. Kelsen é um pensador ultrarrealista e iconoclasta que entende não haver realidade para além do indivíduo real de carne e osso. Inevitável a comparação com Nietzsche: “Destruidores, são os que preparam armadilhas para muitos e as chamam Estado; e suspendem por cima deles uma espada e cem cobiças”.<sup>23</sup> É contra mistificações assim que se erguem de um lado o irracionalismo nietzschiano e, de outro, a ciência positivista, que pretende destruir as máscaras totêmicas e enxergar os movimentos desnudos das almas e dos corpos em sua determinação causal,<sup>24</sup> levando-nos a compreender que: “La apariencia del Estado como persona inmaterial oculta el hecho del dominio del hombre sobre el hombre”.<sup>25</sup>

Segundo Kelsen, o direito configura uma técnica social que lida com normas jurídicas, elementos que levam os dominados a se comportarem como querem os dominadores.<sup>26</sup> São, portanto, atos de vontade que conferem sentido à conduta, representando, em

21 KELSEN, 1989a, p. 249.

22 KELSEN, 1989c, p. 224.

23 NIETZSCHE, 1998, p. 75.

24 KELSEN, 1989a, p. 250.

25 KELSEN, 1974, p. 26.

26 CORREAS, 1989, p. 11.



sua essência, formas de dominação.<sup>27</sup> Eis o que ensina a teoria pura do direito. Nada mais, nada menos. E por isso é tão odiada. Por nos mostrar nossa verdadeira face, que não é nem um pouco atraente. Por sua vez, a doutrina tradicional personifica o Estado ao concebê-lo enquanto unidade capaz de plasmar a multiplicidade própria das relações jurídicas. Assim como Deus funda o mundo e o unifica, o Estado cria o ordenamento jurídico e o centraliza.<sup>28</sup> Ambos —Deus e Estado— são incontroláveis e podem se dar razões que não constam dos códigos do mundo ou do direito, que lhes são anteriores.

A ideia de absoluto, da qual deriva a noção de soberania entendida como poder ilimitado, se liga à pressuposição de um Deus todopoderoso. Segundo Lindahl, Kelsen enxerga no conceito de soberania popular a indisfarçável continuidade entre a política medieval e a moderna. Deus e a abstração chamada de “povo soberano” cumprem as funções básicas do símbolo descritas por Cassirer: aproximação e distanciamento.<sup>29</sup> É o trabalho mediador do símbolo que torna possível nosso estar significativo no mundo. De fato, os seres humanos travam relações porque retrocedem diante da realidade e de seu absolutismo ao mesmo tempo em que dela se aproximam. Tal se dá por intermédio do símbolo.<sup>30</sup> Essa tese é comprovada pelas noções de soberania oferecidas por Laband e Jellinek, que a descrevem enquanto representação simbólica do poder unificado do governante, fazendo do Estado, nas palavras de Schmitt, “[...] quase que um indivíduo abstrato, um ‘*unicum sui generis*’ com seu monopólio de poder oriundo da ‘produção mística’”.<sup>31</sup>

Por serem símbolos do absoluto, tanto Deus quanto a soberania admitem apenas conceituações negativas. É impossível definir Deus utilizando predicacões positivas, pois tal pressuporia Seu conhecimento integral, algo vedado aos homens. Só nos resta dizer o que Deus não é, como ensina a teologia negativa dos neoplatônicos. Também a soberania se define negativamente como poder não subor-

27 CORREAS, 1989, p. 13.

28 KELSEN, 1989a, p. 252.

29 LINDAHL, 1996, p. 70.

30 LINDAHL, 1996, pp. 54-55.

31 SCHMITT, 2006, p. 38.

dinado a qualquer outro.<sup>32</sup> A soberania, ideologia mediante a qual se garante a absolutização e a deificação do Estado, se revela assim enquanto construto jurídico característico de uma concepção de mundo que enxerga no Estado uma realidade supraindividual e irreduzível aos homens que lhe dão realidade. Nesse contexto o Estado não é uma simples forma de organização social e sim uma entidade mística realizadora de valores absolutos.<sup>33</sup> Do mesmo modo que a noção de soberania preenche o *locus* original da liberdade dos indivíduos<sup>34</sup> a pretexto de protegê-la, Deus se põe como possibilidade de realização da liberdade humana enquanto livre arbítrio e também como seu negador ao exigir a submissão absoluta de sua criatura. De acordo com Frosini, Kelsen se afasta da leitura teológica da soberania porque define tal fenômeno enquanto simples hipótese legislativa, quer dizer, uma abstração ideológica típica de juristas que, a exemplo de Schmitt, nela vêem uma “situação de fato”.<sup>35</sup>

Os paralelismos entre a Teoria do Estado e a Teologia são infindáveis. Recordemo-nos de mais alguns. A Teologia deve lidar com o problema do erro de avaliação por parte de seus cultores assim como o Estado precisa explicar a injustiça. Em ambos os casos se recorre a um conceito final capaz de transformar erro em verdade e decisão arbitrária em decisão juridicamente válida. De acordo com Adolf Merkl, na seara teológica a “mágica” se opera graças ao dogma da infalibilidade papal e, no terreno jurídico, em razão do instituto da coisa julgada.<sup>36</sup> Paralelamente, o indivíduo é tratado pela Teologia e pela Teoria do Estado como ser insubstancial. Sua concretude física é escamoteada e ele passa a integrar a ordem dos conceitos. Uma alma imortal criada à imagem e à semelhança de Deus é um construto que corresponde àquela especial ideologia social<sup>37</sup> que opera com a noção de pessoa no sentido jurídico. Ambas as ficções tornam muito mais fácil desconsiderar as condições reais de existência do homem que, como conceito, não sofre, nem sangra ou morre. Essas mistificações abstraem o que re-

32 KELSEN, 1989a, p. 254.

33 KELSEN, 1989c, p. 235.

34 KELSEN, 1974, p. 27.

35 FROSINI, 1991, p. 66.

36 KELSEN, 1989a, p. 263.

37 KELSEN, 1989b, p. 324.

almente somos —unidades biológico-psicológicas— e nos enxergam enquanto almas e pessoas jurídicas, permitindo à Teoria do Estado e à Teologia conceberem de modo idêntico as relações entre indivíduo e sociedade por um lado e, de outro, indivíduo e Deus. Tal dá lugar ao universalismo e ao individualismo, posturas comuns às teorias políticas e teológicas que pregam que o indivíduo deve se dissolver no todo —posição dos nazifascismos e do teísmo absoluto— ou se afirmar *qua* essência particular diante do todo —tese característica do liberalismo e do cristianismo ortodoxo.<sup>38</sup>

As consequências práticas do dualismo teórico Estado/direito são da maior importância, dado que fundamentam sistemas sociais em que há “razões de Estado” invocáveis pelos governantes quando as normas jurídicas não lhes parecem vantajosas. É observável uma tendência psíquica geral, comum tanto a homens primitivos quanto a civilizados, que consiste em se buscar no interesse coletivo a justificação de interesses individuais.<sup>39</sup> Construtos como “vontade coletiva” e “interesse público” são apenas eufemismos utilizados pelos detentores do poder para se furtarem à obediência devida ao direito. Todo ordenamento jurídico, mesmo o mais despótico, expressa em maior ou menor grau certos compromissos,<sup>40</sup> podendo assim gerar sérias limitações aos interesses dos governantes, que então utilizam personificações sem qualquer realidade —Deus e Estado— para lhes imputar as ações anti-jurídicas que praticam. Ao caracterizar em termos político-teológicos os séculos XVII e XVIII, momentos específicos do Estado absolutista, Schmitt aduz que a noção de transcendência de Deus diante do mundo integra o conceito de divino do mesmo modo que a transcendência do monarca em face do Estado —ou do direito, em linguagem kelseniano— faz parte da filosofia estatal própria desses séculos.<sup>41</sup>

Converter um ato de força em ato jurídico e fazer surgir direito do não-direito. Eis a metamorfose que os donos do poder precisam realizar. Para tanto, há certas palavras mágicas a serem entoadas à semelhança de cânticos sacramentais: “Direito Público”, “fato do prin-

38 Kelsen, 1989a, p. 264.

39 Kelsen, 1989b, p. 321.

40 Kelsen, 1989a, p. 260.

41 Schmitt, 2006, pp. 45-46.

cipe”, “interesse coletivo”, “paz social”, “ordem pública” e quejandos. A doutrina jurídica tradicional ensina que o poder político capta o interesse coletivo difuso na sociedade e o traduz em normas jurídicas que garantem a felicidade social possível. O processo, contudo, parece-nos bem diferente. Na verdade, os governantes pretendem assegurar seus próprios interesses, motivo pelo qual os travestem com conceitos vagos e imprecisos ao mesmo tempo em que impõem normas jurídicas capazes de garantir seus anseios. Claro que a desculpa sempre renovada reside na nebulosa felicidade coletiva a ser garantida paternalisticamente pelo Estado.

Há duas claríssimas —porém inconfessáveis— funções para o dualismo Direito Público/Direito Privado: além de isolar as relações privadas do domínio sócio-político, fortalecendo assim ideias como as de autonomia da vontade e de ilimitação da autoridade paternal —arquétipo central para a construção do “amor à obediência”—, o citado dualismo justifica os atos políticos antijurídicos do governo,<sup>42</sup> que se vê livre de qualquer normatividade convencional ao se proteger sob o manto diáfano do Direito Público. Ora, um Direito Público radicalmente distinto do Direito Privado porque deduzido da especial natureza do Estado personificado representa tão só certos postulados políticos que, por expressarem desejos e interesses privados não admitidos pela ordem jurídica, precisam se revestir de juridicidade.<sup>43</sup> Um exemplo entre muitos: a distinção romanística entre Direito Público e Direito Privado foi adotada pela ciência jurídica alemã com o intuito de beneficiar os príncipes reinantes, retirando-os do âmbito de qualquer controle jurídico mediante o uso da fórmula: “*princeps legibus solutus est*”.<sup>44</sup>

No que diz respeito à concepção de um deus separado de sua criação, resta-nos considerar que tal seria incompreensível para um grego ou um romano, ou até para um pensador moderno consequente e honesto como Spinoza, que costumava se referir a *Deus sive natura* —Deus ou a natureza.<sup>45</sup> O dualismo Deus e a natureza é uma concepção

42 Kelsen, 1957, p. 140.

43 Kelsen, 1989a, p. 261.

44 Manero, 1989, p. 143.

45 Spinoza, 1985, I, prop. 29, esc.

própria da Teologia Medieval arquitetada para tentar explicar o problema do Mal. Com efeito, por que existe o Mal em um universo criado por um ser não apenas onipotente, mas também infinitamente bondoso? De modo similar, os que creem em um Estado personificado se questionam por que ele permite a existência da injustiça. A questão teológica foi resolvida pelo gnosticismo e pela cabala judaica de maneira radical, ora negando a autoria do universo por parte de Deus, visto que o mundo material seria produto de um demiurgo caído —tese central do gnosticismo—,<sup>46</sup> ora explicando, a exemplo do cabalista medieval Isaac Luria, que para preservar a liberdade humana Deus se exilou do mundo após tê-lo criado, não sendo responsável pelos desmandos de suas criaturas.<sup>47</sup> A resposta oferecida pela Teologia Medieval de recorte ortodoxo é diferente e pressupõe o dualismo intransponível entre Deus e o mundo, o qual se reforça graças à noção de milagre.<sup>48</sup> O conceito de milagre desenvolvido pela Teologia pretende traduzir a liberdade de Deus diante das leis naturais por ele criadas, assim como as noções de “Direito Público” e “razões de Estado” existem para libertar as autoridades políticas de qualquer obrigação jurídica que lhes seja inconveniente.<sup>49</sup> Originariamente, Deus e Estado são concebidos enquanto instâncias onipotentes que em certo momento se autolimitaram.<sup>50</sup> Daí surgiram as leis naturais e a Constituição, entidades externas, diversas e, em substância, inferiores às realidades que regulam, podendo ser, a qualquer tempo, negadas pelos milagres e pelas razões de Estado. Por seu turno, a teoria pura do direito não aceita nenhum dualismo. Nela Estado é ordem jurídica centralizada, nada mais.<sup>51</sup>

De acordo com os adeptos da teoria tradicional, a transformação do Estado em direito é similar a um mistério religioso. Dizem que ele antecedeu ao direito e apenas com a Revolução Francesa a criatura pôde controlar o criador. A unidade Estado-direito —conceito essen-

46 Mais sobre o gnosticismo em JONAS, 1963; LAYTON, 2002 e WILLER, 2010.

47 Para referências sobre Luria, cf. o prólogo de María Ángeles Pérez López a GELMAN, 2005, pp. 58-60.

48 SCHMITT, 2006, p. 35.

49 KELSEN, 1989a, p. 262.

50 SOMEK, 1989, p. 766.

51 Tal constatação não é válida apenas para as ordens jurídicas democráticas, pois mesmo o Estado mais despótico do planeta é uma ordem jurídico-normativa. Cf. KELSEN, 1989a, p. 259.

cial para o juspositivismo— passa a ser entendida como expressão meramente histórica.<sup>52</sup> Para explicar essa curiosa metamorfose lança-se mão da teoria da auto-obrigação,<sup>53</sup> segundo a qual o Estado se auto-limitaria ao dividir as funções do poder e ao se submeter a uma codificação especial de natureza constitucional. A Teologia Medieval utilizou procedimentos semelhantes para explicar a encarnação de Cristo, figura que expressaria a unidade mundo-Deus tenazmente negada pela ortodoxia, para quem a vinda de Cristo ao mundo seria apenas um fato histórico que em nada afetaria a absoluta separação entre os homens e seu criador. É sabido, contudo, que certas seitas heréticas panteístas acreditavam que Deus habitava no interior de cada homem. Assim, a unidade Deus-mundo se afirmaria constantemente, não havendo que se falar em alienação da criatura em face do criador, mas na progressiva revelação de nossa essência divina, o que obviamente não interessa à autoridade da Igreja, ciosa na manutenção de seus privilégios de mediadora necessária entre os homens e Deus.

Da mesma maneira que o conceito de Deus se dissipa na noção de natureza total proposta pelo panteísmo, um Estado independente do direito é impensável na teoria kelseniana, dado que aquele se liquefaz na tessitura normativa deste.<sup>54</sup> A teoria pura do direito —monista e antimetafísica por vocação— representa um papel semelhante, no que concerne à doutrina jurídica, àquele característico das heresias combatidas pela Igreja Romana. Sim, eis é uma bela imagem: a teoria pura do direito enquanto heresia. E não há heresia maior do que o ateísmo, cujo símile na Teoria do Estado se encontra na noção de anarquismo. Ambos —ateu e anarquista— não acreditam na existência dos absolutos que oprimem a humanidade.<sup>55</sup> Surpreendentemente, Kelsen se qualifica como um anarquista no sentido da crítica do conhecimento, pois reconhece que “Dios y el Estado sólo existen si y en la medida en que uno cree en ellos, y quedan aniquilados, junto con su imenso poder que llena la historia universal, cuando el alma humana se libera de esta creencia”.<sup>56</sup> É quase inacreditável para aqueles que se limi-

---

52 KELSEN, 1989a, p. 258.

53 KELSEN, 1989a, p. 257.

54 BOBBIO, 1989, p. 73.

55 KELSEN, 1989a, p. 264.

56 KELSEN, 1989a, p. 265.

tam a leituras superficiais da obra de Kelsen encontrar tais palavras impressas sob o seu nome. Para os cretinos e ignorantes —como corajosamente se expressa Juan García Amado no prefácio deste livro— o substantivo próprio “Hans Kelsen” sempre evocou, de modo quase automático —como tudo aquilo que é imbecil— laivos políticos autoritários, cegueira jurídica e insensibilidade ética. Apesar de absurda, tal “interpretação” de Kelsen não é inesperada se tivermos em conta o testemunho de Correias, para quem o êxito jusnaturalista contra Kelsen se assenta não nas cátedras de Filosofia do Direito, mas nas de Direito Civil e quejandos, sendo difícil imaginar um ser mais despreparado para o pensamento filosófico do que um advogado, seja na posição de professor ou aluno.<sup>57</sup> Durmam agora com um barulho desses: um Kelsen anarquista... Não é que Kelsen negue a existência de ordens jurídico-estatais e pretenda que vivamos fora do manto das formas sócio-organizacionais. De modo semelhante, um rematado ateu não é obrigado a negar a existência de ideias morais que governam o mundo. Na verdade, Kelsen vê no direito um produto provisório da política, interpretando-o enquanto mecanismo, mas sem ingenuidades anarquistas que simplifiquem seu pensamento.<sup>58</sup>

Transformar uma função —centralização da pluralidade normativa— em uma personificação —Estado *e* direito— constitui um procedimento que tem servido ao longo da história para anestesiar as consciências e manter as divisões sociais. Assim procedem as religiões e seus deuses iracundos. Como já havia feito no ensaio dedicado a compreender o Estado por meio das construções teóricas da Psicologia-Social, Kelsen conclui que para se construir uma ciência pura do direito —ou do Estado, para ele dá no mesmo— é imprescindível superar as hipóstases substanciais que a infestam, a exemplo do conceito de alma imortal característico da antiga Psicologia<sup>59</sup> e o de força, próprio da primeira Física. De fato, um dos traços mais característicos do pensamento primitivo é a necessidade de encontrar substratos materiais para ideias abstratas,<sup>60</sup> o que se verifica até hoje na maioria das

57 CORREAS, 1989, pp. 7-8.

58 CORREAS, 1989, p. 13.

59 KELSEN, 1989b, p. 320.

60 KELSEN, 1989b, p. 327.

ciências do espírito. Na ciência jurídica cabe à noção personificada de Estado cumprir o papel substancial da alma na Psicologia e o da força na Física. Por isso a ideia de Estado precisa ser eliminada e substituída por uma noção funcional. Assim como a nova Física é uma Física sem forças e a nova Psicologia é uma Psicologia sem almas, cabe à ciência jurídica construir um conhecimento do direito sem pressupor o Estado personificado típico da doutrina tradicional. Ao final, podemos sustentar que a teoria pura do direito é radicalmente anarquista e humanista.

A pureza metodológica da teoria kelseniana se revela na exigência de descrever seu objeto mediante pontos de vista científicos, ou seja, perspectivas que superam as mitologias jurídicas sustentadas por 2.300 anos de domínio do direito natural. Dessa feita, a teoria pura do direito combate o método teológico que supõe um deus criador da natureza, mas que ao mesmo tempo a supera, a contradiz e é totalmente independente dela. Raciocínio idêntico caracteriza a Teoria do Estado conservadora, que enxergando o Estado enquanto instância supra ou metajurídica, pretende tornar compreensível o que é juridicamente incompreensível, levando-nos a crer no “milagre jurídico”.<sup>61</sup> Contra essa alienação das consciências jurídicas se ergue o edifício da teoria pura do direito, uma teoria do Estado sem Estado e, ademais, contrária ao autoritarismo. Ainda que seja pura, quer dizer, capaz de descrever qualquer contexto jurídico —autocrático ou democrático—, a teoria kelseniana, por representar uma expressão do conhecimento objetivo descomprometido com ideologias e mitologias sociais, só pode florescer em ambientes democráticos. Como admite o próprio Kelsen, a democracia —com sua confiança em procedimentos técnicos, sua racionalização dos vínculos sociais e sua aposta na segurança jurídica— se conecta a cenários positivistas, *i. e.*, aqueles nos quais a realidade é entendida enquanto conjunto de fatos empiricamente postos e quantificáveis.<sup>62</sup> Por seu turno, as autocracias precisam se rodear de ideologias místico-religiosas.<sup>63</sup> Nas autocracias não se crê na possibilidade de uma ciência livre de interesses políticos e o ideal da objetividade do conhecimento é abandonado em favor de outros, tal como o de domínio.<sup>64</sup>

---

61 KELSEN, 1989a, p. 262.

62 KELSEN, 1989c, p. 231.

63 KELSEN, 1989c, p. 232.

64 KELSEN, 1989c, p. 230.



Ao tentar se afastar das ideologias —ainda que para tanto tenham que se tornar ideologias sem ideologias— e se aproximar do conhecimento objetivo, as teorias de matriz democrática, a exemplo da teoria pura do direito, passam a ser simples narrativas sociais desvestidas de toda e qualquer justificação metafísica. Ao contrário, teorias jurídicas autocráticas —como as de Platão e de Schmitt— tratam a sociedade e o conhecimento por meio de metodologias fundamentalmente teológicas.<sup>65</sup>

### Referências:

- BOBBIO, Norberto. Kelsen y Max Weber. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 57-77, 1989.
- CORREAS, Óscar. Presentación. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 7-14, 1989.
- FROSINI, Vittorio. Kelsen y las interpretaciones de la soberanía. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 11, n. 31, pp. 61-74, 1991.
- GELMAN, Juan. *Oficio ardiente*. Edición e introducción de María Ángeles Pérez López. Selección de María Ángeles Pérez López e Juan Gelman. Salamanca: Universidad de Salamanca. Madrid: Patrimonio Nacional, 2005.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts: uber Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. 3. Aufl. Stuttgart: Fr. Frommanns, 1952.
- JONAS, Hans. *The gnostic religion: the message of the alien god & the beginnings of christianity*. Boston: Beacon Press, 1963.
- KELSEN, Hans. Dios y estado. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 243-266, 1989a.
- \_\_\_\_\_. El alma y el derecho. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 319-331, 1989b.

---

65 KELSEN, 1989c, p. 237.

- . Esencia y valor de la democracia. Trad. Rafael Luen-  
go Tapia e Luis Legaz y Lacambra. México: Nacional, 1974.
- . Forma de estado y visión del mundo. In: CORREAS,  
Óscar (org.). *El otro Kelsen*. México: Universidad Nacional  
Autónoma de México, pp. 223-241, 1989c.
- . *Teoría comunista del derecho y del estado*. Trad. Al-  
fredo J. Weiss. Buenos Aires: Emecé, 1957.
- LAYTON, Bentley (org.). *As escrituras gnósticas*. Trad. Margarida  
Oliva. São Paulo: Loyola, 2002.
- LEFORT, Claude. *Essais sur le politique: XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*. Paris:  
Seuil, 1986.
- LINDAHL, Hans. El pueblo soberano: el régimen simbólico del poder  
político en la democracia. In: *Revista de Estudios Políticos*  
(Nueva Época), n. 94, pp. 47-72, 1996.
- RUIZ MANERO, Juan. Sobre la crítica de Kelsen al marxismo. In:  
CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. México: Universi-  
dad Nacional Autónoma de México, pp. 111-161, 1989.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Assim falou Zaratustra: um livro*  
para todos e para ninguém. Trad. Mário da Silva. 9 ed. Rio de  
Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises. El concepto del derecho en las teorías  
de Weber y de Kelsen. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro*  
*Kelsen*. México: Universidad Nacional Autónoma de México,  
pp. 163-193, 1989.
- PLATÃO. *A república*. Trad., introdução e notas Maria Helena da Ro-  
cha Pereira. 9. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Hori-  
zonte: Del Rey, 2006.
- SOMEK, Alexander. Stateless law: Kelsen's conception and its limits.  
In: *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, pp. 753-774,  
2006.
- SPINOZA, Baruch. *The collected works of Spinoza*. Vol. I: *Ethica*.  
Trad. and edition E. Curley. Princeton: Princeton University,  
1985.
- WILLER, Claudio. *Um obscuro encanto: gnose, gnosticismo e poesia*  
moderna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

## Orden jurídico, formación de jueces y transformaciones del Estado. (Legal Order, Judge's Training, and State's Transformations)

*Gina Chávez Vallejo*<sup>1</sup>

**Resumen:** La transformación del Orden jurídico-político ecuatoriano expresada en la Constitución ecuatoriana de 2008 exige volver a estudiar el Derecho desde nuevas bases hermenéuticas y técnicas que superen los métodos de la Escuela Histórica y del Positivismo clásico que han servido de base para los estudios del derecho. Se requiere de nuevos jueces, nuevos operadores de justicia y de ciudadanos activos que pongan en funcionamiento los mecanismos garantistas de derechos. En este contexto, para la constitución ecuatoriana, la formación de los jueces tiene una triple dimensión: reconoce el derecho de las y los servidores públicos a formarse y capacitarse para el ingreso, la permanencia y promoción dentro del servicio público; es un mecanismo de optimización de los servicios públicos; y, funciona como estrategia del cambio político y social.

**Palabras clave:** Derecho, estudios del derecho, formación de jueces, transformación del Estado, Constitución del Ecuador 2008.

**Abstract:** The transformation of the legal and political Ecuadorian order expressed in Constitution of Ecuador of 2008 demands to reassess the analysis of Law parting from new hermeneutical and technical basis that go beyond the methods of the Historical School and those of Classic Legal Positivism, which have served for the study of Law. New judges, new operators of justice and active citizens are required in order to deploy the garantist mechanisms of rights. In this context, for the Ecuadorian Constitution, the training of judges has a triple dimension: the recognition of public servant's right to training and capacititation for their enrolment, permanence and promotion within public service; as a mechanism of optimization of public service; and, it works as a strategy of political and social change.

**Key-words:** Law, analysis of Law, Judge's Training, Transformation of the State, Ecuador's Constitution 2008.

### 1. Introducción

El constitucionalismo ecuatoriano tiene algunos rasgos característicos, a saber: utiliza el mecanismo de la asamblea constituyente,<sup>2</sup> con

1 Doctora en Derecho por la Universidad Andina "Simón Bolívar", sede, Ecuador. Estudiante de doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad de Valencia, España. Asesora del Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Educación Superior, CEAACES. Profesora Titular del Instituto de Altos Estudios Nacionales. Coautora del libro *Desafíos Constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, entre otras publicaciones relacionadas con temas constitucionales, de derechos colectivos y de derechos indígenas, dirección de correo electrónico ginachv2@yahoo.es, recibido 14 de diciembre de 2011, aceptado 14 de marzo de 2012.

2 Las constituciones expedidas en Ecuador se han realizado mediante Convenciones Nacionales, Asambleas Nacionales o Asambleas Constituyentes, desde 1830 hasta 2008. Sólo la Constitución de 1979 fue elaborada por una Junta de Notables conformada por el régimen militar gobernante.

sus promesas de refundación del país, para redefinir la correlación de fuerzas entre grupos y facciones; expide textos constitucionales que aportan poco o nada a la consolidación jurídico-institucional del Estado; ha institucionalizado prácticas jurídicas marcadamente formalistas y simbólicas que favorecen a la falta de apego de los ciudadanos a los mecanismos legales e institucionales, entre otros.

De los veinte sucesos asamblearios ocurridos en Ecuador hasta la fecha, sólo tres pueden considerarse procesos transformadores o revolucionarios,<sup>3</sup> a saber: la Asamblea Constituyente de 1830 que instaura la república, terminando formalmente con el colonialismo español; la Asamblea Constituyente de 1929<sup>4</sup> que concreta los postulados de la revolución liberal iniciada por Eloy Alfaro, impulsando la modernización del Estado a través de la instauración de la libertad de trabajo y contratación, de educación, de reunión y asociación, de sufragio, de pensamiento, la obra pública, la institucionalidad pública, y el laicismo, fundamentalmente. Y la Asamblea Constituyente de 2008 que concreta, de manera muy particular, las aspiraciones de cambio alimentadas durante más de quince años por importantes sectores sociales desilusionados por las incumplidas promesas de cambio ofrecidas en el retorno a la democracia, desde 1979.

La historia ecuatoriana nos muestra que, por lo general, la expedición de una nueva constitución sólo alcanzaba a instaurar

---

3 Entiendo la palabra “revolución” no en el sentido marxista de un tipo de transformación política violenta, fruto de una confrontación de clases, cuyo resultado lleva a la instauración de la dictadura del proletariado y del socialismo o comunismo, como régimen político. Lo entiendo en el sentido de un cambio significativo y profundo de la correlación de fuerzas del hasta entonces poder hegemónico, por medios relativamente violentos, de cuyo resultado ocurre, sustancialmente, un cambio del orden jurídico-político, un recambio de las élites que se hacen del poder y un reposicionamiento de las fuerzas políticas y sociales.

4 La Constitución de 1945 que fue resultado de la revolución de 28 de mayo de 1944, conocida como “La Gloriosa”, es considerada por algunos autores igualmente como una constitución rupturista, por su grado de estructuración técnica y por la pionera creación del Tribunal Supremo Electoral, el Tribunal Constitucional, la Contraloría General del Estado, la Superintendencia de Bancos. A nivel de derechos y garantías, instaura el *habeas corpus*, reconoce el derecho a la educación, cultura y trabajo. A nivel tributario, adecua los impuestos a la capacidad económica del contribuyente; entre otros avances. La Constitución de 1945 duró un año, y aunque algunas instituciones constitucionales subsistieron, se puede decir que “La Gloriosa” fue una revolución trunca.

un frágil y transitorio equilibrio de fuerzas que no lograba consolidar la institucionalidad estatal ni permitía satisfacer un mínimo de promesas de cambio. Esto explica que lo jurídico cumpliera, antes que nada, un papel funcional a las élites políticas y económicas sin alcanzar un rol equilibrante de las disputas.

Lo que demuestra esta profusa dinámica de cambios constitucionales es que representa una forma de ser del ecuatoriano. Tiene que ver con la manera como se concibe al derecho en el Orden del Estado, con las prácticas jurídicas hegemónicas, con las teorías jurídicas locales que las sustentan, con los estudios dominantes del derecho, así como con los comportamientos de los distintos actores dentro del Estado.

En el presente trabajo es la oportunidad para proponer algunas reflexiones que ofrezcan elementos de análisis la comprensión de este tema, el cual es un asunto difícil de dilucidar en su integridad. En este sentido, y por los alcances del presente documento, me concentraré en resaltar algunos aspectos relacionados con las prácticas jurídicas, los estudios del derecho en Ecuador y el cambio de paradigma de la Constitución ecuatoriana del 2008, particularmente respecto del reclutamiento, selección y formación de juezas y jueces.

## **2. Las prácticas judiciales y la labor de los jueces**

El profesor Raúl Zaffaroni<sup>5</sup> sostiene que:

América Latina presenta un caos de estructuras judiciales, con instituciones copiadas a los Estados Unidos y a Europa en muy diferentes momentos históricos y generalmente deformadas por incoherente y fatales invenciones vernáculas, al ritmo que les marcaron los intereses sectoriales y corporativos que más cerca han estado de los constituyentes y legisladores de turno, cuando no por intervenciones coyunturales y anecdóticas sin sentido especial. El resultado es un panorama poco alentador: nos hallamos con magistraturas análogas a las europeas de la primera parte del siglo pasado y algunas excepciones que corresponden al nivel de las magistraturas eu-

---

<sup>5</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Dimensión política de un poder judicial democrático”, en *La transformación de la Justicia*. Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán, Editores. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito-Ecuador, 2009, p. 110.

ropeas de finales del siglo pasado. La responsabilidad de este atraso institucional, por supuesto que, en primer lugar, incumbe a nuestros políticos, pero es justo reconocer que buena parte de la misma debe cargarse a la cuenta de nuestros doctrinarios.

Zaffaroni apunta básicamente a poner en evidencia que los estudios del derecho en Latinoamérica se desentienden del estudio de la estructura institucional de poder que tiene por función la aplicación de esos conocimientos receptados, esto es, del aparato judicial. La teoría latinoamericana, sostiene Zaffaroni, teorizó un deber ser omitiendo la teorización de la institución que lo debe hacer.

Además, la crítica de Zaffaroni pone en evidencia algo, tal vez, más acuciante en los estudios del derecho, y es la falta de estudios del ejercicio mismo de recepción, de imitación, de “mala copia”<sup>6</sup> de las instituciones jurídicas de los países desarrollados.

En este sentido, los estudios culturales del derecho son casi inexistentes en el continente, lo que hace que no tengamos explicaciones valederas para comprender a cabalidad los acontecimientos jurídicos. No tenemos elementos de juicio para conocer, por ejemplo, qué hay detrás de las decisiones judiciales, de las prácticas de los operadores de justicia; por qué se pone determinado énfasis teórico en los programas universitarios, de posgrado y de las carreras judiciales. No estudiamos los usos del derecho por parte de los actores políticos y de la ciudadanía, entre otros aspectos.

Como resultado, contamos con un entendimiento incompleto, parcial, plano, exegético y formal del derecho, al cual, a lo sumo, se lo entiende sea como un mero instrumento del Estado, como un discurso normativo del poder, o como una superestructura de dominación.

Sin mayor cuestionamiento, los distintos actores del Estado actúan bajo la convicción de que derecho es ley, que la constitución es solamente un pacto político, que el acto jurídico sólo involucra ajuecesy abogados, y que la ley es “solo para el de poncho”.<sup>7</sup>

---

6 Para el estudio de este ejercicio de recepción, imitación, “mala copia”, es altamente recomendable la lectura de la obra de Diego Eduardo López Medina, *La teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá, 2004, 480 pp.

7 Ecuatorianismo que se refiere a que la ley es sólo para los pobres o débiles.

Poner en evidencia el modo de actuación de los diferentes actores del derecho, la naturaleza de sus actuaciones, las condiciones en las que actúan y los efectos que provocan, significa llegar a entender a cabalidad, el fenómeno jurídico a fin de comprender, como dirá Paul Kahn,<sup>8</sup> qué hace el Estado de derecho de nosotros, y no limitarnos a conocer lo que es el derecho. Permite, además, conocer en qué medida ha desechado el Estado de derecho los rasgos y las instituciones coloniales, aristocráticas y monárquicas, o si éstas subsisten en remozadas prácticas e instituciones de fachada democrática.

En este camino, las malas lecturas, las lecturas tergiversadas, las malas copias de las teorías clásicas y prestigiosas, o como plantea Zaffaroni, las lecturas folklóricas del derecho en nuestro continente, cobran sentido propio en tanto reflejan las intensiones, las aspiraciones, los juegos de poder, los acuerdos alcanzados por los actores hegemónicos. Por tanto, lejos de aparecer como imágenes desfiguradas, las malas copias de las teorías jurídicas se presentan como el reflejo del ser social en el Estado de Derecho.

Estudiar, por ejemplo, el concepto local de monismo jurídico, elaborado por nuestros teóricos del derecho, a partir del planteamiento kelseniano de la unicidad de Estado y Derecho, nos lleva indefectiblemente a preguntarnos sobre el éxito de las élites políticas y jurídicas en perpetuar prácticas colonialistas de control, escamoteando la soberanía popular consagrada en la República. Si esto es así, la ruptura con todo rasgo colonialista pasará por restaurar el campo jurídico sobre la base de un sistema de normas pluralista, democrático y republicano.

Por otro lado, asumir el concepto de Constitución en su dimensión de “pacto político”, y no incluir el concepto kelseniano de constitución como norma, como norma especial tanto por su formulación amplia como por los fines de sostenimiento del orden constitucional que persigue, ¿no nos habla de una clara intención de perpetuar los acuerdos entre facciones, corporaciones y estamentos de origen colonial, en desmedro de los mecanismos legales y democráticos? Esta “mala lectura” de Kelsen, ¿no significará más bien una lectura interesada por parte de grupos hegemónicos en disputa?

---

<sup>8</sup> Paul Kahn, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Gedisa, Barcelona, 2001.

Éstos y otros aspectos similares nos obliga a entender que lo que pasa en nuestro continente no refleja, o confirma, la existencia de Estados subdesarrollados sino que se trata de un tipo de Estados que asumen al derecho de manera utilitaria para el sostenimiento de tipos de relaciones de poder de carácter tradicional, esto es, que no permiten superar el patrimonialismo, el corporativismo y el elitismo, a favor de relaciones democráticas de poder. Relaciones en las que el papel de los jueces es funcional a la protección de derechos patrimoniales e intereses corporativos y de las élites.

### **3. Los estudios del Derecho**

Estudiar derecho es estudiar los códigos, las normas y su exégesis, esto porque todas las carreras tanto de derecho como de jurisprudencia se arman sobre la base del método técnico jurídico de la Escuela Histórica del Derecho, que propugna la idea del carácter a-valorativo, a-crítico, descriptivo y formalista del derecho.

En Ecuador, aunque la mayoría de los programas universitarios tiene carreras de jurisprudencia, no se estudia ni la arqueología ni la arquitectura de las decisiones judiciales, se estudia la ley. Los estudios de derecho son sustancialmente funcionales al ejercicio profesional, lo que genera escaso pensamiento jurídico en el ámbito universitario. Es más, lo ocurrido en Ecuador, en los últimos 15 años nos demuestra que es la acción social y la confrontación política el campo de disputa del pensamiento jurídico que se ve reflejado en las dos últimas constituciones ecuatorianas de 1998 y 2008.

Los estudios del derecho, limitados al estudio de la norma jurídica, están marcados por la dogmática jurídica, el positivismo y el formalismo clásicos, y por las visiones canónicas del derecho hegemónico. Esto crea profesionales del derecho sujetos a una lectura lineal, fría y utilitaria de la ley, y jueces que aplican la ley de manera aparentemente ciega e imparcial, esto es, utilitaria.

Tenemos, entonces, graves limitaciones tanto en la carrera universitaria como en la investigación jurídica.



En la carrera universitaria, como sostiene el profesor Zaffaroni,<sup>9</sup> los programas de formación de profesionales del derecho destinan un mínimo de tiempo a la enseñanza de la normativa del poder judicial y escasamente investigan los aspectos sociológicos y de la teoría política; asumiendo, por el contrario, que investigar sociológicamente a los jueces o analizar su función desde la perspectiva política es poco menos que un desacato. Sin embargo, es lo que develaría lo que realmente es el derecho en nuestro medio.

En la investigación jurídica, como lo asevera P. Kahn,<sup>10</sup> al haberse convertido el investigador jurídico en un participante de la práctica jurídica y, por tanto, en una parte del objeto que decidió investigar, genera el colapso que se produce en la distinción entre el sujeto que estudia el derecho y la práctica legal que es el objeto de estudio, restringiendo las posibilidades de conocimiento del derecho. El rol de la investigación crítica, sostiene Kahn, no es incrementar nuestro conocimiento o reinventar las normas morales de nuestra experiencia, sino exponer las condiciones *a priori* de nuestra experiencia epistémica y moral.

Como bien sostiene Luigi Ferrajoli,<sup>11</sup>

...la ciencia jurídica tiene un rol crítico, prospectivo, constructivo de la democracia, no puede limitarse a mirar el derecho con el viejo paradigma paleo-positivista. En el paradigma constitucional, si consideramos que el derecho establecido por la constitución no sólo es el derecho positivo, mas el derecho positivo ha subordinado a todas las otras normas, esto significa que el deber ser que puede ser violado debe ser indagado en su efectividad o ineffectividad por la ciencia jurídica.

Esto abre necesidades concretas de estudio e investigación en el campo jurídico como el derecho ilegítimo, las leyes inválidas, las lagunas del derecho, la efectividad de las garantías de los derechos sociales y colectivos, el pluralismo jurídico, la interlegalidad, y muchos otros necesarios para entender el derecho contemporáneo.

<sup>9</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Ob.cit.*, p. 111.

<sup>10</sup> Paul Kahn, *Ob.cit.* p. 50.

<sup>11</sup> Exposición de Luigi Ferrajoli en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Octubre de 2011.

El problema de los estudios del derecho tampoco es subsanado ni en los estudios de posgrado, ni en la capacitación profesionalizante de los jueces en la Función Judicial. Los programas de posgrado en derecho acentúan su dimensión profesionalizante, mientras que la llamada “escuela de la magistratura”, es, en el mejor de los casos, un espacio de perfeccionamiento del ejercicio de juez, sin que se llegue, de manera alguna, al estudio de las estructuras judiciales. Esto hace, no sólo que la educación formal y semiformal de jueces y operadores jurídicos sea estéril en cuanto a la producción de pensamiento jurídico, sino que, a la vez, mantiene trunca la reforma judicial, la que gira en su propio terreno sin provocar una verdadera transformación de sus estructuras e instituciones internas.

Esto deja al campo político el desarrollo del pensamiento jurídico, lo que explica tanto la amplia producción jurídica utilitaria, como el escaso interés en develar lo que es, en verdad, el derecho.

Aunque es claro que garantizar un adecuado ejercicio jurisdiccional tiene que ver con que el entrenamiento de los jueces sea básicamente jurídico y esté a cargo de las universidades, que las “escuelas judiciales” enfoquen su trabajo en el perfeccionamiento de la labor jurisdiccional y en el manejo eficiente del aparato judicial, y que los jueces accedan por concursos públicos de méritos y oposición a todo nivel en que se produzca una vacante,<sup>12</sup> seguiremos sin un conocimiento cabal del derecho y del ejercicio jurisdiccional si no estudiamos por qué los jueces deciden, cómo deciden, por qué los abogados utilizan la ley y los recursos judiciales de una determinada manera, o por qué los actores sociales y políticos entienden de la manera que entiende el derecho.

#### **4. Cambio de paradigma: ¿transmutaciones del derecho desde el patio trasero?<sup>13</sup>**

Algunos analistas sostienen que América Latina está sacando provecho del cambio de prioridades geopolíticas de Estados Unidos a partir del 11-S.

<sup>12</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Ob.cit.*, p. 124.

<sup>13</sup> Expresión con la que se le conoce a Latinoamérica en relación con Estados Unidos, como potencia.

Esto, entre otras cosas, habría facilitado para que el continente se encuentre en mejores condiciones de pensarse y planificarse desde sus propios intereses, lo que explicaría la ola de transformaciones constitucionales que se vienen dando en las últimas décadas.

Se esté o no de acuerdo con esta tesis, lo cierto es que el discurso del cambio guía la reforma del Estado en la actualidad, con la característica de que los procesos de cambio ocurridos hasta el momento, a excepción de Guatemala, han dado un giro a la izquierda sobre la base de un discurso neo-socialista, de democracia participativa, de un nuevo constitucionalismo y neo-keinesianismo. Por lo menos en Ecuador.

Este modelo de cambio se concreta en la Constitución ecuatoriana de 2008,<sup>14</sup> asumiendo cambios paradigmáticos tanto del modelo constitucional como de las reglas de juego del poder político en Ecuador.

Aunque se puede discrepar sobre el hecho de que se trate de un cambio de paradigma, lo cierto es que constitucionalizamos el Orden jurídico político, y con ello, cambiaron las reglas de relación entre los actores políticos y sociales. Eso lo vemos a diario en la dinámica de las disputas sociales y políticas, así como en la dinámica de la toma de decisiones que adopta el poder político.

La nueva Constitución redefine estructuralmente el Estado al poner a los derechos y a la justicia como el eje central en torno al cual gira el Orden. Diseña una arquitectura de derechos sobre el reconocimiento de la igualdad de jerarquía de todos los derechos constitucionalizados y de aquellos que sin que estén reconocidos en la Constitución son atinentes a la dignidad humana, a la vez que reformula los derechos clásicos, y reconoce otros nuevos.<sup>15</sup> Asume mecanismos de garantía de los derechos que no se limitan a los judiciales y

---

14 Hay que recordar que el proceso constituyente del 2007 en Ecuador fue atípico por la composición de la Asamblea; por el alto grado de participación social en la constituyente; por su contenido, y por sus efectos sociales, políticos y económicos que viene produciendo.

15 Entre éstos podemos mencionar el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho, el reconocimiento del derecho propio de los pueblos indígenas, el establecimiento del concepto del *Sumank Kausai* o Buen Vivir como eje del desarrollo económico y social, la ciudadanía universal, la participación ciudadana en la gestión y el control de la gestión pública, y tantos otros cambios de fondo.

normativos sino también son institucionales. Modifica el rol del Estado en la economía, las relaciones entre Estado y Sociedad, entre funciones del Estado, entre el Estado y el Orden internacional y regional. En fin, adopta instituciones del constitucionalismo de avanzada, pero también crea, reformula, transmuta, sujetando el derecho al derecho, como dirá el jurista italiano Luigi Ferrajoli.

Veamos lo que ha ocurrido en el campo de la justicia. Mientras históricamente lo judicial-institucional y lo jurisdiccional fue tratado de manera inseparable, la nueva Constitución trabaja de manera diferenciada los ámbitos judiciales y los jurisdiccionales.

El ámbito judicial-institucional opera dentro de la Función Judicial bajo un concepto integrador y cooperante entre entidades e instancias que tienen a cargo la realización de la justicia. Integran la Función Judicial: los juzgados de instancia, las cortes provinciales, tribunales distritales y la Corte Nacional de Justicia. Por otro, lo integran la Defensoría Pública y la Fiscalía del Estado, en calidad de órganos autónomos; y como órganos auxiliares se tiene al servicio notarial, martilladores judiciales y depositarios judiciales. El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno de la Función.

En el ámbito jurisdiccional operan tres tipos de jurisdicciones: la *justicia indígena*, la *justicia ordinaria*, dentro de la cual actúan los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y los jueces de paz; y la *justicia constitucional*.

La justicia indígena opera en un ámbito de autonomía que establece la facultad de las autoridades indígenas para administrar justicia bajo sus normas y derecho propio, resguardando la Constitución y los derechos humanos. Ante la justicia indígena, el Estado asume la obligación de respetar las decisiones que tomen las autoridades, y establece reserva de ley para implementar procesos de coordinación y cooperación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. Sus decisiones sólo pueden ser revisadas por la Corte Constitucional.

El reconocimiento de la justicia indígena no se limita a la adjudicación de facultades jurisdiccionales —las cuales no se ejercen con relación al derecho general sino a sus propias normas y procedimientos—, sino que al reconocer el derecho propio de los pueblos

indígenas, termina con la hegemonía de la producción del derecho por parte del Estado central, haciendo que, a partir del 2008, se reconozca que el Estado produce derecho, pero también los pueblos indígenas en el marco de sus espacios y formas de vida.

Una característica adicional del derecho indígena es que se le reconoce en una doble dimensión: en una dimensión de derecho colectivo de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, constituyendo, en tal sentido, un elemento de su integridad étnico-cultural; y en una dimensión habilitante, que les autoriza a ejercer facultades jurisdiccionales en la resolución de sus conflictos internos, siempre que sus procedimientos y sanciones no sean violatorios de la Constitución y los derechos humanos.

Por su parte, la justicia ordinaria opera en un ámbito de unidad jurisdiccional que promueve y garantiza el acceso a la justicia, el juez natural, el debido proceso, la resolución alternativa de los conflictos, la justicia de paz y las decisiones en justicia.

La justicia constitucional opera con un sistema mixto de control difuso y concentrado. El primero a cargo de todos los jueces y el segundo a cargo de la Corte Constitucional, cuyas sentencias son decisiones de cierre del sistema. Lo paradigmático de la justicia constitucional está en la naturaleza jurisdiccional de las decisiones de la Corte Constitucional y en el rol que juega la jurisprudencia constitucional en el desarrollo de los contenidos de los derechos.

La constitucionalización del derecho también se concreta en la reformulación de la facultad interpretativa de la Constitución. A la Corte Constitucional se le otorga la facultad de la interpretación —generalmente obligatoria— de la Constitución. A todos los jueces se les otorga la facultad interpretativa de la Constitución en la revisión de casos bajo su conocimiento. A las servidoras y servidores públicos se les otorga la facultad de interpretar la Constitución de la manera más favorable a la vigencia de los derechos de las personas, colectivos, comunidades, pueblos y nacionalidades, en el cumplimiento de sus funciones y responsabilidades.

La promulgación y aprobación de la Constitución de 2008 implica para Ecuador una transformación normativa sustancial, tanto en lo que concierne a la institucionalidad como en lo que atañe a las

posibilidades de la vida social y colectiva de todos cuantos vivimos en Ecuador. Sin embargo, lo jurídico no tiene eficacia real si no va acompañado de un cambio cultural en las formas de pensar y de actuar de quienes estamos obligados por esa nueva realidad jurídica.

Era necesario hacer esta contextualización de la justicia en Ecuador para sostener que, fruto de estos cambios sustanciales en la estructura, sentido y dimensiones de la justicia, no es posible seguir estudiando de la misma manera al derecho. Nace, por tanto, la necesidad de volver a aprender el derecho, no sólo en las aulas universitarias, sino a nivel de los profesionales, de los jueces, de la clase política y de la ciudadanía en general.

Las transformaciones del derecho y la emergencia del nuevo constitucionalismo exigen de un nuevo tipo de operadores jurídicos formados en las técnicas y métodos de interpretación del derecho público y en el estudio de la ley conforme a la Constitución, a fin de que asuman los nuevos roles asignados a los jueces, y que los operadores jurídicos y ciudadanos estén preparados para poner en acción los mecanismos garantistas vigentes.

Esto porque con el nuevo constitucionalismo ecuatoriano cobran importancia temas como la interpretación constitucional, la argumentación constitucional, la teoría de las fuentes del derecho, el papel del juez garantista, la aplicación directa de la Constitución y el uso de los precedentes judiciales; temas que demandan no sólo de una renovación de la práctica y de los estudios del derecho, sino que exigen el manejo de una nueva hermenéutica jurídica y del impulso de procesos investigativos que soporten y potencien el nuevo constitucionalismo latinoamericano, en general, y el ecuatoriano, en particular.

En este sentido, existen interesantes esfuerzos gubernamentales para transformar el sistema educativo a todos los niveles, buscando elevar el nivel educativo a grados de excelencia que sirvan de impulso en la actual sociedad del conocimiento.

En esta línea, por primera vez en Ecuador se incluye la formación y capacitación continua de las servidoras y servidores públicos, en general, y de los jueces y operadores de justicia, en particular, buscando hacer de los servidores públicos agentes del cambio del Estado y de la sociedad.

La formulación constitucional en el tema de la capacitación y formación de servidores públicos y jueces plantea cuatro dimensiones: como derecho de las y los servidores públicos; como mecanismo habilitante para el ingreso, la permanencia y promoción dentro del servicio público; como dispositivo de optimización de los servicios públicos; y como estrategia del cambio político y social.

En tal sentido, los desafíos que enfrenta el rediseño de programas de formación y capacitación del sector público es multidimensional ya que tienen que dar cuenta del cambio de paradigma jurídico político que modificó, a la vez, fines institucionales, roles de los funcionarios públicos, reglas de convivencia social, colocándolas en función del respeto y garantía de los derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectividades. En esta nueva estructura estatal, la formación y capacitación de las servidoras y servidores públicos debe prepararlos para sus nuevas responsabilidades sociales.

Los objetivos del aprendizaje deberán dar atención al desarrollo de capacidades relacionales que permitan a las servidoras y servidores públicos conectar los hechos con la norma fundamental y con el cumplimiento de sus funciones; requiere también desarrollar capacidades analíticas que vinculen la norma fundamental con los sustentos jurídico doctrinarios, así como capacidades interpretativas que garanticen la vigencia de los derechos ciudadanos.

A modo de conclusión y recordando al Juez Marshall que en 1803, en el caso “*Marbury vs. Madison*”, decía: “*O bien la Constitución es una ley de superior importancia, invariable por medios ordinarios, o bien está al mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y es alterable cuando a la legislatura le place hacerlo. Si fuese verdadera la primera parte de la anterior alternativa, un acto legislativo contrario a la Constitución no sería una ley; si la segunda parte fuese verdadera, entonces las Constituciones escritas serían absurdas tentativas del pueblo por limitar un poder ilimitable por naturaleza*”, diría que el control del ejercicio del poder no pasa únicamente por la vigencia y efectividad de la división de poderes o de los pesos y contrapesos entre poderes; pasa mucho por la cultura constitucional y por la teoría jurídica y política que lo sustenta. Es, por tanto, indis-

pensable que los estudios del derecho en Latinoamérica se despojen del viejo ropaje paleo-positivista para asumir las nuevas urgencias en el estudio e investigación del nuevo constitucionalismo en el que estamos inmersos y que configura nuestras vidas como sociedad.

## 5. Bibliografía

KAHN, Paul, *El análisis cultural del Derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Gedisa. Barcelona, 2001.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *La teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá, 2004

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Dimensión política de un poder judicial democrático”, en *La transformación de la justicia*. Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán, Editores. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito-Ecuador, 2009.



## El capital: determinación económica y subjetividad política. (Capital: economical determination and political subjectivity)<sup>1\*</sup>

*Juan Íñigo Carrera<sup>2</sup>*

**Resumen:** Marx sintetiza la relación entre la base económica y la superestructura política y jurídica planteando que la segunda emerge de la primera. La cuestión reside, entonces, en desplegar la forma concreta de realizarse esta determinación y, en consecuencia, la de la determinación de la conciencia con que los individuos libres rigen su acción como órganos del proceso de vida social. El capital es una relación social materializada que se constituye en el sujeto concreto inmediato de la vida social: pone en marcha el trabajo social con el objeto inmediato de multiplicarse como capacidad automática para poner en marcha el trabajo social. El capital es una relación social indirecta entre las personas recíprocamente independientes, portada en el cambio y la competencia entre las mercancías. Esta relación indirecta se realiza tomando la forma de relaciones antagónicas directas entre los poseedores de mercancías, los cuales se determinan así como personificaciones de éstas. En cuanto la relación social general presenta la forma de una relación indirecta, se está frente a una relación económica. En cuanto ésta se realiza como una relación directa entre personificaciones, toma la forma de una relación jurídica. Se trata de una relación jurídica privada, si se entra en ella a título individual; de una relación jurídica pública, o sea, política, si se lo hace como miembro de una clase en la inmediatez de la lucha de clases o bajo la forma concreta que toma esta lucha constituyendo la relación de ciudadanía del Estado. Esto es, en la unidad del capital como relación social general, las relaciones económicas son el contenido de las relaciones jurídicas y políticas; a su vez, éstas son las formas necesarias de realizarse las primeras.

**Palabras clave:** Estado, Crítica al capitalismo, Marxismo, Derecho, Economía Política.

**Abstract:** Marx synthesizes the relationship between the economic base and the political and juridical superstructure stating that the latter emerges from the former. The point is, then, to unfold the concrete form taken by this determination and, consequently, that of the determination of the consciousness with which free individuals govern their actions as organs of the process of social life. Capital is a materialized social relation that constitutes the concrete immediate subject of social life: it places into motion social labor with the immediate aim of multiplying itself as the automatic capacity to place into motion social labor. Capital is an indirect social relation between reciprocally independent human beings, which takes shape through the exchange and competition between commodities. This indirect relation realizes itself in the form of direct antagonistic relations between the owners of commodities, who become thus determined as personifications of commodities. Insofar as the general social relation takes the form of an indirect one, it is determined as an economic relation. Insofar as the latter realizes itself as a direct relation between personifications, it takes the form of a juridical relation. This is a private juridical relation, insofar as one enters it individually; it is a public juridical relation, namely, a political relation, insofar as one enters it as a member of a class in the immediateness of class struggle or in the concrete form the latter takes as it constitutes the relation of State citizenship. That is, in the unity of capital as the general social relation, economic relations are the content of juridical and political relations; in turn, the latter are the necessary forms in which the former realize themselves.

**Key-words:** State, Critique of Capitalism, Marxism, Law, Political Economy.

<sup>1\*</sup> Transcripción de la participación de Juan Íñigo Carrera en la conferencia de clausura de la VI Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica (14 de octubre, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata).

<sup>2</sup> Licenciado en Economía. Director del Centro para la Investigación como Crítica Práctica (CICP) e investigador de la Universidad de Buenos Aires, jinigo@inscri.org.ar, recibido 12 de enero de 2012, aceptado 30 de abril de 2012.

Partamos del planteo hecho por Marx en el “Prólogo” a la *Contribución a la crítica de la economía política* acerca de la relación entre la base económica y la superestructura jurídica y política que emerge de ella:

El resultado general al que llegué y que una vez obtenido sirvió de hilo conductor a mis estudios puede resumirse así: en la producción social de su vida los hombres establecen determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción que corresponden a una fase determinada de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre la que determina su ser sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia.<sup>3</sup>

Pero no basta con que digamos que la superestructura brota de la base. Debemos apuntar a contestarnos acerca de la forma concreta que tiene esa relación, qué se está diciendo cuando se plantea este vínculo entre base económica y superestructura jurídica y política. Partamos para ello de la determinación más simple del proceso de vida humana. Desde el punto de vista de su determinación más simple, el proceso de vida humana es un proceso de metabolismo social basado en el trabajo. Esta base distingue genéricamente al ser humano respecto de las especies animales. Cada ciclo de la vida humana tiene como punto de partida la organización del trabajo social. Y la organización del trabajo social implica, de manera inmediata, la organización del consumo social. Por tanto, cuando nos referimos al modo en que se organiza el trabajo social en un determinado momento, es decir, cuando nos referimos al modo de producción, nos estamos refiriendo a la unidad del ser social de los sujetos humanos.

---

<sup>3</sup> Marx, Carlos (1859), *Contribución a la crítica de la economía política*, Buenos Aires, Ediciones Estudio, 1973, pp. 8-9.

Desde este punto de vista, la conciencia, en su determinación más simple, es la forma en que cada sujeto humano porta en su persona la capacidad para regir su actividad individual como órgano del proceso de vida social. Entonces, cuando decimos que el ser social determina la conciencia, lo que estamos diciendo es que la acción consciente, la acción voluntaria, es portadora de la realización del ser social; estamos diciendo que la conciencia es la forma en que se realiza el ser social.

Preguntémonos por la forma históricamente específica con que se organiza el proceso de trabajo social en el modo de producción capitalista, o sea, por la forma que tiene la relación social general en este modo de producción. Nos encontramos así con que la capacidad para poner en marcha el trabajo social, la capacidad para organizar el trabajo social, se presenta como el atributo de una cosa, del dinero que, como valor sustantivado, va a funcionar como capital. Este dinero se va a transformar en las dos mercancías que, como valores de uso, son las condiciones de la producción material, o sea, la fuerza de trabajo y los medios de producción. Luego, el trabajo social se va a poner en marcha de manera privada e independiente, realizando el proceso de producción. Pero el objeto inmediato de este proceso de producción social no es la producción de valores de uso para la vida humana. Es la producción de más valor sustantivado, la producción de plusvalía, la valorización del capital. Si nos fijamos en el contenido encerrado en este movimiento, vemos que el objeto inmediato de la producción social en el modo de producción capitalista es la producción de más capacidad para poner en marcha el trabajo social de manera privada, esto es, de un modo en que el producto del trabajo se enfrenta a sus propios productores como portador de la potestad social de organizar el proceso de vida social. Sólo si se valoriza el capital se producen valores de uso para la vida humana. Y el cierre del movimiento no hace sino ponernos nuevamente en su punto de partida, de modo que el movimiento no hace sino renovarse en escala ampliada. El capital opera así como el sujeto concreto inmediato del proceso de vida humana

Sintetizamos este movimiento de la relación social objetivada, del capital, mediante el siguiente esquema:

$$D - M \left\{ \begin{array}{l} FT \\ MP \end{array} \right. \dots P \dots M' - D'$$

donde,

*D*: capital dinero que abre el ciclo de valorización

*M*: capital mercancías bajo las formas materiales de,

*FT*: fuerza de trabajo

*MP*: medios de producción

*P*: capital en el proceso de producción, o capital productivo

*M'*: capital mercancías valorizado resultante de la producción

*D'*: capital dinero valorizado con que se cierra el ciclo al vender las mercancías producidas

...: reproducción en escala ampliada de los ciclos de valorización

Nos hemos enfrentado así a la determinación más simple que tiene el ser social en el modo de producción capitalista. Pero vista la determinación de este modo puede parecer que se trata de algo que opera por sí, fuera de la acción de los sujetos humanos. En contra de esta apariencia, voy a enfocar el resto de mi exposición sobre el modo concreto en que esta forma de organizarse del trabajo social está portada en la acción de los sujetos humanos, el modo concreto en que esta acción la realiza. Lo cual significa de por sí enfrentarnos al modo en que la conciencia, que, como ya vimos, es la capacidad del sujeto humano para regir su acción individual como órgano del proceso de vida social en su unidad, se encuentra determinada como portadora de la unidad del movimiento del proceso de metabolismo social bajo la forma de la unidad del movimiento del capital total de la sociedad. Vale decir que vamos a preguntarnos de qué forma se desarrolla en concreto nuestra relación social general.

Empecemos tomando el caso de dos individuos que pueden ser cualquiera, dos personas a las que vamos a llamar, supongamos, Juan y Pedro.

¿Qué son Juan y Pedro para la organización general del trabajo social en el modo de producción capitalista? Son dos seres humanos recíprocamente libres, que no están atados a ningún vínculo de dependencia personal; son dos individuos recíprocamente libres, no tienen ninguna sujeción personal uno respecto del otro. ¿Cómo se relacionan socialmente estos dos individuos, cómo organizan su participación en su proceso de vida social? Tomemos la que es la forma clave de la relación social en el modo de producción capitalista. Esta forma clave de la relación social consiste en que Juan es un vendedor de su fuerza de trabajo, y Pedro un comprador de fuerza de trabajo en su condición de poseedor de dinero que va a funcionar como capital. La mercancía fuerza de trabajo del primer individuo entra en relación con el dinero del segundo, que va a funcionar como capital, relacionando indirectamente entre sí a sus dos poseedores. Es una relación social indirecta entre ambos, una relación social establecida a través de estas dos cosas que son la mercancía fuerza de trabajo y el dinero. Esta relación indirecta es la que determina a Juan como obrero, es decir, como personificación de la fuerza de trabajo. Juan no entra en esta relación a título de persona, sujeto por sí de su propia relación social. Interviene como personificación de esa mercancía que es la fuerza de trabajo. ¿Qué quiere decir que interviene como personificación? Que es un individuo libre, pero que se enfrenta a las potencias sociales que tiene el producto de su trabajo como algo que existe objetivamente ajeno a su persona. En ese sentido, vamos a decir que su conciencia actúa como personificación. A su vez, Pedro actúa como capitalista al personificar su capital. Esta personificación lo determina en su relación social. Y sólo como tal personificación cuenta para su propia relación social general. Se trata de una relación social indirecta, mediada por las cosas, y esta mediación engendra la conciencia de las personas, determinándolas como personificaciones de las potencias sociales objetivadas en dichas cosas.

Pero las mercancías, fuerza de trabajo y dinero, no son capaces de entrar en una relación de cambio por sí mismas. Su relación de cambio se realiza bajo la forma concreta de una relación directa que establecen entre sí sus poseedores. Se trata de una relación directa y

voluntaria entre personificaciones, por una parte el obrero y por la otra el capitalista. Como en todos los casos del cambio de mercancías, esta relación consciente y voluntaria es el contrato de compraventa, y en el caso particular de la relación entre obrero y capitalista, el contrato de trabajo.

Observemos qué carácter tiene la relación entre el obrero y el capitalista. Se trata simplemente de la relación entre cualquier vendedor y cualquier comprador de mercancías. Para personificar adecuadamente su mercancía, todo vendedor tiene que tratar de que le paguen lo más posible a cambio de entregar la menor cantidad posible de valor de uso. Exactamente a la inversa de lo que debe hacer todo comprador como personificación del dinero. Todas las relaciones directas que establecen entre sí vendedor y comprador tienen un carácter antagónico. Y la relación entre obrero y capitalista no constituye una excepción. A título personal, Juan y Pedro podrán ver en el otro a la mejor de las personas. Como obrero y capitalista, o sea, como personificaciones de la relación social indirecta entre individuos libres, necesitan enfrentarse como portadores, con igual derecho, de intereses contrapuestos en una relación necesariamente antagónica.

Pero el obrero no sólo tiene esta relación con el capitalista al que le vende su fuerza de trabajo, sino que se relaciona indirectamente con todos los demás obreros, en tanto todos son vendedores de la misma mercancía. Esta relación indirecta entre todos los obreros es su competencia por vender la fuerza de trabajo. El obrero tiene una relación antagónica con los demás vendedores de la misma mercancía: si hay muchos vendedores, se va a ver forzado a vender su mercancía por debajo del valor; si hay pocos que compitan con él, va a poder vender su mercancía por encima del valor. Por tanto, la relación indirecta en que entran los obreros en tanto vendedores de la misma mercancía, es también una relación antagónica.

Si observamos al capitalista, éste también tiene una relación antagónica con los demás capitalistas en tanto comprador de la fuerza de trabajo: si hay muchos capitalistas comprando la fuerza de trabajo se va a encarecer, si hay pocos se va a abaratar. También esta relación indirecta en que entran los capitalistas, es decir, su competencia como

compradores de fuerza de trabajo, los enfrenta antagónicamente entre sí.

La relación mercantil indirecta le da a la relación directa entre vendedor y comprador un carácter antagónico. El mismo carácter se pone en evidencia en las relaciones de competencia. Lo que tenemos adelante es que en el modo de producción capitalista todas las relaciones existentes son antagónicas. Pero este antagonismo general no involucra directamente a las personas en tanto tales, sino que las involucra indirectamente en su condición de personificaciones.

Vendedor y comprador de fuerza de trabajo entran en su relación antagónica, ambos con el mismo derecho en tanto personificaciones de mercancías, pero con distintas fuerzas. La competencia que los obreros establecen entre sí para vender individualmente su fuerza de trabajo acentúa su debilidad relativa en la relación antagónica que tienen con los capitalistas. Pero la reproducción misma del capital total en su unidad, y, por tanto, la unidad del proceso de producción y consumo sociales, tiene por condición la venta normal de la fuerza de trabajo por su valor. Esta condición proporciona a los obreros la fuerza para darle a su competencia una forma concreta que parece ser la eliminación de la competencia misma. Esta forma es el establecimiento de una relación de solidaridad en la venta de la fuerza de trabajo, es la venta de esta fuerza de trabajo no a título individual sino a título colectivo. Pero no se trata de la eliminación de la competencia sino de la forma en que ésta se desarrolla y resuelve. Así, la relación de solidaridad tiene distintos alcances, resolviendo la competencia a su interior, y reforzándola con quienes excluye. Pero como la competencia tiene un alcance universal, la relación de solidaridad necesita extenderse con igual alcance como condición para la venta de la fuerza de trabajo por su valor.

Por su parte, los capitalistas, en tanto compradores de la misma mercancía, también dan a su competencia por la compra de fuerza de trabajo la forma de una relación de solidaridad. Y más allá de sus diferentes grados de alcance parcial, también esta solidaridad se extiende en última instancia con alcance al universo de los capitalistas.

Tenemos entonces estas dos relaciones de solidaridad como forma de resolverse la competencia al interior de cada uno de los dos polos universales que nacen de la relación antagónica entre vendedores y compradores de fuerza de trabajo. Los individuos no participan en un polo u otro de la relación antagónica según sus atributos personales, sino que quedan clasificados en uno u otro según su condición de vendedores o compradores de fuerza de trabajo, o sea, en su condición de personificaciones. El individuo que cree que entra en un polo o el otro de relación social antagónica, por sus atributos personales, se equivoca. Por ejemplo, si un capitalista quiebra y sólo le queda su fuerza de trabajo para vender, no puede mantener su vieja relación de solidaridad con los demás capitalistas; si lo hace, para lo cual rinde más trabajo del normal y cobra menos de lo normal, va a terminar por quedarse sin fuerza de trabajo para vender; y todo obrero que se queda sin fuerza de trabajo, se queda sin relación social, porque su relación social no es un atributo personal, su relación social brota de su condición de personificación de la fuerza de trabajo. A la inversa sucedería con un obrero que se convirtiera en capitalista: si pretende conservar su vieja relación de solidaridad por considerarse personalmente un obrero, pagándole a sus obreros por encima del valor de la fuerza de trabajo y demandándoles menos trabajo, va a ir a la quiebra en su competencia con los demás capitalistas. No se trata, pues, de una relación personal, sino de una relación de clase de personificación.

La relación de solidaridad universal que se establece como resolución de la competencia al interior de cada polo de la relación antagónica entre vendedores y compradores de fuerza de trabajo constituye a cada uno de esos polos como clase obrera y clase capitalista, dándole a la universalidad de esta relación antagónica la forma necesaria de lucha de clases. La lucha de clases es tan inherente al movimiento normal del modo de producción capitalista como lo es, por ejemplo, la existencia del dinero. Así como la compraventa de la fuerza de trabajo es la relación social fundamental en la organización del proceso de vida humana en el modo de producción capitalista, la lucha de clases es la forma concreta necesaria de esta relación social fundamental. En su determinación más simple, la lucha de clases realiza la venta normal



de la fuerza de trabajo por su valor. En su determinación completa, la lucha de clases es la forma en que se realiza el desarrollo de las fuerzas productivas del trabajo social en su forma específicamente capitalista de creciente socialización del trabajo privado. Es, por tanto, la forma concreta necesaria portadora del límite histórico específico del modo de producción capitalista y, en consecuencia, la forma concreta necesaria portadora de su superación.

Tenemos así que es a través de la lucha de clases que se establece la unidad general del movimiento del capital total de la sociedad, el cual, como vimos al comenzar, opera como el sujeto concreto del proceso de vida humana. Sin embargo, al mismo tiempo, por su propia forma de relación abiertamente antagónica, la lucha de clases traba el fluir de esa unidad. Los obreros hacen huelga, los capitalistas un *lock-out*, etc. De modo que, como forma necesaria de realizarse la unidad del movimiento del capital total de la sociedad, la lucha de clases necesita, a su vez, tomar una forma concreta en que el antagonismo entre los dos polos de solidaridad que la constituye se presente superado bajo la forma de una relación de solidaridad absolutamente universal. Esto es, necesita tomar una forma concreta que se presente como la expresión del interés general de la sociedad. Una forma concreta donde todo antagonismo de clase aparezca invertido como un antagonismo respecto de cómo satisfacer mejor el interés general.

¿Qué forma va a tener esta relación social concreta? Sólo puede ser una relación entre personificaciones. Pero, al mismo tiempo, no puede presentarse inmediatamente como tal. De hacerlo, pondría de inmediato en evidencia el antagonismo entre la clase obrera y la clase capitalista. La relación de ciudadanía es la forma concreta que toma la relación social general resolviendo esta contradicción. La relación de ciudadanía aparece como un atributo de las personas, no de las personificaciones: aparece basada en un atributo tan aparentemente natural como la sangre o el suelo sobre el que se nació, *jus sanguinis* o *jus soli*. Sin embargo, la relación de ciudadanía es, al mismo tiempo, una relación en que sólo se participa de los individuos libres. E individuos libres son sólo aquellos que se relacionan entre sí mediante el cambio de mercancías. Quienes no pueden comprar y vender mer-

cancias sólo pueden relacionarse socialmente atados a sus vínculos de dependencia personal, a sus relaciones personales directas. No son, en consecuencia, individuos libres de toda dependencia personal.

La relación de ciudadanía es pues la forma concreta que toma la relación social general, la cual aparece como una relación universal que vincula por naturaleza a las personas, pero cuyo verdadero contenido reside en ser una relación universal de solidaridad entre las personificaciones que constituyen la clase obrera y la clase capitalista, relación universal portadora de la unidad del movimiento del proceso de vida social, lo cual quiere decir del capital total de la sociedad.

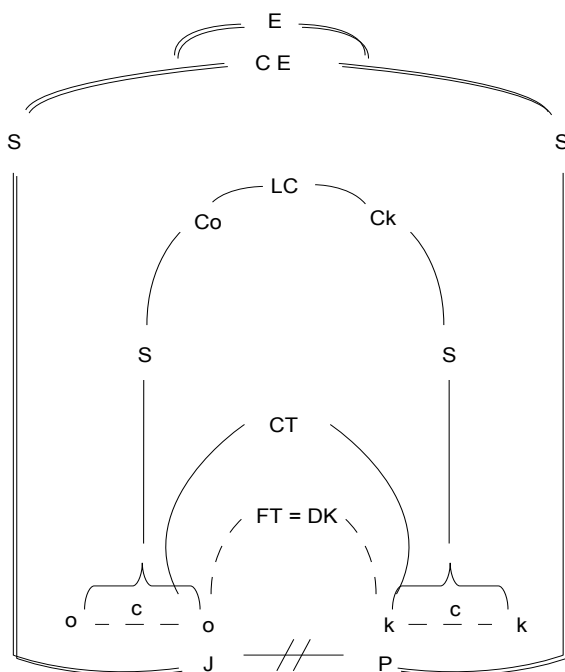
Sin embargo, al observar la relación social general en su unidad concreta que hemos desplegado hasta aquí, vemos que todavía nos falta seguir avanzando en su desarrollo. En primer lugar, una vez que reconocimos que, tras su apariencia de la relación directa entre personas, la relación de ciudadanía es una relación entre personificaciones, queda al descubierto que, como tal, no puede limitarse a tener la forma de una simple relación directa entre éstas. Su unidad necesita enfrentarse a ellas del mismo modo en que lo hace bajo su forma más simple del cambio de mercancías. Esto es, teniendo una existencia objetiva que brota de la acción consciente de los individuos recíprocamente libres pero que, como tal existencia objetiva, se enfrenta a sus propios productores como portadora de una potencia social que le da la potestad de dominarlos y a la que ellos, precisamente en tanto individuos libres, se encuentran sometidos. En segundo lugar, hemos visto que la relación social general es portadora de la unidad del movimiento del capital total de la sociedad. Y, sin embargo, hasta aquí sólo se nos han presentado en acción los representantes de los capitales individuales, o sea, la clase capitalista. Pero el que no ha aparecido representado de manera inmediata y con un representante propio es el sujeto concreto del proceso de metabolismo social en el modo de producción capitalista, o sea, el capital total de la sociedad.

Avanzamos entonces en el desarrollo de esta doble determinación de la forma concreta de la relación de ciudadanía. No se es ciudadano en abstracto, sino que se es ciudadano del Estado. Y el Estado es esa relación social objetivada, cuyo cuerpo como tal se encuentra sustantivado en su estructura burocrática-militar, que aparece portan-

do la acción consciente y voluntaria de los individuos libres y que tiene la potestad de dominarlos como representante de la unidad de movimiento del capital total de la sociedad.

En pocas palabras, el Estado es el representante del capital total de la sociedad. Tiene a su cargo la unidad del movimiento de la acumulación de los capitales individuales. Los capitalistas individuales se encargan de explotar a sus obreros, el Estado es el explotador de la clase obrera como tal. Su función es explotar, hacer que la clase obrera produzca plusvalía, pero que lo haga en condiciones normales. Y estas condiciones normales implican la reproducción normal de la fuerza de trabajo. Como ya vimos, si la fuerza de trabajo no se reproduce normalmente, el capital termina por agotarla, perdiendo su capacidad para renovar su movimiento continuo. Por eso vamos a tener esa acción del Estado que aparece como contradictoria porque, así como prohíbe la existencia de una jornada de trabajo de duración ilimitada, cuando los obreros luchan por acortarla en defensa de la reproducción de su fuerza de trabajo, descarga sobre ellos la violencia de su brazo represivo. Aparece así, ora alentando a los capitalistas, ora limitándolos. Por eso parece que fuera un tercero exterior a la relación social, que media o “interviene” en ella desde su exterioridad. Pero el Estado es una parte de la unidad de la relación social; su acción es esta misma relación social en movimiento. No es que si el Estado no hubiera “intervenido” la acumulación de capital habría sido mucho más próspera, como creen los liberales; ni al revés, que si el Estado no hubiera “intervenido” la acumulación de capital ya habría llegado a su fin, como creen algunos críticos que no van más allá de las apariencias. Por el contrario, el Estado es una relación social tan inherente al modo de producción capitalista como lo es la lucha de clases, como lo es la fuerza de trabajo, como lo es el dinero que funciona como capital. No existe el modo de producción capitalista sin lucha de clases; no existe el modo de producción capitalista sin Estado. No es un sujeto que interviene desde fuera; es la relación social general bajo la forma de una existencia objetivada que actúa como portadora de la unidad del movimiento de esta relación social general misma.

Volvamos a mirar esta relación social general en su integridad. Para ello la representamos en el siguiente esquema (el cual fue desarrollado paso a paso acompañando la exposición en la conferencia):



donde:

J y P: Juan y Pedro, dos personas recíprocamente libres

-----: relación de cambio entre mercancías

FT y DK: cantidades de fuerza de trabajo vendida y de dinero que la compra como capital, de igual valor

o y k: obrero y capitalista

———: relación directa entre vendedor y comprador

CT: contrato de trabajo

-- c --: relación de competencia entre mercancías iguales por su venta y entre el dinero por la compra de las mismas

— S —: relación de solidaridad entre personificaciones de la fuerza de trabajo y entre personificaciones del capital

Co y Ck: clase obrera y clase capitalista

== S ==: relación de solidaridad general entre personificaciones que aparece como relación natural entre las personas

C: relación de ciudadanía

CE: relación de ciudadanía del Estado

E: Estado

Tenemos así la relación social general en su unidad de contenido y formas concretas. Así es como el desarrollo del movimiento del capital está registrado en la acción humana consciente. Se trata de una relación social entre personas, y sin embargo tiene la forma de la inexistencia de cualquier relación social entre las personas. Parece que no hubiera ninguna relación directa entre las personas. ¿Cómo se relacionan las personas? Las personas se relacionan indirectamente a través del cambio de mercancías y de la competencia que brota del cambio. Todas estas relaciones indirectas constituyen el movimiento del mercado. Y ellas determinan a la conciencia y voluntad de las personas recíprocamente libres como personificaciones de las mercancías y del dinero. Estas relaciones indirectas son las que se denominan comúnmente relaciones económicas.

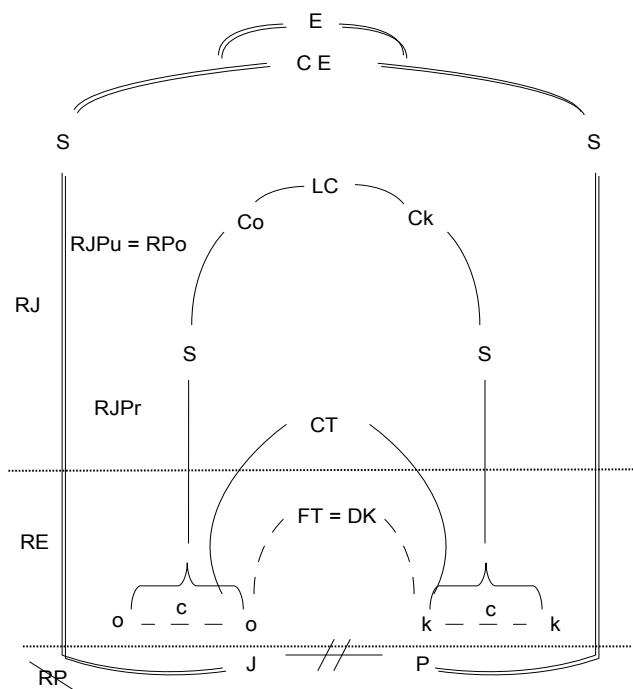
Emergiendo de esas relaciones indirectas, por la forma en que se realizan, lo que tenemos es que todas las relaciones entre las personificaciones son directas. Y cuando decimos relaciones directas, decimos relaciones conscientes y voluntarias. Estas relaciones directas entre las personificaciones son las que genéricamente reciben el nombre de relaciones jurídicas. En cuanto tienen un alcance limitado, a título individual o a título de colectivos limitados, se llaman relaciones jurídicas privadas. Cuando tienen alcance relativamente general, alcance universal, se les llama relaciones jurídicas públicas, que es lo mismo que decir relaciones políticas. Entonces, volviendo al Estado, lo tenemos concretamente determinado como el representante político del capital total de la sociedad.

La relación social general es una unidad inescindible en su movimiento real; como tal unidad inescindible está registrada en la conciencia de los individuos. Sólo analíticamente se le puede escindir en relaciones económicas y relaciones políticas. Sólo analíticamente

podemos decir que es una relación entre personas, pero no tiene la forma de relación personal directa, por lo cual se realiza de manera indirecta a través del cambio de mercancías, cambio que, a su vez, toma la forma concreta de una relación directa entre las personificaciones.

Las relaciones económicas, es decir, la base, toman necesariamente forma concreta de relaciones jurídicas y políticas. No existe ninguna relación económica que no tenga por forma una relación jurídica o política. De manera correspondiente, no existe ninguna relación jurídica o política que no tenga por contenido la organización indirecta del trabajo social, o sea, una relación económica. Esto es, vamos a tener siempre la integridad indisoluble de la relación social, donde las relaciones económicas son la base de la cual brota la superestructura jurídica y política que la realiza.

Si volvemos sobre nuestro esquema anterior, ahora con la unidad de la relación social general analíticamente sometida a disección, tenemos:



donde:

RP: ausencia de relaciones personales directas

RE: relaciones económicas

RJ: relaciones jurídicas

RJPr: relaciones jurídicas privadas

RJPu = RPo: relaciones jurídicas públicas, o sea, relaciones políticas

Sin embargo, la unidad real indisoluble de la relación social general no va a ser reconocida como tal por la propia conciencia dominante entre sus sujetos, incluso por la conciencia científica dominante. Por el contrario, aun para esta conciencia, toda la unidad real de la relación social general debe presentarse quebrada por naturaleza. Tomemos la manifestación más visible de este quiebre en la propia Universidad de La Plata. ¿Qué separa aquí de manera inmediata a las relaciones económicas de las relaciones jurídicas? La respuesta está la vuelta de la esquina. Porque de un lado de la manzana hay un edificio que dice Facultad de Ciencias Económicas, de modo que allí se estudian las relaciones económicas y sólo ellas. En cambio aquí, dando la vuelta a este lado de la manzana, el edificio dice Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. De modo que de este lado se estudian las relaciones jurídicas. Más aún, el contraste entre ambos portales hace saber a quienes pasan por ellos que, para la Universidad de La Plata, las relaciones económicas son ajenas a las relaciones sociales, que se encuentran excluidas de ellas.

¿A qué reino se atribuyen entonces las relaciones económicas en la universidad? Excluido el reino de las relaciones sociales, quedan el reino de lo divino y el reino de lo natural. Ciertamente, hay más de un economista que plantea que “crear o no crear” en determinadas teorías económicas es una cuestión de fe; y que sólo queda la fe en ellas en tanto no se les puede fundamentar racionalmente. Pero, mientras se reconoce a la economía como un conocimiento científico, es claro que no pertenece al reino de la divinidad. ¿Qué reino le queda, entonces? ¿Qué es lo que dicen al respecto, explícita o implícitamente las teorías económicas clásica y neoclásica, absolutamente dominantes hoy, en particular la segunda? Lo que dicen es que las relaciones eco-

nómicas son relaciones naturales. Relaciones que, por naturaleza, se realizan espontáneamente por sí, carentes de toda forma política. Toda forma política aparece así vacía de su necesidad económica, como un atentado contra lo que dicta la naturaleza. Por ejemplo, la teoría económica neoclásica consagra que, como la relación económica es una relación natural entre cada individuo y los bienes, si en una sociedad donde un individuo posee el 99% de la riqueza social y otro sólo tiene el 1% restante, cualquier acción jurídica o política que lleve al segundo individuo a poseer el 2% de la riqueza social reduciendo la del primero al 98%, dicha acción disminuye artificialmente el bienestar natural de la sociedad.

Pero, ¿qué pasa si damos la vuelta a la esquina y entramos aquí, en esta Facultad donde las relaciones sociales se declaran excluyentes de las económicas y donde las relaciones jurídicas se encuentran abstraídas de su contenido económico? Así, las relaciones sociales quedan reducidas a un mundo de relaciones conscientes y voluntarias entre personificaciones. Pero las personificaciones vaciadas de su determinación por las relaciones indirectas entre mercancías, o sea, vaciadas de su enajenación en las mercancías, aparecen también invertidas como subjetividades abstractamente libres por naturaleza. Todo movimiento social queda reducido así a la apariencia de surgir de la conciencia y voluntad naturales de los individuos libres, de un contrato social. Así, también las relaciones jurídicas aparecen brotando de una abstracta naturaleza humana.

Pero ¿qué reconocemos en la libertad cuando tomamos nuestra relación social general en su unidad? La libertad es la forma concreta de la conciencia portadora de la organización privada del trabajo social. Fuera de la relación mercantil, los individuos están atados a relaciones de dependencia personal en la organización de su vida, cualquiera que sea el carácter de las mismas. Fuera del cambio de mercancías no existen los individuos recíprocamente libres. Por tanto, la libertad es una relación social histórica, que nace después de dos o tres millones de años de vida humana con la organización privada del trabajo social, y no una condición natural. La libertad es la forma históricamente específica que toma la conciencia y la voluntad humanas cuando



la capacidad para organizar el proceso de trabajo social se enfrenta a los individuos como una potencia objetivada en el producto de ese mismo trabajo. Cada individuo está libre del dominio personal de otro porque está sometido al dominio de las potencias sociales materializadas en el producto de su propio trabajo. El individuo se enfrenta al producto de su propio trabajo social como algo que le es ajeno y que no puede controlar. La conciencia libre es un producto histórico y, como tal, la conciencia libre es la forma que tiene la conciencia enajenada en el capital.

El modo de producción capitalista es el modo históricamente específico de desarrollo de las fuerzas productivas de la sociedad mediante la socialización del trabajo libre individual, es decir, mediante la socialización del trabajo privado. De manera que el movimiento histórico del capital es, en esencia, el desarrollo de la contradicción consistente en la socialización creciente del trabajo privado. Es, por tanto, el desarrollo de la capacidad humana para organizar conscientemente el trabajo social como forma de la negación de esta capacidad, es decir, el desarrollo de la libertad humana como forma de la enajenación.

La socialización plena del trabajo, o sea, la aniquilación de su forma privada de realizarse, implica el control pleno de sus potencias sociales como un atributo de la conciencia. La conciencia deja de estar determinada como personificación del movimiento automático de la relación social general, para pasar a ser la que determina el movimiento de la organización del proceso de vida social. Por tanto, la abolición plena del trabajo privado, o sea, la superación del modo de producción capitalista, lleva en sí la transformación de esta relación social histórica que es la libertad. De consistir en que no se está sujeto al dominio personal de nadie porque se está sujeto al dominio del capital al no tenerse control sobre el carácter social del propio trabajo, la libertad pasa a consistir en que no se está sujeto al dominio personal de nadie porque se tiene el control pleno sobre las potencias sociales del propio trabajo. Esto quiere decir que el objeto inmediato de la producción social ha pasado a ser la producción de valores de uso para la vida humana.

El primer paso específico en la producción de esta segunda forma histórica de libertad reside en la transformación de la conciencia que se ve a sí misma como libre, por ser ciega ante su propia enajenación, en una conciencia que ha avanzado en su libertad, o sea, en su capacidad para regir sus propias determinaciones, al reconocerse en su enajenación. Es decir, la transformación de la conciencia que se ve a sí misma como libre por abstraerse de su enajenación, en una conciencia que avanza en su libertad al descubrir su propia enajenación.

### **Preguntas del auditorio**

*Pregunta:* según el esquema, yo entiendo que no hay adentros ni afueras, entonces, suprimimos los “adentros y afueras”, pero no suprimimos los “arribas ni abajo”. Sin embargo, la teoría del Derecho nos informa que el Estado que está aquí es una “ficción”, y hay buenas razones para decir que el Estado es una ficción...

*Pregunta:* ¿Cómo considera que se podría hacer crítica jurídica desde la postura marxista?

Acerca de la cuestión de si se puede llamar o no ficción al Estado, lo primero que uno tendría que preguntarse es qué se entiende por “ficción”. Así, alguien podría plantear que el capital, o sea, una cosa que tiene la capacidad para organizar el trabajo social en pos de reproducirse a sí misma, es una “ficción”. Sin embargo, retomando una observación de Marx respecto del fetichismo de la mercancía, en el modo de producción capitalista las relaciones sociales se presentan como lo que son, relaciones materiales entre las personas, relaciones sociales entre las cosas. Así como se presentan, estas relaciones sociales están portadas en la conciencia de los sujetos. Entonces, llamar a la relación social objetivada una “ficción” implicaría convertir su forma concreta en una pura apariencia producto de una conciencia abstraída de sus determinaciones por esa misma forma concreta. Vayamos entonces al caso del Estado. Ante todo, cuando consideramos al Estado, más que una cuestión de “arriba y abajo” lo que tenemos es una cuestión de forma y contenido; no hay relación económica que no tenga la forma de una relación jurídica o política, ni relación jurídica o

política que no tenga por contenido una relación económica. Entonces, no estoy de acuerdo con llamar al Estado una “ficción”. Desde mi punto de vista, el Estado es una relación social que tiene una existencia objetivada, su estructura, a la cual uno se enfrenta como a tal existencia. Tal vez sea una cuestión de ámbitos. A lo mejor en el ámbito jurídico se piensa en la ficción de una forma distinta, pero me parece que el Estado tiene formas de acción contundentes como para llamarlo una ficción. Cuando la policía reprime una manifestación, pensar que eso no es una relación social que tiene una existencia objetivada, me parece hasta peligroso para la salud.

Respecto de cómo hacer la crítica marxista a la teoría jurídica, en primer lugar diría que ése es un problema que sólo puede resolver la gente que trabaja con la teoría jurídica. Pero, a mi entender, toda crítica implica que uno se tiene que olvidar cuál ha sido el ámbito de la propia formación, y que, en consecuencia, no cabe hacer la crítica económica o la crítica política o la crítica jurídica, sino que a lo que uno se enfrenta es a la unidad de su propia relación social. Con lo cual, cuando uno está haciendo la crítica, está haciendo la crítica a su propia acción. Y la crítica a la propia acción, como la propia acción tiene toda esa unidad en sus determinaciones, implica que uno no puede cortar a cierta altura, ni puede empezar desde la forma o quedarse en la forma, ni considerar sólo la forma o considerar sólo el contenido, siempre tiene que mirar las propias determinaciones en su unidad. A mi entender, esto es lo que Marx plantea en los *Manuscritos de 1844*, cuando dice que alguna vez toda la ciencia va a ser una sola, la ciencia natural humana. Aquí se sintetiza la unidad de la materialidad del proceso de vida humana y la forma en que se organiza este proceso de vida y, por tanto, la unidad con que dichas materialidad y organización se realizan bajo la forma concreta de la subjetividad de los individuos humanos.



## Tempo e constituição. (Time and Constitution)

*Leonel Severo Rocha*<sup>1</sup>

**RESUMO:** Trata-se de uma crítica à teoria que impõe na dogmática jurídica a concepção de Tempo de Kant/Newton: o normativismo. Hans Kelsen considerado como um neo-Kantiano vai usar essa noção de Tempo e Espaço, por meio da noção de âmbito de validade. Saussure amplia as possibilidades do sentido neo-Kantiano. Na atualidade, porém, o grande problema é que essa noção de Tempo e espaço, Kelseniana-Saussureana, não pode mais ser aceita sem restrições. Isto porque nós estamos na globalização inseridos em uma outra forma de sociedade. Por tudo isto, então é necessário procurar-se como alguns chamam *o ponto de mutação*, pensar um novo Tempo para apontar alguns lugares diferentes de observação da evolução do Direito a partir de sua inserção na idéia de *Tempo Social*. Tempo é, portanto social e a Constituição é uma das conquistas evolutivas desta organização temporal do Direito.

**Palavras-chave:** Tempo, normativismo, Constituição, Tempo social, autopoiesis.

**RESUMEN:** En el presente trabajo realizo una crítica a la teoría que impone a la dogmática jurídica la concepción de tiempo de Kant/Newton: el normativismo. Hans Kelsen, considerado como un neokantiano va a usar esa noción de tiempo y espacio, a través de la noción de ámbito de validez. Saussure amplía la posibilidad del sentido neokantiano. En la actualidad, sin embargo, el gran problema es que la noción de tiempo y espacio, kelseniana-saussureana, no puede ser ya aceptada sin restricciones. Esto porque en la globalización estamos insertados en otra forma de sociedad. Por todo esto, entonces, es necesario procurar lo que algunos llaman “el puente de mutación”, pensar un tiempo para apuntar algunos lugares diferentes de la observación de la evolución del Derecho a partir de su inserción en la idea de “Tiempo social”. El tiempo es, por tanto, social y la constitución es una de las conquistas evolutivas de esta organización temporal del Derecho.

**Palabras clave:** Tiempo, normativismo, Constitución, Tiempo social, autopoiesis.

**ABSTRACT:** In the present essay, the author writes a critique of the theory that imposes the Kant/Newton conception of time to legal science: normativism. Hans Kelsen, considered a neo-kantianian employs that notion of time and space through the notion of sphere of validity. Saussure extends the possibilities of the neo-kantianian sense. Today, nevertheless, the principal problem is that the kelsenian-saussurean notion of time and space cannot be accepted without restrictions. All of this, because in a globalized world, society is inserted in another form of society. In these conditions, then, it becomes necessary to procure that which some call “the bridge of mutation”, and to think a time in order to point some different places for the observation of Law’s evolution during its insertion in the idea of “Social Time”. Time is, therefore, social and the constitution is one of the evolutive conquests of this temporal organization of Law.

**Key words:** Time, normativism, Constitution, Social time, autopoiesis.

**Ementa:** 1. Introdução: Tempo Social e Direito. 2. Tempo: de Saussure a Kelsen. 3. O Tempo de François Ost. 4. Matriz Pragmático-Sistêmica. 5. O Direito como Sistema Autopoietico: Imprevisibilidade, Circularidade e Paradoxos. 6. Gestão Temporal dos Paradoxos da Auto-Referência. 7. Acoplamento Temporal entre o Sistema do Direito e o seu Ambiente: a Constituição. 8. Considerações Finais. 9. Bibliografia.

<sup>1</sup> Dr. EHESS-Paris-França e Pós-Dr. UNILECCE-Itália. Professor Titular da UNISINOS-RS e da UCS, leonel.rocha@uol.com.br., recibido el 26 de marzo de 2011, aceptado el 30 de abril de 2012.

## 1. Introdução: Tempo Social e Direito

O Tempo é a sucessão contínua de instantes nos quais se desenvolvem eventos e variações das coisas. Para Teoria dos Sistemas é a observação da realidade a partir da diferença entre passado e futuro. A Constituição é a forma estruturada nas sociedades diferenciadas características da modernidade para a operacionalização/observação das relações entre o Direito e a Política. Pretendo neste ensaio apontar alguns lugares diferentes de observação da evolução do Direito a partir de sua inserção na idéia de *Tempo Social*.

A definição do Tempo esta ligada a forma de sociedade em que vivemos (Claude Lefort, Cornelius Castoriadis). Nesta perspectiva o Tempo é contextual (espacial). A concepção de Tempo dominante na dogmática jurídica é originária da filosofia de Kant e da física de Newton, e, portanto, das estruturas tradicionais de regulação social. Pode-se dizer assim que o Tempo determina o tipo de estruturação temporal do Direito, e, que o Direito por sua vez auto-reproduzindo-se nesta lógica contribui com a manutenção dessa temporalidade instituída. O Tempo é portanto social e a Constituição é uma das conquistas evolutivas desta organização temporal.

No entanto, no início do século XXI, surgiu uma nova forma de sociedade, que se pode chamar, conforme os autores, de globalizada, pós-moderna, modernidade-reflexiva, modernidade líquida, que tem como uma das características fundantes a dissolução desta noção de Tempo/Espaço tradicional. Portanto, uma das possibilidades de se pensar, de se entrar, nessa nova forma de sociedade poderia ser tentada a partir da idéia de Tempo: qual o significado que o Tempo adquire dentro dessa nova forma de sociedade? E onde é que o Direito contribui para a construção do Tempo? Qual é a diferença entre o Tempo do normativismo e o Tempo do Direito na globalização? Para tanto, analisar-se-á, em um primeiro momento, o Tempo na Teoria de Hans Kelsen relacionando-o ao paradigma da linguagem de Ferdinand de Saussure. Em seguida, indicar-se-á algumas das importantes contribuições de François Ost sobre o Tempo do Direito. Para depois, examinarmos o Tempo na Teoria da Autopoiese de Luhmann e Teubner.

## 2. Tempo: de Saussure a Kelsen

A teoria a respeito da dimensão temporal dominante no Direito é o normativismo, que impõe na dogmática jurídica a concepção de Tempo de Kant/Newton. Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*, 1960), um neo-Kantiano, vai usar essa noção de Tempo e Espaço, por meio da noção de âmbito de validade. Esta perspectiva kelseniana aproxima-se epistemologicamente daquela do chamado estruturalismo. Ferdinand Saussure, demonstra que toda produção de sentido, do significado, é uma relação de valor. E o valor é Temporal. Para tanto, Saussure elabora uma teoria semiológica dos signos a partir da oposição língua/fala. Essa dicotomia, língua/fala é que produz o sentido: a língua seria o sistema, a fala seria a seleção atual. Essa relação língua/fala é uma relação temporal, porque só podemos entendê-la desde uma outra. Isto é, a relação entre diacronia/sincronia, que é uma relação com o presente e a história. Isto quer dizer que a produção de sentido é uma produção temporal. Não existe comunicação sem Tempo, ou seja, Saussure amplia as possibilidades de sentido neo-Kantianas. Como exemplo, num dos momentos mais brilhantes do *Curso de Linguística Geral*, se explica, do ponto de vista estrutural e neo-Kantiano, como se produz a comunicação num certo momento e num certo Tempo, por meio das relações sintagmáticas e associativas da comunicação.

As relações sintagmáticas mostram que os sons, os fonemas, para terem sentido, precisam de um tempo de articulação, de estruturação, para serem formados. Por exemplo: no Tempo sintagmático, quando se tem quinze minutos para falar, nesse Tempo somente se pode falar, emitir, os sons que se pode de fato emitir durante quinze minutos sintagmaticamente. Porém, ao mesmo Tempo, pode-se, em cada sintagma, em cada signo, em cada palavra, transmitir-se relações associativas. Então pode-se dizer linearmente, sintagmaticamente, algumas coisas, mas associativamente, sempre se diz muito mais. Ou seja, a relação sintagmática/associativa, do ponto de vista Temporal, diz associativamente muito mais que o sentido literal. E é por isso que sempre um texto diz muito mais do que se pretende e menos do que se pensa. Deste modo, percebe-se que há um tesouro, uma riqueza quase infinita

na língua, e um limite espacial na fala, que somente é ultrapassado levando-se em consideração as oposições da semiologia e da lingüística. Essas oposições, como aquela existente entre diacronia/sincronia, são muito semelhantes, respeitadas algumas especificidades, as idéias de estática e dinâmica no normativismo jurídico kelseniano.

Kelsen afirma que a normatividade é a característica fundamental do Direito. Um fenómeno somente será jurídico se for suscetível de atribuição de sentido normativo. A normatividade é a resultante do cruzamento de duas dimensões temporais: 1) *o presente* (estática jurídica) que permite a partir do conceito axiomático de *Sanção* estabelecer os critérios para a construção de todos os demais conceitos, além de dotar a normatividade de força obrigatória (Estado); e 2) a *história* (dinâmica jurídica) que estabelece o critério para produção normativa a partir da *validade*. Graças a validade a manifestação do poder estatal se disciplina pela sua inserção em uma hierarquia que determina que existem normas superiores e inferiores, que teriam como fundamento último a Constituição (Bobbio). Desta maneira, Kelsen conceitua a normatividade como a capacidade do Direito constituir o Tempo. Trata-se assim de uma concepção de presente e uma concepção de história que estariam, ao mesmo Tempo, conjugadas, na produção de sentido do Direito. A Constituição, a nosso ver, ocuparia um papel de destaque para a existência do sistema normativo transmitindo a todos os seus elementos a força obrigatória e a validade. A Constituição legitima e permite a atuação do Estado de Direito.

Na atualidade, porém, o grande problema é que essa noção de Tempo e espaço, kelseniana-saussureana, não pode mais ser aceita sem restrições. Isto porque nós estamos na globalização inseridos em uma outra forma de sociedade. A concepção de Tempo e espaço de Newton, que se mantinha filosoficamente com Kant, é uma categoria que permitiria duração, permitiria antecipação: Tempo para pensar, Tempo para refletir, Tempo de continuidade. O fato é que depois de Albert Einstein a *Teoria da Relatividade* vai destruir a noção de Tempo linear, abrindo lugar para as teorias da indeterminação e da imprevisibilidade. Isto é, não é mais possível contentar-se com a observação do Tempo como lugar do *antes* e do *depois*, o *passado* e o *futuro*. Assim



deixa de ter sentido toda epistemologia montada numa racionalidade ligada à idéia de Tempo e espaço newtoniano.

Por tudo isto, então é necessário procurar-se como alguns chamam *o ponto de mutação*, pensar um novo Tempo, um Tempo da relatividade. Neste novo Tempo tudo é instantâneo, não existindo mais a concepção de uma separação rígida entre passado, presente e futuro. O Tempo é imediato impedindo que a Teoria do Direito possa se desenvolver dentro dos padrões normativistas kelsenianos.

### 3. O Tempo de François Ost

Um das melhores observações do Direito do ponto de vista temporal é a de François Ost. O Tempo e o Direito estão relacionados com a sociedade, pois não existe Tempo fora da história. Cornelius Castoriadis, em sua obra *L'Institution Imaginaire de la Société*, defende exatamente essa tese ao afirmar claramente isso: não existe Tempo, Direito e sociedade isolados. Ou seja, o Direito é uma instituição imaginária na qual o Tempo constrói e é construído, institui e é instituído. Do ponto de vista dogmático o Direito é um mecanismo de controle de nosso passado, de garantia do nosso passado; de um ponto de vista crítico, ele pode ser uma promessa, pode ser algo que aponta para o futuro. A teoria constitucional contemporânea se estrutura a partir desta premissa. A constituição, para nós, nesta linha de idéias é uma importante construção histórico-social dotada da função de institucionalizar as relações de poder por meio do Direito.

Para explicitar essa concepção, a partir de agora, recorreremos a algumas idéias de François Ost, na obra *Le Temps du Droit* (1989). Para Ost, claramente inspirado em Castoriadis, o Tempo do Direito possuía três características: a primeira, “o Tempo é uma instituição social, é uma construção social”, isto quer dizer, que não existe o Tempo em si, o Tempo da fatalidade, ou os “bons Tempos”. O Tempo é construído pela sociedade. A segunda que “o Direito tem como função principal contribuir com a institucionalização do social”, isto quer dizer, que a função de controle do Tempo do Direito é uma função instituinte, o Direito tem que fazer com que aqueles instantes, aquelas possi-

bilidades de construção e de decisão que nós realizamos na sociedade tenham duração, sejam assimiladas, sejam institucionalizadas. Isto é, o Direito tem que fazer com que a sociedade exista, o Direito constrói sociedade. O Direito é um dos construtores da sociedade, é construtor de instituições, ou seja, de decisões, de valores, de experiências, de desejos, de atos. De situações que se quer que continuem, que se mantenham, que se institucionalizem, então o Direito tem realmente a função de institucionalizar a sociedade. A terceira característica seria que “é preciso uma dialética entre o Tempo como instituição social e o Direito como institucionalização social”.

François Ost, aprofundando a questão, divide as características do Tempo do Direito em quatro momentos: a *memória*, o *perdão*, a *promessa* e o *(re)questionamento*. Deste modo pode-se estipular os seguintes passos conceituais: 1) **a memória** - o Direito é a memória da sociedade. Os cartórios, os arquivos, e os nossos documentos, constituem aquilo que está dentro da memória do Direito. Em outras palavras, ou falando normativamente, só é válida a memória jurídica, pois o Direito tem como função manter, estabilizar, a memória. Nesse sentido, o Direito está ligado à idéia de tradição. O Direito constrói/mantém a memória da sociedade. Não existe Direito sem passado, sem memória, sem tradição, e vice-versa; 2) **o perdão** - o Direito necessita do perdão. O perdão não quer dizer simplesmente esquecer, implica em selecionar o que se vai esquecer. Ou seja, só pode existir Direito em uma sociedade a partir do momento que se inscreve o perdão. Até, ao contrario senso, o Direito só surge, é possível, quando alguém que tem Direito a alguma coisa, historicamente, pelo menos, na Lei de Talião, o Direito de vingança: olho por olho, dente por dente, aceita que esse Direito seja exercido por um terceiro. Mas o Tempo do perdão é uma seleção de esquecimento, porque perdoar não é esquecer tudo. Assim, é importante falar de perdão relacionado com a memória, no sentido de esquecimento, porque a memória, e Borges trabalha muito bem essa questão, não é a capacidade de lembrar tudo, mas de selecionar a informação. Uma pessoa que hipoteticamente lembrasse de tudo não teria Tempo, estaria fora do Tempo, do Espaço. Deve-se esquecer algumas coisas para se poder refletir e entrar no Tempo. Então ter me-

mória implica em saber lembrar, e saber esquecer, *o que interessa*, no momento presente: *sendo o perdão uma seleção do que deve ser esquecido*. No caso do Direito, o mecanismo utilizado é o Poder Judiciário, uma maneira moderna de encaminhar a questão da memória/esquecimento. 3) **a promessa**. A promessa é uma tentativa de ligar o Direito e a sociedade com o futuro. Trata-se da tentativa de construção do futuro. *O que seria, em nosso caso, o constitucionalismo?* É um conjunto de promessas, é a tentativa de construir uma nova sociedade no futuro. A promessa é extremamente importante no sentido de que ela tem que romper com a tradição, mas tem que fazer esse rompimento de uma maneira sofisticada, por meio de uma tradução. Para isso é preciso entrarmos no quarto aspecto da dimensão temporal do Direito, 4) **o questionamento** – o questionamento não significa o rompimento com as promessas, porque se assim fosse seria negado o *novo* (futuro). Mas, igualmente, o questionamento também não pode ser um rompimento completo com a memória, pois sem memória, sem passado não temos história, e ficaríamos assim num espaço vazio. O questionamento tem que possuir a capacidade de ligar o Tempo e o Direito com a memória, com o perdão e com a promessa.

Desta maneira, entendemos que se o que se trata na dimensão temporal de Ost é, principalmente, o questionamento das formas dominantes de produção do Direito, da produção de novos institutos, de novas vivências, de novos valores, os quais, depois, serão memória, serão passado. Isso exige a capacidade de se **des-institucionalizar** aquilo que foi instituído. Ou seja, o Direito tem que ter no questionamento, hoje em dia na globalização, a capacidade de se institucionalizar rapidamente, porque não possui mais a comodidade da longa duração para criação de seus institutos. Em outras palavras, é preciso uma vez que o sentido seja institucionalizado, admitir a sua **des-institucionalização**, e novamente uma outra **re-institucionalização**. O Direito tem que ter a capacidade de construir, reconstruir e desconstruir o Tempo e a si próprio.

O Direito contemporâneo para continuar existindo e influenciar de forma decisiva o Tempo social, necessitar manter a congruência dessas quatro propostas inserindo-as numa velocidade maior, como está

exigindo a produção do sentido nas sociedades complexas. A função básica do Direito é a de criar institutos, institucionalizar determinados valores, mas com a consciência de que em instantes esses valores (para alguns autores franceses como Lipoveski, nós vivemos no império do efêmero) podem mudar. A Constituição tem que ser pensada e vivenciada como um lugar privilegiado para que o Tempo do Direito continue sendo uma instituição dominante na sociedade.

#### **4. Matriz Pragmático-Sistêmica**

Deste modo, a forma de sociedade globalizada implica numa reconstrução necessária do que é o Direito (e da Constituição), que exige, entre outras dimensões, uma observação diferenciada do Tempo. No entanto, existem muitos caminhos na epistemologia. A contribuição de Ost pode-ser complementada, igualmente, a partir da matriz sistêmica (pragmático-sistêmica) ligada a teoria dos sistemas sociais. A matriz sistêmica aplicada ao Direito tem como autor principal Niklas Luhmann, (*Soziale Systeme*, 1984), ao lado dos trabalhos de autores, como Gunther Teubner (*Recht Als Autopoietisches System*, 1989). O fator preponderante da matriz sistêmica é o fato de que ela permite observações de segunda ordem, que apontam para uma série de questões completamente diferentes das perspectivas tradicionais ligadas a noção clássica do Tempo na Física. A matriz sistêmica aceita a idéia de um Tempo construído dentro da Complexidade e do Caos. A teoria dos sistemas é uma teoria originariamente ligada desde Talcott Parsons (*The Social System*, 1951)) aos processos de tomada de decisões. Todo processo de tomada de decisões está vinculado a uma noção de Tempo. Decidir é fazer. Decidir é participar do processo de produção do futuro, por isso decidir é produzir Tempo. Decidir na teoria dos sistemas também é produzir uma diferença. A decisão é portanto fundamental para o entendimento de qualquer relacionamento mais direto com o problema do Tempo. Nessa linha de raciocínio, a Constituição pode ser um critério jurídico fundamental para o controle do Tempo.

A teoria dos sistemas sociais de Luhmann é altamente complexa exatamente porque pretende observar uma sociedade igualmente

hiper-complexa. Para Luhmann, o sentido possui três dimensões: Material, Social e Temporal. Para Luhmann, em sua primeira fase, existe no Direito uma tensão temporal em suas funções: 1) em relação ao passado, a função de “estabilização de expectativa” e, em relação ao futuro, a função de “guia de comportamento”. Porém, em sua segunda fase, a teoria luhmaniana parte da diferença fundamental entre Sistema e Ambiente. Esta diferenciação exige para sua compreensão exige o conhecimento de, no mínimo, outras quatro grandes teorias: a teoria dos meios de comunicação, pois sem o domínio do conceito de comunicação não se pode entender a noção de sistema social; a teoria da evolução, desde uma perspectiva crítica da mudança social; a teoria da diferenciação, verdadeiro motor da sociedade; e a teoria da autodescrição, caracterizada por uma perspectiva chamada de autopoietica (Gunther Teubner, 1989). Nesta linha de idéias, percebe-se que a matriz sistêmica indica para a observação da sociedade e do Direito, problemas e saídas, que até então não eram possíveis de serem pensados dentro do Direito dogmático. O Tempo passa a ser uma redução/construção de complexidade.

Para Jean Clam, a *autopoiese* não é nada mais que uma *sucessão contínua de “impulsos” de uma operação a outras*, nas quais se reúnem, de momento a momento, as construções da realidade que conservam e fazem perdurar o sistema. Assim, o sistema oscila ao longo das operações gerando um tempo. A *temporalização*, como desdobramento da simultaneidade de um grande número e de um emaranhamento extremo de interdependências sobre a seqüencialidade, é uma estratégia de redução da complexidade das comunicações e das decisões do sistema, como um fundamento último que lhes dá consistência. A Constituição tem como desiderato permitir a efetividade da autoreprodução destas operações.

Deste modo, para Clam o que encerra os sistemas, lhes dá sua unidade, a sua identidade e a sua coerência, não são os princípios ou as últimas razões, mas unicamente a obra temporal estruturada de uma continuidade. O Direito por meio da Constituição visa a estabelecer uma “*condensação*” *estruturante* (Spencer Brown), que é a auto-limitação e a autopoiese. A estabilidade dos sistemas em suas estruturas e na constância de suas invariantes é um “efeito do tempo” (Luhmann).

A autopoiese é, assim, essencialmente, uma obra do tempo como forma de efetuação recursiva do sistema nas suas operações. O *tempo condensado*, por assim dizer, condensa acontecimentos, *operações* e processos em *estruturas* e em expectativas que guiam à efetuação concreta e operativa da função sistêmica. Para Luhmann, “no lugar das últimas unidades (princípios, razões) aparece o tratamento (*processamento*) de diferenças, e a apriorística da razão deve ser substituída pela questão se e quais estados-próprios do sistema nascem quando esse sistema opera recursivamente ao nível de uma observação de observações”.

Os sistemas autopoieticos (Jean Clam) são conjuntos processuais que vivem numa “*continuidade de confirmações generalizantes*. E não podem fazer de outra forma, simplesmente porque não dispõem de *um início absoluto*, onde teriam “escolhido” as distinções fundamentais e decidido desenvolvê-las por elas mesmas. Trata-se, por consequência, de substituir o conceito de substância pelo da auto-referência, de substituir a hipótese da razão pela suposição de um exame problemático entre “redundância” e fundamento” (Clam, 2004).

## 5. O Direito como Sistema Autopoietico: Imprevisibilidade, circularidade e paradoxos

O Direito mantém uma interdependência com a Sociedade devido ao seu poder de autoprodução que é autônomo em relação a esta. A interação de todos os componentes do sistema jurídico –processos, identidade, estrutura, atos jurídicos, normas jurídicas– para Teubner apresenta uma articulação hipercíclica, possibilitando o seu fechamento operativo exatamente por causa de sua auto-manutenção (auto-referência, auto-organização, autoprodução).

A expressão autopoiese refere-se àqueles sistemas que auto-produzem todos seus componentes elementares. Estes elementos e estruturas sistêmicas surgem por meio de uma cadeia de interações recursivas (destes mesmos elementos) e, assim, distinguem-se do meio envolvente –seja com a forma de vida, consciência ou (no caso dos sistemas sociais) comunicação. Autopoiese, sobretudo, é o modo (autônomo) de reprodução destes sistemas.<sup>2</sup>

2 LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Chicago University Press.; Cambridge. 1989, p. 143.

Destarte, internamente a estes sistemas existem outros sistemas parciais, os quais vislumbrados por um observador/operador do Direito, apresentam interações recursivas e circulares, as quais possibilitam sua auto-produção e manutenção de maneira autônoma. O sistema jurídico, desta forma, atua de maneira normativamente enclosurada, cuja referência destas articulações internas ao sistema serão sempre determinadas por aquelas proferidas pelo próprio sistema anteriormente, em uma das principais características de um sistema autopoietico: a auto-referência. Desta característica, decorrem (auto) observações proficuas do Sistema do Direito.

A autopoiese não deve ser confundida com auto-referência, pois esta seria um conceito mais geral e mais abrangente, referindo-se a todas as formas possíveis de circularidade e recursividade em que uma unidade operacional interage consigo mesma. A autopoiese, por seu turno, é a (a) auto-produção de todos os componentes do sistema; (b) a automanutenção dos ciclos de auto-produção (através de uma articulação hipercíclica) e (c) a auto-descrição como regulação da auto-produção.<sup>3</sup> A partir desta ruptura epistemológica proposta pela matriz pragmático-sistêmica, vislumbra-se uma epistemologia circular e não mais linear como tradicionalmente enfocada. Entretanto, para que seja possível o perfeito entendimento deste novo enfoque com que é vislumbrada a teoria e prática do Direito, necessita-se uma abordagem das características decorrentes da auto-referencialidade do sistema jurídico.

Conforme Gunther Teubner, a auto-referência é a “característica visceral” do Direito Pós- Moderno e sua abordagem faz-se essencial para um entendimento do Direito como um sistema autopoietico.<sup>4</sup> *Referência* é a designação proveniente de uma distinção e a peculiaridade do prefixo *auto* reside no fato de que a operação de referência resulta naquilo que designa a si mesmo. Para Luhmann, a expressão auto-referência (*Selfreference*)”: Designa toda operação que se refere a algo fora de si mesmo e que, através disto, volta a si. A pura auto-referência, a qual não toma o desvio do que lhe é externo, equivaleria a uma tautologia. Operações reais ou sistemas reais dependem de um

3 TEUBNER, Gunther. *op. cit.* pp 34-52.

4 *Idem.*

‘desdobramento’ ou destautologização desta tautologia, pois somente então, estas poderão compreender que são somente possíveis em um ambiente real de uma maneira limitada, não arbitrária”.<sup>5</sup>

Com isso, esta nova característica do Direito sugere quatro interpretações apontadas por Teubner.<sup>6</sup> Primeiramente, a auto-referência aponta uma *indeterminação* por parte do Direito, como algo insuscetível de qualquer controle ou determinação externa, não sendo determinada por autoridades terrestres ou dos textos, pelo Direito Natural ou revelação divina. São as decisões anteriores que estabelecem a validade do Direito e este determina a si próprio por sua auto-referência, baseando-se em sua própria positividade. O Direito retira sua validade desta auto-referência pura, segundo a qual o Direito é o que o Direito diz ser Direito, isto é, qualquer operação jurídica reenvia ao resultado de operações jurídicas anteriores. A validade não pode ser importada do ambiente do sistema jurídico porque “O Direito é válido, então, em razão de decisões que estabelecem sua validade”,<sup>7</sup> assim, a única racionalidade possível é a que consiste numa configuração interna de redução de complexidade do meio, incompatibilizando-se com as noções de “input” e “output”. A segunda interpretação salienta a relação entre auto-referência e *imprevisibilidade* do Direito. Segundo esta interpretação, o dogma da segurança jurídica (previsibilidade da aplicação do Direito aos casos concretos) seria incompatível com a auto-referência.

Conforme abordou-se acima, a própria idéia de contingência afasta o dogma da segurança jurídica e pode-se vislumbrar a indeterminação diretamente vinculada à autonomia do Sistema do Direito. O Direito apresenta uma contínua mutação estrutural, no sentido de satisfação de sua funcionalidade específica. *Existe a certeza de que haverá Direito, porém incerteza quanto ao seu conteúdo*.<sup>8</sup>

5 Luhmann conceitua Self-reference como a expressão que “Designates every operation that refers to something beyond itself and through this back to itself. Pure self-reference that does not take this detour through what is external to it self would amount to a tautology. Real operations or systems depend on an ‘unfolding’ or de-tautologization of this tautology because only then can they grasp that they are possible in a real environment only in a restricted, non-arbitrary way.” (LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Chicago University Press: Cambridge. p. 143).

6 TEUBNER. *op. cit.*

7 LUHMANN, Niklas. “O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito”. *Seqüência*. nº 28, Junho, 1994. p. 6

8 NICOLA, Daniela R. Mendes. “Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de



A terceira interpretação proposta por Teubner salienta a *circULARIDADE* essencial do Direito. Tal perspectiva parte da constatação de que ao atingir os níveis hierarquicamente superiores há a impossibilidade de seguir, sendo remetido diretamente ao nível hierárquico mais inferior, num estranho círculo, onde geralmente, uma norma processual tenderá a decidir o conflito posto ao sistema jurídico.

O Sistema do Direito é um sistema social parcial que, a fim de reduzir a complexidade apresentada por seu ambiente, aplica uma distinção específica (codificação binária: Direito/Não-Direito) através da formação de uma comunicação peculiar (comunicação jurídica). Com isso, a operacionalidade deste sistema parcial tem por condição de possibilidade a formação de uma estrutura seletiva que, reflexivamente, pretende apreender situações do mundo real<sup>9</sup> (meio envolvente) para o sistema parcial funcionalmente diferenciado que é o Direito. O Direito apresenta-se, assim, como um código comunicativo (a unidade da diferença entre Direito e Não Direito), no sentido manter sua estabilidade e autonomia —mesmo diante de uma imensa complexidade (excesso de possibilidades comunicativas)— através da aplicação de um código binário.

Isto ocorre, pois a partir do circuito comunicativo geral (sistema social), novos e específicos circuitos comunicativos vão sendo gerados e desenvolvidos até o ponto de atingirem uma complexidade e eficiência tal, na sua própria organização auto-reprodutiva (através da aplicação seletiva de um código binário específico), que autonomizam-se do sistema social geral, formando subsistemas sociais autopoieticos de segundo grau/sistemas parciais.<sup>10</sup> Isto é, sistemas parciais de comunicação específica. Cada Sistema Parcial passa a constituir o Sistema Social Geral mediante uma perspectiva própria. Com isto tem-se um acréscimo no potencial do sistema social para poder enfrentar

---

Luhmann”. In: *Paradoxos da Auto-Observação*. Leonel Severo Rocha (organizador). Curitiba: JM Editora, 1997. p. 238.

9 Assim, pode-se ter o Direito como a construção de uma “para-realidade, uma *Wirklichkeit*, de complexidade reduzida, em cima de uma realidade propriamente dita”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. “O Direito como Sistema Autopoético”. *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo. n.º 163. 1991, p. 190.).

10 Neste sentido, pode-se afirmar que o Direito não é um ordenamento de condutas mas sim, um código de comunicação, conforme NICOLA, Daniela R. Mendes. “Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade”. In: *Paradoxos da Auto-Observação*. Leonel Severo Rocha (organizador). Curitiba: JM Editora. 1997.

e reduzir a complexidade que, paradoxalmente, devido esta especialização funcional, é aumentada.

O problema surge, quando, irresistivelmente, tende-se a aplicar a distinção Direito/Não-Direito (a qual possibilita a clausura operacional) à própria distinção, o que repercutiria em conclusões do tipo: “não é Direito dizer o que é Direito/Não-Direito”. Isto causaria um bloqueio no processo de tomada de decisões. Estes bloqueios denominam-se “*paradoxos da auto-referência*.” A partir destes apresenta-se a quarta interpretação da autoreferencialidade do Direito, cuja perspectiva reflexiva constata que a realidade da prática do Direito é uma realidade circularmente estruturada. Esta interação auto-referencial dos elementos internos (que se dão mediante articulações circulares) acarretam em tautologias que bloqueiam a operação interna. Luhmann explica este problema da seguinte forma: “Através da aceitação de um código binário (jurídico/antijurídico), o sistema obriga a si próprio a essa bifurcação, e somente reconhece as operações como pertencentes ao sistema, se elas obedecem a esta lei. (...) Se os sistemas se baseiam em uma diferença codificada (verdadeiro/falso, jurídico/antijurídico, ter/não ter), toda a auto-referência teria lugar dentro destes códigos. Opera dentro deles como relação de negação, que excepciona terceiras possibilidades e contradições; precisamente este procedimento que estabelece o código não pode ser aplicado à unidade do próprio código”. E, concluindo de forma desparadoxizante, afirma o autor: “A não ser: por um observador”.<sup>11</sup> Esses paradoxos são inerentes à realidade do Direito e não podem ser suplantados por uma simples postura crítica (a qual apenas demonstra a existência de paradoxos dentro do sistema do Direito) ou por uma tentativa de suplantá-los mediante uma nova distinção, mas sim pela constatação de que os elementos que compõe o sistema do Direito —ações, normas, processos, realidade jurídica, estrutura, identificação— constituem-se circularmente, além de vincularem-se uns aos outros também de forma circular.

Destarte, o sistema jurídico, como um sistema autopoietico, apresenta-se ante uma interação auto-referente, recursiva e circular de seus elementos internos (clausura operativa), os quais, por isso,

---

11 LUHMANN, Niklas. “O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito”. *Seqüência*. nº 28, junho, 1994. p. 3-4.

não apenas, se auto-organizam, mas, também, se autoproduzem, isto é, produzem os elementos necessários para a sua reprodução. Assim, suas condições originárias, tornam-se independentes do meio envolvente e possibilitam sua própria evolução. Depois, além do sistema efetuar uma auto-produção de seus elementos e estruturas, o próprio ciclo de auto-produção deve ser capaz de se (re)alimentar. “Esta função de auto-manutenção é obtida através da conexão do primeiro ciclo de auto-produção com um segundo ciclo, que possibilite a produção cíclica garantindo as condições de sua própria produção (é o chamado hiperciclo).”<sup>12</sup>

## **6. Gestão Temporal dos Paradoxos da Auto-Referência**

Pode-se dizer, a partir desta perspectiva, apontada por Teubner, que o Direito, com suas relações recursivas e circulares, reage auto-referencialmente (através de sua codificação específica) às “influências” externas (ruídos sociais), visando a reduzir a complexidade proveniente da sociedade. Assim, o Direito permite um controle do Tempo das decisões. Desta forma, o Direito encontra-se operativamente fechado, isto é, ele atua mediante uma clausura normativa que, paradoxalmente é a condição de possibilidade de sua abertura às irritações provenientes do ambiente (sociedade), as quais serão assimiladas pelo sistema cognitivamente. Isto mantém a dinâmica do Direito, permanecendo o sistema autônomo e funcionalmente diferenciado. É, com isso, a própria positividade que permite a possibilidade de transformação estrutural do Direito, guiado por sua funcionalidade redutora de complexidade através da generalização congruente de expectativas comportamentais normativas.

Qualquer observação do Sistema em suas interações circulares e auto-referenciais, jamais poderá ser feita externamente, pois um observador não está observando outros sistemas, mas sim está a auto-observar o próprio sistema no qual está inserido. Esta conclusão é proveniente do fato de que a teoria autopoietica reformula a relação sistema/ambiente, visto que o processo de observação não ocorre de forma exógena e estática como se pressupunha. A idéia de auto-refe-

---

<sup>12</sup> TEUBNER, Gunther. *op. cit.* pp. 48-49.

rência reforça a importância a ser conferida à distinção entre “identidade” —atingida através da aplicação de um código binário— e “não identidade” sistêmica. Esta distinção só pode ser realizada/aplicada por um observador (operador jurídico), concluindo-se na total impossibilidade de ser a unidade e a diferenciação sistêmica apreendidas por um observador externo, sendo sempre um produto interno ao sistema. Tal premissa rompe com a separação metafísica de sujeito-objeto que tem, por muito tempo, dominado os debates epistemológicos.

É neste sentido, então, que a auto-referência, pensada de forma pura, conduz a tautologias, necessitando de uma assimetização (auto-observação), no sentido de desparadoxizar os paradoxos que constituem a realidade circular do Tempo do Direito. Isto se realiza através de um fechamento operativo, no qual o Direito atua auto-referencialmente com seus elementos internos em relações reciprocamente recursivas e circulares. Entretanto, com o escopo de orientar a aplicação da codificação binária (Direito/Não-Direito), o sistema se abre para a influência do sistema social ou de outros sistemas parciais (Economia, Política, Religião, Moral, Ciência). Esta abertura somente é possibilitada devido à clausura operativa, pois quanto maior o fechamento de um sistema, mais estável e apto estará este a uma abertura cognitiva (sensorial). As informações provenientes do exterior do sistema apenas adquirem relevância sistêmica e serão internalizadas por este quando passíveis de adequação à codificação binária, obtendo no Tempo um sentido jurídico. Portanto, a teoria autopoietica busca obter soluções sociais para a auto-referência através da ocultação e neutralização dos paradoxos, aplicando-os de uma forma criativa. Os paradoxos deixam de ser impedimentos ao processo de tomada de decisões, passando a ser um profícuo campo de análises para reflexões sobre a aplicação do Direito.

Para que seja possível a aplicação criativa dos paradoxos da auto-referência, necessita-se em primeiro plano a desmistificação e total abandono do Tabu da Circularidade, assumindo a realidade circular em que a práxis jurídica está localizada. Com tais instrumentos teóricos, possibilita-se a gestão desses paradoxos sem que haja bloqueio nos processos de tomada de decisão, através de uma análise do

modo com que a práxis jurídica lida com os paradoxos decorrentes da auto-referência, conseguindo atingir uma certa estabilidade temporal para o Sistema do Direito. A Teoria do Direito e a Dogmática Jurídica estão comprometidas com a reprodução do sistema jurídico, visando a ocultar e anular os paradoxos. O valor das análises sociológicas traçadas por Luhmann é no sentido de possibilitar a visualização do paradoxo em que o próprio Direito está fundado: a irresistível vocação e tentação à aplicação da distinção (código binário - que repercute na própria “identidade/nãoidentidade” do sistema) à própria distinção (código binário). A auto-observação de como a práxis jurídica oculta/anula/trabalha estes paradoxos, com a finalidade de permitir a tomada de decisões jurídicas em contextos altamente complexos, exige que os Tribunais se localizem no centro do Sistema Jurídico. Reforça-se, assim, o cunho pragmático desta epistemologia sistêmica que, de forma construtivista, presume e admite a realidade circular do Direito.

A abertura cognitiva ao meio envolvente, por sua vez, também é uma forma de assimetria temporal e superação dos paradoxos da auto-referência, pois conforme Nicola: “O problema é que a auto-referência pura conduz à tautologia, que não é informativa: é Direito aquilo que o Direito diz que é Direito. Para romper este círculo, é preciso introduzir condicionamentos (assimetriações). Isto se dá através de orientações cognitivas. E esta é, talvez, a maior contribuição do Direito positivo: a utilização de estratégias normativas e cognitivas para a generalização congruente das expectativas comportamentais normativas. O sistema jurídico é normativamente fechado e cognitivamente aberto: a auto-referência da base do sistema comporta auto-referência no que se refere às normas, a hetero-referência no que tange aos fatos.”<sup>13</sup>

Neste sentido, percebe-se a diferença entre a concepção de Tempo normativista de Kelsen e a Autopoiética. Na primeira versão neo-kantiana ligada a noção tradicional de Tempo, a validade do Direito somente pode ser obtida de forma hierárquica. Assim ocultam-se todos esses aspectos paradoxais de uma visão do Direito desde um Tempo cíclico como apontamos acima.

---

13 NICOLA, Daniela R. Mendes. “Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann”. In: *Paradoxos da Auto-Observação*. Leonel Severo Rocha (organizador). Curitiba: JM Editora, 1997. p. 236.

## 7. Acoplamento temporal entre o sistema do direito e o seu ambiente: a Constituição

A estrutura do sistema jurídico, composta por expectativas comportamentais efetua uma seleção estrutural (dimensão temporal, dimensão social e dimensão prática) no sentido de cumprir com sua funcionalidade de, em situações de conflito, manter as expectativas comportamentais normativas. A operacionalidade do sistema é efetuada de maneira normativamente fechada, isto é, não se adaptando às possíveis desilusões.

A validade das legislações depende das decisões que as aplicam de uma forma interpretativa (Jurisprudência) e, esta interação demonstra que a Constituição é um ponto de acoplamento entre o sistema jurídico e o sistema político, estando a legislação na periferia do sistema, enquanto que os Tribunais encontram-se no centro deste. Estas decisões judiciais, por sua vez, atuam normativamente/necessariamente na forma de uma distinção. Inobstante, o sistema mantém interações cognitivamente orientadas com o seu meio envolvente, isto é, de forma adaptável às possíveis frustrações. É neste sentido que a obrigatoriedade de prestação jurisdicional é um exemplo deste paradoxo, pois ao prever tal dogma, a legislação “vincula” normativamente (o sistema atua operativamente fechado) a uma abertura, cognitivamente orientada, ao meio ambiente para a tomada da decisão judicial.<sup>14</sup>

Destarte, pode-se (auto) observar que a possibilidade de abertura é fornecida pela amplitude de complexidade que as operações normativamente fechadas podem assimilar, isto é, a abertura ao meio envolvente depende, paradoxalmente, do próprio fechamento operacional. Quanto mais fechado for um sistema, mais suscetível a assimilar adequadamente as informações provenientes (indiretamente) do ambiente em sua abertura (no caso do Direito, esta abertura se dá em relação ao sistema social geral ou a outros sistemas parciais, caracterizados como seu ambiente). “A normatividade é o modo interno de trabalhar do Direito”, reproduzindo suas próprias operações numa clausura operativa —com sua “função social de disponibilidade e modificação do Direito para a sociedade”.<sup>15</sup> É, o sistema jurídico, exata-

14 LUHMANN, Niklas. “A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico”. *Revista AJURIS*. Porto Alegre. n° 49, ano XVII, Julho, 1990. pp. 149-168.

15 LUHMANN, Niklas. “O Enfoque ...”. p. 5.

mente nesta base, um sistema aberto ao mundo que o circunda, devendo estar disposto a reagir a qualquer espécie de proposições, desde que assumam uma forma e sentido jurídico. A Constituição assim adquire a característica de um componente simbólico de produção de sentido.

Com isso, demonstra-se que é a própria práxis jurídica que garante a possibilidade de (auto) observarmos os paradoxos e a sua ocultação, possibilitando a operacionalidade do sistema. O acoplamento entre sistemas parciais é uma das principais formas de desparadoxização das tautologias criadas pela auto-referência pura. Assim, o acoplamento estrutural consiste na dependência recíproca do sistema e meio envolvente, ou seja, numa interação que se realiza a partir de um observador que construirá a sua descrição segundo a aplicação da distinção sistema/ambiente.<sup>16</sup> A Constituição torna-se deste modo uma forma de acoplamento para facilitar a práxis jurídica.

## 8. Considerações Finais

O Tempo que é o Tempo do Direito, desde a perspectiva racional do normativismo, que recorre a hierarquia para equacionar o problema da validade das decisões, adquire uma outra feição na atualidade. Isto sugere a Ost, Luhmann e Teubner, que a função principal do Direito é o controle do Tempo. Porém, desde a assimilação da noção de complexidade e circularidade da sociedade, aparecem dificuldades de se efetivar as decisões devido aos paradoxos do Tempo. Assim, talvez o amanhã não seja o Tempo do Direito.

É preciso que se tenha mecanismos efetivos de tomada de decisões para se poder producir futuro. Pois, quando o Direito não controla o Tempo os riscos de ampliação da complexidade se ampliam. Isto acarreta dificuldades para que as decisões jurídicas possam gerir, desparadoxizar, os problemas que se pretende temporalizar por meio de acoplamentos realizados pela Constituição, perdendo-se o poder sobre os processos de desinstitucionalização e re-institucionalização da sociedade. Tudo isto impede manutenção da concepção ideal de Direito como instituição social.

---

16 LUHMANN, Niklas. *Ecological ...* p. 144.

Para explicar melhor o problema, pode-se apontar exemplos de crise autopoietica de três setores importantíssimos em nossa sociedade e que foram tradicionalmente institucionalizados pelo Direito: 1) **O Direito penal.** Uma área que se materializou e evoluiu desde a idéia de Estado liberal até chegar a uma noção de Estado de bem-estar. De um Direito penal positivo, até um Direito penal mínimo, voltado a recuperação do delinquente, tendo em vista o interesse social. No entanto, ao contrário do que poderia se antecipar, o Direito penal, hoje, é caracterizado pela idéia de vingança e de segurança, ou de Direito penal do Inimigo. O Direito penal da globalização está assim completamente desinstitucionalizado de suas características tradicionais. O problema do Direito penal passou a ser explicitamente a segurança da sociedade. 2) **Direito de família.** O que é o Direito de família? A família é uma instituição jurídica, elaborada para uma longa duração, e mesmo espaço. A família tradicional é constituída por um pai, uma mãe, e os filhos, que vivem juntos. Hoje em dia essa noção de família está completamente alterada. Como instituição isolada não existe mais, pois existem outras possibilidades: famílias baseadas na afetividade, famílias monoparentais, famílias de outros tipos de institucionalização. Qual é o efeito desses eventos no que diz respeito à dogmática jurídica? A novidade é que na família ocorre um rompimento completo com a sua lógica temporal, pois há uma desinstitucionalização da idéia tradicional de família. Não é que não existam mais as famílias tradicionais, mas ao lado delas surgem novos tipos de famílias, inclusive com a união estável de homossexuais, entre uma série de possibilidades afetivas que estão surgindo, e estão des-institucionalizando a família tradicional e institucionalizando um outro tipo de família. 3) **E Direito do trabalho.** Esse terceiro exemplo, é talvez o domínio jurídico onde seja mais difícil a realização dos processos de controle temporal por meio da reinstitucionalização. O que é o trabalho hoje? O trabalho sempre foi uma grande instituição, estando vinculado à relação contratual entre empregado e empregador. Ainda existe trabalho no mundo de hoje do ponto de vista globalizado da maneira tradicional, mas a tendência é uma completa des-institucionalização do trabalho em relação a maneira como surgiu o capitalismo.



Estes três exemplos de diferentes manifestações do Direito: o Direito Penal, o Direito de Família e o Direito do Trabalho, que são instituições que foram constituídos historicamente pelo Tempo do Direito para terem duração, explicitam fortes casos de desinstitucionalização. Isto ocorre porque as grandes estratégias de Temporalização que o Direito construiu, a Constituição, a legislação e o contrato, e as diversas dogmáticas (penal, família, trabalho, etc...), precisam criar formas de sociedade, que forneçam duração e continuidade, não conseguindo produzir decisões efetivas numa sociedade complexa de dimensão temporal pós-kantiana.

Os processos de des-institucionalização devem ser acompanhados por processos de reinstitucionalização, para que se autoreproduza na autopoiese do Tempo do Direito, o código inclusão/exclusão. Em outras palavras o fechamento operacional do Direito necessita de um novo tipo de re-estruturação cognitivo-temporal. Pois, a partir da constatação, feita por uma auto-observação, de que os componentes internos ao sistema jurídico interagem circular e recursivamente, produzindo seus próprios elementos e pressupostos de futuras produções (hiperciclo), encara-se uma situação tautológica nas sociedades complexas, que bloqueia a operacionalidade do Direito. Isto ocorre, por exemplo, quando a distinção - fundada na codificação binária - é aplicada a si própria em uma auto-referência pura. O código Conforme/ Não conforme a Constituição implica tautologicamente que é Direito o que a Constituição dizer que é Constitucional. A constituição passa a ser uma garantia autopoietica. Porém, os paradoxos decorrentes desta auto-referencia pura, somente podem ser suplantados por um observador/aplicador do Direito que, utilizando-se de técnicas jurídicas (clausura normativa) e respostas internas às irritações externas (abertura cognitivamente orientada), busque a desparadoxização destas tautologias causadas pela auto-referência do Direito, no que se denomina observação de segunda ordem. Em suma, a sociedade está mudando numa velocidade muito grande, forçando que o jurista tenha consciência de que só será sujeito da construção do Tempo histórico, se tiver a capacidade de decidir, a partir de outra configuração temporal. Para tanto, deve se levar em consideração teorias que enfrentem essa

complexidade e os paradoxos e os riscos que começam a surgir a partir daí. Pode-se começar essa tarefa de reconstrução de um Direito efetivo observando-se o Tempo.

## 9. Bibliografia

- Atienza, Manuel. *As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002;
- Beck, Ulrich. *La Société du Risque*. Paris: Aubier, 2001;
- Beck, Ulrich, Giddens, Anthony, Lash, Scott. *Modernização Reflexiva. Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna*. Tradução de Magda Lopes, São Paulo: Unesp, 1997;
- Bendix, Reinhard. *Max Weber, um perfil intelectual*. Tradução de Elisabeth Hanna e José Viegas Filho, Brasília: UNB, 1986;
- Bourdieu, Pierre. *Raisons Pratiques. Sur La Théorie de l'Action*. Paris: Seuil, 1994;
- \_\_\_\_\_. *Elementos Para Uma Sociologia Del Campo Jurídico*. Tradução de Carlos Morales, Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre editores, 2000.
- Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5 edição, Coimbra: Almedina, 2002.
- Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.
- Giddens, Anthony. *A Terceira Via*. Tradução de Maria Luiza Borges, Rio de Janeiro: Record, 1999.
- Habermas, Jurgen. *Teoría de la acción Comunicativa I e II*. Tradução de Manuel Redondo, Madrid: Taurus, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Democracia. Entre Faticidade e Validade I e II*. Tradução de Flavio Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- Luhmann, Niklas. *Sociologia do Direito I e II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983-85.
- \_\_\_\_\_. *Legitimação Pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real, Brasília: UNB, 1980.

- 
- . “O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito”, in *Revista Sequência* 28, Florianópolis, pp.16-29, 1994.
- 
- . *Sistemas Sociales. Lineamentos Para Uma Teoría General*. Tradução de Silvia Pappe, México: Alianza Editorial, 1991.
- 
- . *Sociologia del Riesgo*. Tradução de Silvia Pappe, Guadalajara; Universidad Iberoamericana, 1991.
- Robles, Gergorio. *Sociologia del Derecho*. Madrid; Civitas, 1993.
- Rocha, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2ª versão. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- 
- . “Três Matrizes da Teoria Jurídica” in *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, 1999, pp.1321-136.
- 
- . (Organizador) *Paradoxos da Auto-Observação. Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.
- Rocha, Schwartz, Clam. *Introdução à Teoria do Sistema Aupoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- Schwartzenberg, Roger-Gérard. *Sociologia Política*. Tradução de Domingos Mascarenhas. Rio de Janeiro: Difel, 1979.
- Ost, François. *Le Temps du Droit*. Paris: Odile Jacob, 1999.
- Saussure, Ferdinand. *Cours de Linguistique General*. Geneve: Droz, 1984.
- Warat, Luis Alberto (colaboração de Leonel Severo Rocha). *O Direito e sua Linguagem*. Porto Alegre; SAFE, 1995.



## Hacia una nueva gramática constitucional. (Towards a new constitutional gramatic)

*Farit L. Rojas Tudela<sup>1</sup>*

**Resumen:** En el presente trabajo intento presentar una visión del nuevo constitucionalismo a partir de la concepción de la deconstrucción de Derrida y la Teoría de las cuerdas. Con el fin de analizar el fenómeno como un proceso de transformación incompleto e inacabado y, a partir de ahí, plantear nuevas maneras de interpretar el texto constitucional y el derecho mismo, especialmente para el caso boliviano.

**Palabras clave:** Bolivia, Procesos constituyentes, Interpretación de la Constitución, Deconstrucción, Teoría de las cuerdas.

**Abstract:** In the present essay, I will try to present a conception of new constitutionalism that parts from the deconstruction theory of Derrida and the String Theory. This with the object of analyzing this phenomenon as an incomplete and unfinished process of transformation of Law and, from there, be able to propose new ways in which interpret the constitutional text and Law itself, especially from the Bolivian perspective.

**Key-Words:** Bolivia, Constitutional process, Interpretation of the Constitution, Deconstruction, String Theory.

### 1. Un neoconstitucionalismo oscilante o de cuerdas

Los físicos al momento de tratar la constante expansión del universo, han apostado estos últimos años a la teoría de cuerdas, la cual señala que las partículas materiales aparentemente puntuales son en realidad estados vibracionales de un objeto extendido llamado *cuerda*. “Cada partícula contiene un filamento que vibra, oscila y baila como un elástico de goma infinitamente delgado que los físicos han denominado *cuerda*” (Greene, 2007:28). Esta *cuerda* no sólo puede moverse sino a la vez oscila, posibilitando comprender la posible expansión del universo.<sup>2</sup>

En un sentido similar, los postulados emergentes del proceso constituyente boliviano (2006-2009), y su resultado aún móvil, que denominamos nueva Constitución Política del Estado, se presentan como cuerdas oscilantes con la posibilidad de prever una expansión de

95

1 Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, dirección electrónica faritrojas@yahoo.com, recibido 15 de septiembre de 2011, aceptado 30 de marzo de 2012.

2 Sobre una introducción amena a la teoría de cuerdas véase Greene, Brian. 2007. *El Universo Elegante*. Colombia: Ed. Planeta-Crítica, Colección Drakontos.

un universo a un pluriverso<sup>3</sup> constitucional, un nuevo constitucionalismo, un constitucionalismo Otro. Este carácter oscilante evita pensar en una Constitución Política del Estado como punto de llegada del poder constituyente (ya sea trascendente o immanente), ni tampoco pensar en un poder constituyente que se hubiera integrado a la nueva Constitución.<sup>4</sup> El poder constituyente mantiene aún una relación viva y compleja, de exterior constitutivo, respecto al poder constituido o Constitución. La Constitución se desplaza entonces a ser un dinamismo productor de sentidos.

Por lo señalado consideramos que no nos encontramos, respecto a la Constitución boliviana, con una Constitución típica heredada de la tradición republicana y del Constitucionalismo continental, sino con una Constitución-acontecimiento que posibilita pensar en una *constante expansión constitucional*.<sup>5</sup> Esta fuerza (o conjunto de fuerzas) son externas en sí a la Constitución, e incluso a la teoría constitucional,<sup>6</sup> que más bien parece (o intenta) presentar una Constitución con postulados aparentemente puntuales.<sup>7</sup>

3 Anotamos el desplazamiento de un universo constitucional a un pluriverso constitucional resultado del carácter oscilante del neoconstitucionalismo boliviano.

4 Las teorías del poder constituyente generalmente han planteado su naturaleza de tres maneras: el poder constituyente como trascendente (Kelsen), el poder constituyente como immanente (Rawls) y el poder constituyente como integrado (Schmitt), para un mayor desarrollo de las mismas véase a Negri, Antonio. 1993. *El poder constituyente*. Madrid: Ed. Libertarias Prodhufi. En el caso boliviano el poder constituyente aún conserva su carácter de exterior constitutivo, de fuerza y reflujo externo que no es ni immanente ni integrado al nuevo texto constitucional, sino que es posible pensar en que el mismo puede producir variaciones en la comprensión del texto constitucional conforme sea convocado por una política constitucional a construir.

5 La misma cualidad de una Constitución de ser parte de una tradición heredada posibilita el despliegue en la lectura de estas herencias, dicho de otro modo, permite desplegar la multiplicidad de textos, traducciones y narrativas jurídicas que se encuentran detrás de cada artículo de una Constitución. Por otro lado, el carácter de texto-acontecimiento permite enriquecer aún más esta figura de lo múltiple detrás del texto constitucional.

6 No debemos olvidar que una teoría constitucional moderna cumple una función de estabilizar los contenidos de una Constitución. En lo que respecta a la nueva Constitución boliviana consideramos necesario pensar en un nuevo constitucionalismo oscilante. En consecuencia existe la emergencia de pensar en una nueva teoría constitucional que dé cuenta de esta expansión-diseminación del universo constitucional con el cual tendría que trabajar una política constitucional concreta.

7 La ambición de una teoría (mucho más si ésta es una teoría general) es posibilitar la lectura, comprensión y *praxis* estándar de una constitución. La teoría es una representación abstracta de la posible praxis. La teoría en tanto herramientas de interpretación es una invitación a la práctica de la misma.

El carácter oscilante de los postulados, aparentemente puntuales, permite pensarlos como una fuerza vibracional expansiva del conocimiento constitucional, que podemos encontrarlo en una institucionalidad nueva (Estado Plurinacional), una ética jurídica y política nueva (vivir bien), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural, democracia comunitaria, pluralismo político), nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, colectividades, pueblos indígenas originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas), descentramiento del sujeto de derechos (de seres humanos a seres vivos), y que son sólo un conjunto de pautas, de postulados en oscilación y con una fuerza vibracional, que muchas veces parecen no coincidir con otras partes de la Constitución en las que existe más un efecto centrípeto hacia un estado de cosas mucho más familiar a la teoría constitucional continental, y mucho más seguras de un significado final no cuestionable.<sup>8</sup>

Este carácter oscilante y vibracional del nuevo texto constitucional se refuerza aún más si tomamos en cuenta que un criterio de interpretación constitucional, establecido en la misma Constitución Política del Estado, es la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones (Parágrafo II del artículo 196 de la nCPE), dicho de otra manera el poder constituyente y sus registros en el proceso constituyente pueden tener un carácter definitivo al momento de comprender el carácter vibracional del nuevo texto constitucional en Bolivia.

Esta nueva Constitución permite pensar en un neoconstitucionalismo oscilante o de cuerdas, es decir, un nuevo entramado que interprete las nuevas posibilidades del Derecho.

---

8 La interpretación jurídica generalmente va a entender su objeto desde el punto de vista eminentemente jurídico, en consecuencia ante un concepto distinto, ante una categoría ajena tenderá generalmente a cercarla, a hacerla cognoscible pero sólo desde su discursividad. En este sentido la interpretación jurídica opera de manera muy similar a lo que Boaventura denomina razón metonímica: “que se reivindica como la única forma de racionalidad y, por consiguiente, no se dedica a descubrir otros tipos de racionalidad o, si lo hace, es sólo para convertirlas en materia prima” (de Sousa, 2006: 68).

## 2. El exterior constitutivo e indecibles constitucionales

Se entiende por exterior constitutivo a un conjunto de fuerzas vivas que están fuera del texto constitucional y que, sin embargo, se proyectan dentro del mismo, lo cercan, lo asedian, posibilitando nuevas lecturas de los contenidos de la CPE. El exterior constitutivo permite que la vibración del texto constitucional desautorice, reinterprete, deconstruya, teórica y prácticamente, los axiomas aparentemente totalizantes de la Constitución.

El exterior constitutivo da cuenta de que el Derecho está constituido, instituido, forjado, enmarcado, ratificado, enmendado por una serie de procesos históricos que pueden ser desplegados y que permitan una lectura múltiple. En consecuencia, el exterior constitutivo busca abrir al texto constitucional a una multiplicidad de posibilidades, desplazando la univocidad del mismo de manera flexible.

En consecuencia, el exterior constitutivo es en sí, la *dinámica deconstructora* del texto constitucional, pues es la pauta que invoca a múltiples lecturas, escrituras e interpretaciones posibles.

Inicialmente podemos señalar que este exterior se alimenta de una pluralidad de elementos estratégicos al momento de concebir la expansión del pluriverso constitucional. Estos elementos estratégicos son los *indecibles*, categoría mediante la cual nos referimos a aquellas pautas y postulados constitucionales que aparentan ser puntuales, tales como lo plurinacional comunitario, el vivir bien, los pluralismos (jurídico, económico, político, lingüístico, cultural e institucional), las autonomías (sobre todo, la indígena) y/o la descolonización (el indecible es múltiple y no puede ser sólo enumerado), y que, sin embargo, presentan una posibilidad amplia de interpretaciones.

Los *indecibles*, como su nombre lo señala, no pueden decirse, explicarse, desarrollarse en el marco del discurso jurídico y de la misma Constitución. Por ejemplo, una categoría como el “Bloque de Constitucionalidad” es una categoría decible/indecible, pues se encuentra explícitamente desarrollada en el artículo 410 de la misma Constitución. Por un lado, se puede buscar una serie de argumentaciones y referencias en la teoría constitucional contemporánea, por esta razón



tendría la cualidad de ser decible, pero a la vez la multiplicidad de posibilidades tanto en el texto como fuera de él (por ejemplo, su carácter de construcción doctrinal y jurisprudencial viva que se construye en los razonamientos de los Tribunales Constitucionales o Cortes Constitucionales),<sup>9</sup> permite comprender al Bloque de Constitucionalidad como algo indecible y en consecuencia abierto a un despliegue de múltiples interpretaciones que serán alimentadas por el debate sobre la interpretación al interior del Tribunal Constitucional Plurinacional. En tanto una categoría como *suma qamaña*<sup>10</sup> (principio ético moral de la sociedad plural boliviana, artículo 8 parágrafo I) es un *indecible/indecible*, pues no encuentra un desarrollo explícito en la misma Constitución ni en la teoría constitucional contemporánea (heredera de la tradición), abriendo la multiplicidad de interpretaciones desde los

---

9 El denominado Bloque de Constitucionalidad fue introducido en nuestro país por la actividad jurisprudencial del Tribunal Constitucional (pueden revisarse al efecto las sentencias constitucionales: 95/01, 21 de diciembre de 2001; 1662/2003 - R, 17 de noviembre de 2003; 0045/2006, 2 de junio de 2006), el cual tomó la experiencia de otros Tribunales o Cortes Constitucionales como la Colombiana, la Española y/o la Francesa (que la denominaba bloque de legalidad), Tribunales y Cortes que tomaron esta categoría de la doctrina. Entonces hay una densidad doctrinal e histórica en la conformación de esta categoría que permite justamente desplegar la noción de Bloque de Constitucionalidad y posibilitar una deconstrucción de esta categoría y en consecuencia de una parte del texto constitucional.

10 Cabe destacar que esta categoría está plasmada en el texto constitucional en aymará, abriendo de esta manera un pluralismo lingüístico muy rico en posibilidades. No sólo están presentes términos y categorías en aymará en la CPE, sino también principios éticos quechuas como Ama qhilla, Ama Llulla, Ama Suwa, Qhapaj ñan, y principios éticos en guaraní como Ñandereko, teko kavi, ivi maraei. Este pluralismo lingüístico se refleja también en un desplazamiento en el lenguaje de los derechos y la comprensión misma del Derecho. Por ejemplo, en árabe un término similar a derecho es *haqq*, que tiene el significado de inscribir o decretar, y también aquello que es debido a Dios o al hombre. En sánscrito clásico el término más próximo a derecho es *adhikara*: exigencia, para el hinduismo, esta exigencia va directamente relacionada al cumplimiento de una obligación previa o *dharma* y no es natural. En el pensamiento de la India tradicional el único camino que se reconoce es el que va de los deberes a los derechos, primero hay una responsabilidad con el otro, luego se puede exigir un derecho. Un hindú no puede comprender la posibilidad de un derecho sin el cumplimiento de un deber previo. En el caso de la cultura china no existe un concepto equivalente a *derecho*; lo mismo en la cultura japonesa, la ausencia de un término similar a *derecho* se debe a que el hecho de exigir y defender los propios derechos, abierta y públicamente no se considera virtuoso, ni siquiera decente en esa cultura. Entonces cada cultura habilita un lenguaje propio de comprensión hermenéutica de los derechos. En el caso del mundo indígena los derechos tienen una comprensión compleja, entendidos como un todo interconectado, una multidimensionalidad que deberá explorarse en las posibilidades abiertas de nuevos lenguajes de los derechos a partir del pluralismo jurídico, el pluralismo político, el pluralismo lingüístico y la pluralidad en general.

archivos del proceso constituyente hasta el hipertexto que supone el debate en la sociedad plural, tanto antes, al momento y después del proceso constituyente. Las categorías *indecibles*, entonces, son aquellas que, si bien de manera puntual organizan al texto constitucional (a la vez muchas de ellas son la columna vertebral de la nueva CPE), a la vez la misma Constitución no las desarrolla, o si los desarrolla, lo hace de manera expresamente confusa y no pueden encontrarse de manera definitiva en la discursividad jurídica contemporánea. La categoría *indecible* se abre a la querella de las interpretaciones y a las posibilidades de la deconstrucción como método, habilitando de esta manera múltiples lecturas políticas y múltiples definiciones aparentes.

Todo el proceso de construcción de la nueva institucionalidad del Estado, de los nuevos lenguajes del Derecho y de los derechos<sup>11</sup> y de las nuevas territorialidades se ven afectados justamente por este carácter de *indecibilidad* que se encuentra aparentemente inconcluso en el nuevo texto constitucional, y que es posible recuperarlos de manera plural y compleja a partir de estrategias de deconstrucción (es decir, habilitar, desplegar, múltiples lecturas y posiciones discursivas respecto a estos *indecibles*), que necesariamente nos remiten al exterior constitutivo que puede encontrarse en la tradición constitucional (tanto boliviana como continental), los archivos del constituyente y/o en las fuerzas vivas que aún emergen y se esconden en el proceso de poner en funcionamiento el nuevo texto constitucional a través de una política constitucional.

Esta posibilidad deconstructiva, de múltiples lecturas y posiciones discursivas al momento de comprender los *indecibles* de la nueva Constitución, habilitan la posibilidad de comprender una posible expansión en curso del universo constitucional, transformándolo en un pluriverso constitucional, en dinámicas y temporalidades distintas, con una fuerza nada despreciable, si, sobre todo, ponemos en juego caracteres complejos como lo plurinacional, el vivir bien y los

---

11 Tratamos de distinguir entre Derecho y derecho. La grafía de los mismos debe remitirnos a una diferencia. En el caso de Derecho nos referimos a los sistemas jurídicos, es decir, el sistema normativo, institucional y las posibilidades que ponen en juego. En el caso de derecho nos referimos a la facultad de todo ser humano de exigir a otros una prestación negativa de no hacer y/o una prestación positiva de hacer, en tanto obligación y/o deber.

pluralismos, que afectarán las comprensiones de la nueva institucionalidad y territorialidad estatal, hasta la misma comprensión del Estado.

El carácter deconstructivo de los indecibles no se refiere a una negación de la teoría constitucional contemporánea. En primer lugar porque la negación no es posible, aún la discursividad jurídica continental alimenta una buena parte de nuestra Constitución, y en segundo lugar porque lo que se pretende es en sí una transformación hacia un nuevo constitucionalismo de las emergencias, entendidas estas últimas (emergencias) como aquello que es posible y que se encuentra en potencia (en posibilidad), que desplaza el futuro del devenir hacia un presente que exige respuestas. Si bien el carácter programático de la Constitución se entiende en el desarrollo de los indecibles, éstos, a la vez, son los que precisan respuestas para poner en funcionamiento la nueva Constitución. En tanto estos indecibles se mantengan al margen, el nuevo Estado Plurinacional sustentado en el pluralismo, la descolonización, las autonomías y el vivir bien también se desplaza en su realización, en su performatividad.

Lo que está en juego con la deconstrucción del texto constitucional es en sí un juego de traducción, tanto en los saberes como en las prácticas jurídicas (Santos, 2010), tanto entre los *indecibles* como con la teoría jurídica continental, partiendo de la premisa que ninguna puede presentarse como totalidad, y que cualquier resultado de esta traducción intercultural tienda a habilitarse en un proceso de pluriversidad del constitucionalismo contemporáneo. Este neoconstitucionalismo oscilante debe permitir nuevas formas de pensar lo jurídico.

Es necesario que el carácter vibracional de los postulados de la nCPE nos permita tratar una porosidad del Derecho y de los derechos que permita a la vez construir nuevos entendimientos colectivos de transformación social.

### **3. Constitución-acontecimiento**

La concepción de una Constitución-acontecimiento hace referencia en sí a un principio epistemológico: la verdad de la Constitución radica en su posibilidad de acontecimiento único, que concierne en sí a la lógica

de fuerzas políticas vivas que trascienden a una interpretación dogmática, realizada a partir de otras fuentes de interpretación constitucional.

En tanto, Constitución-acontecimiento abre un horizonte acontecimental, es decir, distinto y nuevo respecto a la tradición constitucional moderna, pero que, a la vez, no niega a mencionada tradición, sino que la convoca como parte de los materiales en (y para la) interpretación. Dicho de otro modo desplaza su centralidad, descentra su influencia, pero no la elimina, sólo la relaciona a la fuerza del mismo acontecimiento.

La verdad es una producción histórica, en eso radica su multiplicidad, su inconsistencia. Ésta es una época de inconsistencia, para la cual una filosofía debe transformarse en una teoría consistente de la inconsistencia (Uzin, 2008:12).

La *verdad/acontecimiento* de la Constitución la sitúa necesariamente en el despliegue de varios entramados de fuerzas (multiplicidad), que si bien no lograron totalidad en el nuevo texto, si dejaron un conjunto de pautas (huellas) conservando su diferencia de multiplicidad para su realización futura. Es decir, es necesario reconocer la multiplicidad que genera el acontecimiento en busca de pluralizar las posibilidades de construcción, de posibilitar una consistencia de la inconsistencia a partir de una política constitucional.

Si la verdad es el resultado de un procedimiento acontecimental, su definición debe responder a un requisito primordial: es siempre la verdad de una situación, aquella donde el acontecimiento tiene su sitio (...) esto trae como consecuencia que: la verdad no es una designación exacta y acabada, no es una construcción guiada; ni dirigida por una estructura para la cual los nombres de esa verdad están a su disposición (Uzin, 2008:11).

Entonces, el carácter de Constitución-acontecimiento debe permitirnos tratar a la misma como un conjunto de materiales, de posi-

bilidades dispersas, múltiples, y que sólo cobrarán consistencia en la construcción de una política constitucional, una política legislativa (es decir, la reunión de todos los nombres de la verdad a su disposición).

Una Constitución-acontecimiento abre nuevas temporalidades, nuevas formas o maneras de representarnos las temporalidades, no sólo porque el Derecho sea en sí una forma o manera de temporalidad (y de temporalidades, de progresividad, de programaticidad y de despliegue), sino porque, en tanto acontecimiento, la Constitución abre una nueva lógica temporal de transición constitucional que deberá ser guiada por esta política constitucional.

Asimismo una Constitución-acontecimiento abre nuevas gramáticas, nuevas territorialidades de la palabra, no sólo porque el Derecho sea un tipo de geografía textual, sino porque, en tanto acontecimiento, la Constitución abre nuevas posibilidades de diseminación del texto, de rebalse del mismo en busca de una nueva gramática constitucional.

#### 4. Deconstrucción como método

Una constitución es un texto, a saber un *texere*, un entretejido, en consecuencia no es una colección de órdenes de cumplimiento inmediato, sino una combinación sugerente de posibilidades, de materiales. Cualquier discurso sea oral o escrito es un texto y atraviesa una serie de capas textuales. En este caso una constitución, como se dijo, es un texto, y no hay nada fuera de este texto, pues este mismo texto está afuera.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> La ilusión positivista ha tratado de encontrar en el texto la certeza y la univocidad del Derecho. Al decir que no hay nada fuera del texto no pretendemos reprisar esta ilusión positivista. Todo lo contrario, lo que pretendemos es mostrar que detrás de un término, de un significante se refugia otro término, es decir, otro significante. Conforme lo señalado por Derrida, por Lacan, por Foucault y otros, un significante convoca a una multitud de otros significantes, está la posibilidad de la deconstrucción. Advertir una densidad compleja detrás del lenguaje. Ya Heidegger insistía en “que el término griego *logos*, de donde proviene lógica (la ciencia del discurso o de la palabra), era un sustantivo formado a partir del verbo *legein*, que significa recoger o reunir una multiplicidad, y cuya raíz todavía pervive en el sustantivo español legión. *Logos*, en consecuencia, significa recolección o reunión. Y si Heidegger ponía en evidencia esta etimología, era para demostrar que la unidad de la cosa, la identidad del referente, sólo se obtiene gracias a su denominación, a la reunión de una multiplicidad de fragmentos dispersos o de trazos sin sentido: la palabra, una vez más, precede a las cosas o hechos, los crea o constitu-

El texto supone una serie de significaciones múltiples, capas sobre capas de textualidad. Cajas dentro de cajas, significantes dentro de significantes, esto nos puede dar una imagen de lo que es un texto.

Todo texto estaría estructurado, inferido, de capas sobre capas, pliegues sobre pliegues, hebras sobre hebras. De manera que leer un texto es siempre un despliegue, un abrir el texto a su multitextualidad.<sup>13</sup> Realizar este despliegue es lo que Derrida denomina deconstrucción.<sup>14</sup>

Esta multiplicidad textual es siempre anterior a todo texto (es decir, en tanto tejido lo está con base en otras textualidades), por ello Derrida señala “nunca hubo una primera vez, la primera vez era, ya, una segunda vez o una repetición” (Derrida en Scavino, 2007:37). La multiplicidad textual supone un lugar en el cual se inscriben lugares múltiples. Esta multiplicidad es imposible de determinar de manera final, es decir determinarlo ya de una vez y para siempre, pues lo múltiple se abre detrás de ella en devenir. Por ello es una singularidad radical, un despliegue que no es general ni universal, pero tampoco es particular, sino múltiple.

Entonces, el Derecho es deconstruible, pues está hecho como una cebolla, de capas de capas de capas.<sup>15</sup>

El Derecho es deconstruible porque justamente ha sido construido, y a la vez se construye constantemente.

---

ye. El hombre —agregaría Heidegger comentando a Hölderlin— habita el mundo a la manera de un poeta” (Scavino, 2007: 36). En consecuencia cuando nosotros señalamos, con Derrida y otros, que no hay nada fuera del texto convocamos a la multiplicidad y pluralidad.

13 Se ha dicho que la deconstrucción es un método exorbitante, expresión que sugerimos analizar con cierto detalle, pues la deconstrucción busca desplazar una órbita determinada de la univocidad y de la certeza. “La lectura deconstructiva transgrede la protección que brinda la lectura tradicional” (Derrida y Caputo, 2009:98).

14 En palabras de Derrida: “Cuando escogí esa palabra, o cuando ésta se me impuso, creo que fue en *De la Gramatología*, no pensaba que se le reconocería un papel tan central en el discurso que me interesaba entonces. Entre otras cosas deseaba traducir y adaptar a mi propio discurso las palabras heideggerianas *Destruktion Abbau*. Las dos significaban en este contexto una operación aplicada a la *estructura* o la *arquitectura* tradicional de los conceptos fundadores de la ontología o de la metafísica occidental. Pero en francés el término ‘destrucción’ implicaba demasiado visiblemente una aniquilación, una reducción negativa más próxima a la ‘demolición’ nietzscheana, quizá de la interpretación heideggeriana o del tipo de lectura que yo proponía. Por eso la aparté” (Derrida, 2001:19).

15 No hemos utilizado la idea de capas sobre capas porque podría interpretarse una especie de jerarquía por subsunción.

## Como señala Derrida en una conversación con Caputo:

Existe una historia de los sistemas legales, de los derechos, de las leyes, de las leyes positivas, y esta historia es una historia de la transformación de las leyes. Ésa es la razón por la cual están ahí. Es posible mejorar el derecho, se puede reemplazar una ley con otra. Existen constituciones e instituciones. Ésta es una historia, y una historia como tal puede deconstruirse. Cada vez que reemplazamos un sistema legal por otro, una ley por otra, o que mejoramos la ley, estamos realizando una suerte de deconstrucción, una crítica y una deconstrucción. Por lo tanto, el derecho como tal puede deconstruirse y debe deconstruirse. Ésa es la condición de historicidad, de revolución, de moralidad, de ética (...) Pero la justicia no es el derecho. La justicia es lo que nos da el impulso, el empuje, o el movimiento para mejorar la ley, es decir para deconstruir el derecho (Derrida y Caputo, 2009: 27-28).

Asimismo en una conferencia en Cardozo Law School, Derrida mencionó que:

el derecho es esencialmente desconstruible,<sup>16</sup> ya sea porque está fundado, construido sobre capas textuales interpretables y transformables (y esto es la historia del derecho, la posible y necesaria transformación, o en ocasiones la mejora del derecho), ya sea porque su último fundamento por definición no está fundado. Que el derecho sea desconstruible no es una desgracia (...) Pero la paradoja que me gustaría someter a discusión es la siguiente: es esta estructura desconstruible del derecho o, si ustedes prefieren, de la justicia como derecho, la que también asegura la posibilidad de la deconstrucción. La justicia en sí misma, si algo así existe fuera o más allá del derecho, no es desconstruible. Como no lo es la deconstrucción, si algo así existe. La deconstrucción es la justicia. Tal vez debido a que el derecho (que yo intentaría por tanto distinguir normalmente de la justicia) es construible en un sentido que desborda la oposición entre convención y naturaleza (o quizá en cuanto que desborda esa oposición), el derecho es construible, y por tanto desconstruible, y más aún, hace posible la deconstrucción” (Derrida, 1997:35).

---

<sup>16</sup> Deconstrucción o desconstrucción. La grafía del término depende del traductor del texto francés al castellano.

Deconstruir, entonces, no significa destruir, ni tampoco alisar, ni mucho menos ir en busca del verdadero significado o la verdadera intención del Derecho. La multiplicidad siempre se abre, y ello es para Derrida un golpe de suerte, porque siempre es posible mejorar el Derecho a partir de esta apertura a la Justicia.

Para Derrida, la justicia no es el Derecho. La justicia es aquello que pretende el Derecho, pero que a la vez es imposible. La justicia es imposible, y sólo puede sentirse en su ausencia, en su imposibilidad.<sup>17</sup>

Derrida califica a la justicia como una aporía, como algo de lo cual no puede haber experiencia.

La justicia sería, desde este punto de vista, la experiencia de aquello de lo que no se puede tener experiencia (...) pero creo que no hay justicia sin esta experiencia de aporía, por muy imposible que sea. La justicia es una experiencia de lo imposible. Una voluntad, un deseo, una exigencia de justicia cuya estructura no fuera una experiencia de la aporía, no tendría ninguna posibilidad de ser lo que es, a saber una justa apelación a la justicia (Derrida, 1997:38-39).

La justicia para Derrida es la condición de la deconstrucción del Derecho, pues la justicia no es decible, no es decidible, no es calculable.

La deconstrucción no busca la esencia de la justicia, el significado final de aquello que podría ser la Justicia, porque puede hacer del Derecho algo más..., ya sea de manera flexible, dúctil, porosa, pero ante todo este algo más... es internamente amigable, modificable, en sí mismo. Un intento de decidir, de decir lo que la justicia es, pero a la vez sin cerrar su decibilidad, sino más bien reafirmando su carácter de indecible.

---

17 La justicia como aporía supone la experiencia de una ausencia. La imposibilidad de dar un camino a la justicia mediante el Derecho positivo. Ésta es una posibilidad también de lectura deconstruccionista a partir de lo que el constituyente ha dejado abierto, es decir, a partir de aquellos indecibles que convocan a la justicia. Detrás de un indecible en consecuencia está lo abierto pero no lo dicho, pero no lo cerrado. Lo abierto es aquello que comienza a ras del texto, cuando un término convoca a algo que no puede ser respondido desde el mismo texto, entonces se invoca a lo abierto.



Lo que hace girar las ruedas del Derecho es la misma deconstrucción, es en sí el mismo carácter abierto y que convoca a la justicia.

Por lo señalado, al momento de tomar la deconstrucción como método, es preciso tomar las siguientes precauciones:

Primero: ir al texto mismo de la Constitución. Leerlo íntegramente, estar atento en cómo un término se convierte en categoría construida por la intertextualidad interna del texto constitucional. Cómo un artículo, un término, una categoría comienzan a ser invadidos, asediados, cercados, inscriptos por otros artículos, otros términos, otras categorías de la Constitución, es decir, cómo un texto se abre. Esta tarea debe posibilitar descentrar y abrir las categorías (los artículos, los términos) para abrir un horizonte más rico de posibilidades de interpretación. Entonces, una parte del despliegue deconstruccionista se abre (invoca a la justicia como lo abierto), es decir, la multiplicidad se configura en las posibilidades de interpretación siempre abiertas.

Pues la letra, por su estructura, es respetable, diseminadora, pública, incontenible, no está encadenada a cualquier sentido, definición, destino o contextos fijos. No sostiene que nuestro discurso no tenga sentido, que todo valga sino, por el contrario, que tiene demasiados sentidos por lo cual podemos fijar su sentido sólo de manera tentativa y en cierta medida (Derrida y Caputo, 2009:75).

Segundo: ir a aquello que está fuera del texto, pero que a la vez impacta en el mismo, es decir, convocar, invocar al exterior constitutivo. Inicialmente este exterior constitutivo se encuentra conformado por los archivos del proceso constituyente (Parágrafo II del artículo 196 de la CPE), en los cuales es posible advertir una multiplicidad de posibilidades que pueden jugar como *voluntad del constituyente*. Respetamos la idea de *documentos, actas y resoluciones* señalado en el Parágrafo II del artículo 196 de la CPE. Sin embargo, pluralizamos su comprensión, pues de esta manera el horizonte de posibilidades se enriquece aún más y las posibilidades de descentrar la comprensión unívoca de un término se abre a mayores posibilidades. Asimismo, este exte-

rior constitutivo se encuentra en la condición de despliegue del texto a partir de la formación de la tradición constitucional. Toda tradición se sumerge en la historia, es decir, toda tradición supone una colección de textos, de teorizaciones que pueden desplegarse en la lectura y análisis de la Constitución.

Tercero: la pluralidad en la interpretación constitucional no debe posibilitar el cierre, es decir, no debe tratarse de cerrar la interpretación hacia la interpretación final o correcta (en la exposición de Derrida, la justicia es lo abierto y no lo cerrado), sino todo lo contrario debe abrirla. En este sentido, no se trata de tomar una definición final de lo que concierne a un artículo o a una categoría constitucional, esta tarea la deberá realizar una política constitucional y no así un despliegue deconstruccionista. La falta, la ausencia de cierre es lo que posibilita pensar al Derecho y los derechos de manera múltiple, de manera dúctil, y es lo que permite pensar en una política constitucional futura, decidida por las posibilidades de lo performativo.

## 5. Porosidad del Derecho

La cualidad porosa del Derecho hace referencia a su carácter permeable y a su efecto dúctil. Su forma sería distinta o diferente de lo llano, de lo liso. Un derecho poroso no está ni completamente abierto ni completamente cerrado.

Pensar en un Derecho poroso es pensar en lo abierto, en su incompletitud y en el pluralismo.

Decimos que el Derecho es poroso en tanto está abierto, dispuesto, a aquello que está detrás o delante del Derecho, ya sea la fuerza de lo constituyente, la tradición histórica, la aporía de la justicia, la posibilidad y la decidibilidad de la política constitucional, pues ésta tendrá que tomar una decisión sobre la base de los materiales constitucionales abiertos.

El Derecho se abre, entonces, a ser invadido por la interpretación, por la decisión, por la deconstrucción: “la deconstrucción es la preparación para la llegada del otro, abierta y porosa al otro” (Derrida y Caputo, 2009:129). Este carácter de apertura es a la vez

su carácter de hospitalidad,<sup>18</sup> de potencia del invitado, de aquel que invade.

Debemos prestar atención al detalle de lo abierto, pues hay algo que convoca a lo abierto, este algo *es* y en consecuencia convoca porque justamente *es*. Lo abierto no *es*, pero es posible, existe posibilidad de que *sea*. Esto que *es* debe ser a la vez poroso, debe permitir los poros, los vacíos que permiten lo abierto.

Existe una brecha o distancia necesaria, estructural entre el derecho y la justicia y la deconstrucción se sitúa allí, en ese espacio o intervalo, en el abismo (...) cuidando las flores de la justicia que crecen en las grietas del derecho (Derrida y Caputo, 2009:156).

Decimos, por otra parte, que el Derecho es incompleto, en tanto es poroso, es decir, invita a una posible completitud, a una posibilidad en devenir. Tanto su posibilidad de performatividad en el (y al) caso concreto, tanto a su desarrollo en una política que decidirá lo que este Derecho es. Su condición de incompletitud es la posibilidad de su mejora, la posibilidad de su reforma, de su desarrollo, de su necesidad de políticas públicas, de posibilidades de performatividad, de realización, de interpretación. Pero tampoco esto supone que el Derecho se complementa alguna vez y de manera definitiva, esto sería posible sólo a partir del cierre del Derecho, de la eliminación de su condición de porosidad. En el positivismo este cierre trató de ser el de un solo legislador, un solo productor de sentido, un solo intérprete del Derecho, es decir, el monismo jurídico ha sido el mayor intento de cerrar el Derecho.<sup>19</sup>

---

18 La palabra hospitalidad deriva del latín *hostis* (extraño) y *pets, potis, potes* (potencia), en consecuencia la hospitalidad es la potencia del extraño, la fuerza de la alteridad (en tanto *alter* hace referencia al otro). La hospitalidad plena es otra aporía, pero en tanto aporía la búsqueda de su realización es la tensión que posibilita la interculturalidad, el pluralismo y el devenir del Derecho mismo.

19 Es interesante que haya sido el positivismo de inspiración kelseniana quien ha tratado de señalar que lo justo es la realización misma de la ley. Pero una realización en lo posible lejos de cualquier interpretación.

El carácter de pluralismo es algo más que permite pensar en esta porosidad y llevarla a la práctica. Pues el pluralismo supone la existencia de más de un productor del Derecho, más de un intérprete del Derecho, más de una comprensión del mismo.<sup>20</sup>

### El pluralismo:

no concibe los distintos ordenamientos jurídicos como entidades separadas que pueden llegar tocarse en algunos puntos de influencia, buscando mantener su identidad propia. Por el contrario, sostiene que existen relaciones de intersección, mezcla e interrelación entre los distintos sistemas jurídicos presentes en un espacio social determinado (...) los derechos se mezclarían unos con otros, existirían préstamos y transposiciones entre sus elementos simbólicos y materiales (...) la comunicación y la constitución mutua de los distintos ordenamientos jurídicos serían sus principales elementos (...) Los derechos no presentarían fronteras siempre franqueables. No serían unidades cerradas, independientes y aisladas, sino que sus límites serían porosos, nunca plenamente abiertos, pero tampoco totalmente cerrados. Su paradigma ya no es la costumbre o el derecho consuetudinario; su principal manifestación es el estándar (Ariza y Bonilla, en Engle Merry *et al.*, 2007: 53-54).

---

20 Por monismo jurídico entendemos a un solo productor soberano del Derecho, así como un solo sistema jurídico. El monismo, en consecuencia, es el reflejo de una postura central del poder, que deposita la soberanía en el Estado, tanto como único productor y dador de normas, tanto como un administrador de justicia. Es, en consecuencia, una manera de concebir el poder. Por pluralismo jurídico entendemos una pluralidad de soberanos, así como pluralidad y variedad de sistemas jurídicos. El pluralismo, en consecuencia, es el reflejo de una postura que disemina el poder, éste ya no está aquí o allá, sino que se multiplica, se desplaza, haciendo mucho más complejo el entendimiento de la soberanía, pues ésta, en todo caso, sería una construcción colectiva que supondría a la vez múltiples espacios de construcción de la norma, múltiples sistemas jurídicos, y a la vez otros espacios de administración de justicia, incluso un descentramiento del sujeto de derecho como veremos más adelante. Ya no es el Estado en su centralidad, sino una pluralidad en movimiento. La diferencia entre monismo y pluralismo, entonces, no es sólo una diferencia cuantitativa de sistemas jurídicos, sino en el fondo es una diferencia/desplazamiento en toda la lógica del constitucionalismo moderno. Consideramos que este nuevo constitucionalismo es distinto de las exposiciones del neoconstitucionalismo que pretende fundar el profesor Miguel Carbonell, sino que es posible afirmar que estamos delante de un Constitucionalismo Otro, cuyo adjetivo “Otro” hace tanto referencia a un adjetivo como a la construcción de un sujeto diferente.

Para comprender la dimensión de lo que pone en juego este tipo de pluralismo analicemos a continuación algunas aclaraciones e implicancias del mismo.<sup>21</sup>

Primero: *no se debe concebir los ordenamientos jurídicos como entidades separadas ni independientes*. Esto supone que entre los ordenamientos jurídicos se genera una compleja interrelación, no existiría independencia de uno sobre otro, sino un criterio de interlegalidad, de mutuo enriquecimiento, de interdependencia. Ésta es una característica de la incompletitud del Derecho.

Segundo: *existen relaciones de intersección, mezcla e interrelación entre los distintos sistemas jurídicos*, ninguno se mantendría “puro” sino se transformarían de manera conjunta.

Tercero: *sus elementos principales serían la comunicación y la constitución mutua de los distintos ordenamientos jurídicos*, esto supone trabajar en estos elementos principales, que en materia jurídica serían los principios jurídicos, y que a la vez deban plasmarse en normativa performativa que dé nacimiento a esta interlegalidad.

Cuarto: *órdenes jurídicos sin fronteras*, es decir, sin la explicitación de un deslinde, sino en constante interrelación y en constante construcción de interlegalidad.

Quinto: *órdenes jurídicos porosos*, es decir, con una complejidad de no estar ni totalmente abiertos ni totalmente cerrados.

Sexto: *su paradigma ya no es la costumbre o el derecho consuetudinario; su principal manifestación es el estándar*, esto significa que no se hablaría ya de muchos Derechos, o muchos órdenes jurídicos, sino de un solo Derecho poroso y a la vez dúctil, y en consecuencia de un solo orden jurídico plural, abierto y en constante construcción, en consonancia con lo señalado con los artículos 1, 9, 30, 98, 179 del texto de la Constitución.

Una de las primeras consecuencias de tomar como eje paradigmático un Pluralismo Jurídico y un Derecho poroso, supone ingre-

---

21 Para una mayor comprensión del Pluralismo Jurídico y sus posibilidades deconstructivas véase Rodríguez, Rojas, *et al.*, 2011. *Pensar este tiempo: Pluralismo Jurídico*. La Paz – Bolivia: Ed. Konrad Adenauer – UCB. Este trabajo constituye una de las primeras entregas del trabajo sobre la Enciclopedia Jurídico Constitucional que lleva a cabo la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCB.

sar a repensar un Derecho posnacional, en el que el reconocimiento de la existencia de comunidades interculturales, afrobolivianas, pueblos y naciones indígenas originario, campesinos, debe llevarnos a reflexionar en *lo que se encuentra en juego* después del fin del paradigma Estado-nación; es decir, emprender una reflexión posnacional que supone dejar sin efecto la concepción de que el Estado sea la única fuente de Derecho, y encontrar en el Estado una síntesis de las correlaciones de fuerzas vivas de una compleja sociedad plural que reconstruye el Estado. En este sentido, el Estado existe en sí, como pacto y principio del Derecho en devenir, y no como monopolio de la violencia jurídica monolítica, ni del establecimiento de la verdad del Derecho, elemento que juega de manera fundamental a momento de conceptualizar el lenguaje de los derechos, deberes y garantías.

Una segunda consecuencia del Pluralismo Jurídico Poscolonial y Posnacional, pasa por comprender que las divisiones de Derecho Público y Derecho Privado quedarían en algunos momentos constitutivos (momentos de constitución de interfase e interlegalidad), necesariamente en suspenso. Entendamos que el Derecho Público ha sido comprendido como el conjunto de normas que subordinan la voluntad individual; y el Derecho Privado como el conjunto de normas que coordinan las voluntades individuales, en ambos casos el Derecho tiene como garantía de performatividad (de subordinar o coordinar) la fuerza y el monopolio de violencia legal en el Estado. En este caso de construcción colectiva del Derecho, a momento de dejar en suspenso la concepción monolítica del Estado, es necesario suspender la división clásica del Derecho en materias, y en consecuencia generar la imposibilidad de pensar, dentro de un Pluralismo Jurídico, en una supresión de materias, pues el solo hecho de pensar en materias supone una definición de las mismas por parte del Estado, o por la preconfiguración de un poder (que puede expresarse en el saber jurídico),<sup>22</sup> por ello afirmamos que el Pluralismo Jurídico y la cualidad porosa del Derecho es

---

22 Tomamos aquí la reflexión de Foucault que se resume en inteligir, percibir que detrás de un saber existe la necesaria correlación de un ejercicio de poder, que saber y poder se precisan mutuamente, que la prórroga de un ejercicio de poder sólo puede lograrse si a la vez se pone en funcionamiento un determinado saber. En este sentido es necesario reflexionar que una de las condiciones fundantes del Derecho en su *praxis* académica (de discurso, de disciplina, de saber) supone a la vez el ejercicio de poder.

a la vez posnacional, y posacademicista, es decir, supone en su construcción la interrelación y transcritica de los saberes, entendiendo la noción de transcritica como el proceso de conocimiento entre matrices culturales y civilizatorias y la utilización de ese conocimiento para autocriticarse y reformar la organización y la vida política, jurídica, económica y social de las referidas matrices culturales y civilizatorias.

Una tercera consecuencia del Pluralismo Jurídico y la cualidad porosa del Derecho supone comprender una nueva concepción del Derecho y, en consecuencia, de sus instrumentos con los que interactúa, no puede pensarse más en que los derechos humanos, la Constitución, las leyes y otros órdenes jurídicos, que son los que jerárquicamente conciben al Pluralismo Jurídico, sino que debe pensarse en ellos como parte de la Construcción de una Política Constitucional, debe verse en ellos el carácter de ductilidad y transitoriedad a nueva forma de Derecho en devenir. En consecuencia, el Pluralismo Jurídico supone la posibilidad de intersección, mezcla e interrelación de los órdenes jurídicos que darán nacimiento a una nueva forma de comprender el Derecho y los derechos, por y en la dinámica de la sociedad plural y compleja. Esto significa dejar en suspenso la jerarquía normativa que se traduce en la pirámide jurídica.

Entonces, estas tres consecuencias nos llevan a plantear, primero, una transitoriedad del sistema jurídico boliviano, de sus instrumentos (Constitución, leyes), sus instituciones, su base económica y su modo de producción de la realidad, afectado y enriquecido por esta síntesis de fuerzas saberes y *praxis* política, que supone una refinada comprensión epistemológica del Derecho. Y, a la vez, la posibilidad de que la Justicia, y el Derecho en sí puedan salir de la esfera monolítica estatal, no sólo abandonándola, sino que reconstruyendo el Estado, repensando el Estado.

Esta cualidad de porosidad, ya sea por su carácter de abierto, de incompleto y de pluralismo jurídico, permite pensar al Derecho como algo dúctil.

Zagrebelsky utiliza el término italiano *mite*, que es traducido al castellano como dúctil, sin embargo la traductora del texto de Zagrebelsky al castellano anota lo siguiente:

en italiano el calificativo *mite* se predica de aquello que es manso, tranquilo, apacible. Se ofrecen por ello varias posibilidades de traducción, entre las que se encuentra además de las citadas, las de sosegado, dulce, calmoso, comprensivo. He escogido sin embargo el término ductilidad para traducir el original italiano *mitezza*, dúctil, en la lengua castellana, además de su significado original se utiliza en su sentido figurado para indicar que algo o alguien es acomodadizo, dócil, condescendiente (Zagrebel'sky, 2009: 19).

Esta posibilidad de dúctil, de docilidad, de acomodadizo trastorna el carácter de solidez del Derecho, de piedra fundamental en busca de una posibilidad de pensar el Derecho como posibilidad, como algo amigable, tranquilo, apacible. Esto supone una transformación radical del Derecho, es decir, un desplazamiento de ser un vehículo de poder a convertirse en una posibilidad abierta a la justicia a partir de la creación de una Política Constitucional.

## 6. Política constitucional

La justicia es indecible, y es ella la que posibilita la deconstrucción misma del Derecho. Sin embargo, apremia desde su indecibilidad la necesidad de su decidibilidad, es decir, de la decisión del Derecho, pues la justicia asedia, busca su realización. “Sin importar cuán difícil, imposible de programar, imposible de decidir sea la situación, la justicia no espera; se exige aquí y ahora en la situación particular” (Derrida y Caputo, 2009:163).

No hay posibilidad de la justicia sin el Derecho. El Derecho sería la única condición de posibilidad de la justicia, de deseo de justicia, de promesa de justicia, aunque la misma sea en sí misma imposible de realizar. Es entonces una urgencia de la justicia la que precisa que el Derecho sea.

Si hasta ahora hemos dicho que el Derecho, desde su condición de porosidad se abre y se encuentra incompleto, y que a la vez su completitud es imposible, estamos convocados por la urgencia de justicia a decir y decidir lo que es el Derecho. Lógicamente ésta es una tarea difícil y compleja. Pero lo sería mucho más si no existieran posibilidades de decidir. Si el Derecho fuera una orden performati-



va de cálculo sólo se precisaría un computador y una relación causa efecto aplicable. Pero al momento de decidir lo que el Derecho es nos miramos cara a cara con la indecidibilidad, “la mira literalmente a los ojos, mira ese abismo y luego hace el salto, es decir, se rinde a la decisión imposible” (Derrida y Caputo, 2009:162). La decisión, es entonces, una condición del caso concreto. Ésta es una decisión política, a esto es a lo que denominamos política constitucional a la decisión respecto a lo que el Derecho *es*, en esa circunstancia, en ese acontecimiento, pues toda decisión política es decisión acontecimiento.

No corresponde a la academia la decisión política, aunque la misma asedia a la decisión, le recuerda que es una posibilidad. Recuerda a la política su condición indecidibilidad y su necesidad de decisión. La decisión política corresponde a otros espacios que llevan la performatividad del Derecho.

En este sentido oponemos a Estado de Derecho esta nueva concepción de política constitucional.<sup>23</sup>

Entendemos por Estado de Derecho al Imperio del Derecho (el sometimiento de gobernantes y gobernados a la Constitución y las leyes), pero básicamente sobre la precomprensión de lo que el Derecho es.<sup>24</sup> La categoría Estado de Derecho supone la del principio de

23 La novedad es relativa, pues detrás de todo texto se despliega la historia misma del Derecho y de su decidibilidad. Ya Kelsen señalaba lo siguiente: “Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esa actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las distintas maneras de llenarlo. La interpretación de la norma no conduce, pues necesariamente a una solución única que sería la exclusivamente justa” (Kelsen, 2000:131). Lo que se pretende con la política constitucional es radicalizar la intuición de Kelsen, para pluralizar el marco constituido por la norma, un marco que no estaría del todo constituida y en consecuencia abierta a las posibilidades del texto y su deconstrucción.

24 La doctrina jurídica distingue distintos sentidos del término *Estado de Derecho*. En primer lugar tenemos el sentido débil o formal de *Estado de Derecho* en el cual los poderes públicos están conferidos por el ordenamiento jurídico (Constitución y leyes), y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos (leyes y decretos supremos). Los contenidos de estas formas están ausentes, es decir, las normas pueden poseer cualquier contenido, sin embargo es preciso que el Estado tenga el monopolio de la producción jurídica mediante un sistema unitario y formalizado. En segundo lugar se tiene el sentido fuerte o sustancial de *Estado de Derecho* el cual no sólo se caracteriza por las formas (sentido débil) sino por los contenidos, entonces el *Estado de Derecho* es aquel orden jurídico-político en el que los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales expresados en la Constitución Política del Estado, como ser los principios de legalidad, justicia, equidad, división de poderes, resguardo de derechos fundamentales, etc. Este sentido

legalidad como norma de reconocimiento del Derecho existente, en este sentido el Derecho estaría plenamente determinado y decidido en la norma de Derecho, sin aceptar, más allá de los criterios de interpretación convencional, ninguna posibilidad porosa del Derecho.

En contraste lo que denominamos política constitucional es la posibilidad de abrir la comprensión a lo que el Derecho es a la porosidad, incompletitud y pluralismo del Derecho, para posibilitar de esta manera la deconstrucción del texto constitucional. El Derecho en consecuencia se vuelve inconsistente, se descentra y entonces la multiplicidad de lo que el Derecho es posibilita la construcción de una política constitucional y una consonante política legislativa.

Si valoramos en su conjunto la reflexión crítica respecto al texto constitucional boliviano, no podemos dejar de notar que muchos de los términos y conceptos empleados son básicamente los mismos de otro tiempo, que han sido heredados por la tradición constitucional moderna.<sup>25</sup> Ahora bien, éstos ya no producen significados unívocos y

---

corresponde a lo que se ha venido a denominar *Estado Constitucional de Derecho*. En esta presentación del *Estado de Derecho* las leyes y el ordenamiento jurídico tienen que tener coherencia con el espíritu de la Constitución Política del Estado, coherencia con la virtud immanente (interna y con un dinamismo estructurante) de sus contenidos establecidos. En el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución no sólo regula la producción jurídica a partir del principio de legalidad sino que impone prohibiciones y obligaciones de contenido en las leyes y demás ordenamiento jurídico correlativas a los derechos de libertad y a los derechos sociales y colectivos, estos tratados como contenidos determinados ya en la norma. De estas obligaciones se desprende el denominado Estado Social (y Constitucional) de Derecho que supone que el Estado cumple un papel fundamental en la provisión de derechos sociales como educación, salud y, en algunos casos, renta básica. Este modelo puede extenderse hasta el Estado de Bienestar de corte europeo. En tercer lugar se tiene el sentido virtual de Estado de Derecho, que se podría resumir en la existencia de una Constitución sin Estado debido a la pérdida (o transformación desterritorializadora) de soberanía en los Estados, es decir, las fuentes del Derecho se encontrarían fuera del Estado y asumirían formas y contenidos nuevos resultado de la integración económica y política, es el caso del Constitucionalismo Europeo (la aprobación en Niza el 7 de diciembre de 2000 de una Carta Europea de Derechos Fundamentales y los proyectos de una Constitución Europea) y el naciente constitucionalismo internacional que busca una nueva transformación para extender derechos sociales a nivel mundial. Finalmente se tienen las teorías del Estado Cultural de Derecho planteadas por Peter Häberle, en la cual la cultura en el cumplimiento de la norma es fundamental. Para una mayor referencia véase el texto de Ferrajoli “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel. 2005. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid-España: Ed. Trotta; asimismo la compilación realizada por Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez. 2009. *Estado de Derecho: Dilemas para América Latina*. Lima-Perú: Ed. Palestra.

25 Se entiende por tradición constitucional a la historia constitucional de cada Estado. En el

estables como se ha mencionado anteriormente. El mismo texto constitucional ha erosionado y diseminado el principio unitario del Derecho y del Estado de Derecho por el carácter oscilante anotado.

Como menciona Zagrebelsky:

las categorías del derecho constitucional, para poder servir como criterio de acción o de juicio para la praxis, deben encontrar una combinación ya que no deriva del dato indiscutible de un “centro” de ordenación. Por usar una imagen, el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales(Zagrebelsky, 2009:13).

Los materiales constitucionales a los que se refiere Zagrebelsky, en la cita anterior, son en sí la Constitución misma, y en consecuencia la posibilidad abierta de no ver en la Constitución un texto unitario, sino múltiples materiales que funcionan como un mapa de navegación de las condiciones de posibilidad para pensar el descentramiento.

En tanto el Derecho se descentra, se deconstruye, la política constitucional pretende hacer consistente lo inconsistente estableciendo desde una pluralidad más rica en contenidos lo que el Derecho es en tanto política constitucional y política legislativa. Entonces se libera al Derecho y se construye una política sobre un marco mucho más amplio y rico de posibilidades para la performatividad jurídica. Pero esta performatividad, esta política constitucional y legislativa es también deconstruible por la incommensurabilidad del Derecho abierto a la justicia.

Entonces de lo que trata la política constitucional y legislativa es la de reinventar constantemente el Derecho de manera dúctil, referida a esta posibilidad de amabilidad del Derecho. Entonces a la política constitucional le corresponde la posibilidad de decir, de hacer el Derecho, pues en lo que respecta a una política no se trata de que el Derecho se oponga a la Justicia sino que se entrecrucen.

---

caso boliviano, la tradición constitucional boliviana se encuentra sumamente influida por la tradición europea o continental del Derecho Constitucional, por ello es posible hablar de una herencia de la tradición constitucional moderna.

## 7. Transición constitucional: la gramática de la imagen movimiento constitucional

La distancia que hoy podemos tener del proceso constituyente (2006-2009) nos permite apreciar, con mayor claridad, la fuerza e inmanencia de este exterior constitutivo, cuando tratamos de comprender lo establecido en el nuevo texto constitucional a partir de la revisión de sus procesos de acumulación y sedimentación política, las propuestas de la sociedad civil, las actas e informes de los constituyentes, así como los dos proyectos aprobados, el primero en Chuquisaca, y el segundo en Oruro, antes de las transformaciones y adecuaciones que se realizarían en septiembre de 2008, en Cochabamba, y en el mes de octubre del mismo año, en el ya extinto Congreso de la República, como parte de pactos y acuerdos de viabilidad momentánea del curso político.

Este exterior constitutivo al que hacemos referencia se configuró como un flujo de fuerzas que se situaron fuera de la Asamblea Constituyente, generando una nueva gramática política escrita de múltiples maneras (múltiples tramas discursivas y narrativas), y que cuajan, una buena parte de ellas, en la manera en la que se van desarrollando las distintas versiones del nuevo texto constitucional.

Este exterior constitutivo ha generado una heterogeneidad de tramas discursivas, todas ellas en lucha contra la trama dominante, la cual refleja el orden republicano, colonial, liberal y a la vez práctico, pues se articula en el conjunto de instituciones y saberes que se prorrogan por una parte de la academia jurídica, el *habitus* de los agentes que trabajan en el Estado y en el Derecho en sí, y por el entramado institucional estatal aún en pie y que expresa su carácter utilitario en la gestión y conservación del poder.

Las otras tramas discursivas, que hemos caracterizado como heterogéneas, se expresan en las gramáticas políticas y sus posibilidades deconstructivas, que también se encuentran en el texto constitucional. Las posibilidades de interrelación (no de negación o absorción) entre las tramas heterogéneas y la trama dominante republicana y liberal, genera una articulación explosiva y deconstruccionista que posibilita pensar en un nuevo Derecho, y en nuevas formas de comprender los

derechos, los deberes y las garantías constitucionales en un canon de interculturalidad compleja.

Desde la lógica de las tramas heterogéneas que se encuentran en la Constitución, es posible afirmar que el nuevo texto constitucional se presenta como uno de los más avanzados en el continente, pues el mismo *permite contar con una herramienta de deconstrucción del Derecho y en consecuencia del Estado*.

Entendemos inicialmente esta herramienta de deconstrucción que se encuentra en la nCPE como la posibilidad de tejer y destejer una serie de posibilidades de lecturas, de epistemología del Derecho, de lenguajes del Derecho y de los derechos, y de formas de las instituciones estatales que se relacionan con ambos. Dicho de otra manera el mismo texto constitucional se deconstruye a sí mismo, relativizando incluso los caracteres más imperativos del mismo Derecho.

La lectura deconstruccionista, como herramienta metodológica, es en sí una dinámica, una imagen-movimiento, es decir, no concibe su objeto de estudio como una lógica estática de identidad, sino concibe su objeto como un proceso que avanza, contamina, se resignifica constantemente en el curso y la implicancia de su lectura. Invita a leer la CPE como una imagen movimiento,<sup>26</sup> que nos plantea el dilema de la diferencia entre la cosa en sí (la CPE) y la percepción de la cosa en movimiento (el movimiento por ejemplo del Pluralismo Jurídico, o de las autonomías). La imagen es lo que actúa en las otras imágenes. Utilicemos una metáfora: el film. En él una imagen es seguida de varias otras, que a la vez modifican la percepción de las primeras imágenes. La Constitución presenta una serie de imágenes del Derecho, y a la vez genera una determinada manera de comprender el Derecho, pero el movimiento que supone el desarrollo en la práctica de estas imágenes va cambiando la comprensión que en sí se tiene de la Constitución. Es el caso del Pluralismo Jurídico; es muy posible que la manera en la cual se comprendían los derechos y las instituciones estatales cambie por la aplicación de este paradigma, y no sólo en su vertiente jurídica sino en las distintas cualidades de pluralismos, como por ejemplo el

---

26 Aquí tomamos una parte de las nociones del filósofo francés Gilles Deleuze, en lo que respecta a sus estudios de cine.

político, el lingüístico, el institucional, el económico, etcétera, que le son co-constitutivos.

En consecuencia, el pluralismo, la porosidad, la incompletitud del texto, son dinamos que permiten comprender el movimiento del Estado, y a la vez el movimiento del Derecho, y entender a este Derecho como una imagen en movimiento, en transición. Si el texto constitucional en sí, por sí solo, tiende a deconstruirse en este movimiento de imagen movimiento, estamos delante de una Constitución en transición, y en consecuencia con un Derecho en transición, un Estado en transición.

La transición es en sí el devenir mismo del Derecho. Una posibilidad abierta a la justicia. Un golpe de suerte que genera herramientas para pensar en la justicia a partir del Derecho. Un invocar la justicia para que la misma no se mantenga extraña al Derecho.

## 8. Bibliografía

- Carbonell, Miguel. 2005. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid-España: Ed. Trotta
- Carbonell, Miguel; Vásquez, Rodolfo. 2009. *Estado de Derecho: Dilemas para América Latina*. Lima-Perú: Ed. Palestra.
- Derrida, Jacques; Caputo, John. 2009. *La deconstrucción en una cáscara de nuez*. Buenos Aires-Argentina: Ed. Prometeo.
- Derrida, Jacques. 1997. *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*. Madrid-España: Ed. Tecnos.
- \_\_\_\_\_. 2009. *Otobiografías. La enseñanza de Nietzsche y la política del nombre propio*. Buenos Aires-Argentina: Ed. Amorrortu.
- \_\_\_\_\_. 1992. *El Otro cabo. La democracia, para otro día*. Barcelona-España: Ed. Del Serbal.
- \_\_\_\_\_. 2002. *Posiciones*. Madrid-España: Ed. Biblioteca de Filosofía. Editora Nacional Madrid.
- Engle Merry, et. al., 2007. *Pluralismo Jurídico*. Bogotá-Colombia: Ed. Siglo del hombre editores.
- Foucault, Michel. 2003. *La verdad y las formas jurídicas*. España: Ed. GEDISA.

- Greene, Brian. 2007. *El universo elegante*. Colombia: Ed. Planeta-Crítica, Colección Drakontos.
- Kelsen, Hans. 2000. *La teoría pura del Derecho*. Buenos Aires-Argentina: Ed. Eudeba.
- Negri, Antonio. 1993. *El poder constituyente*. Madrid: Ed. Libertarias Prodhufi.
- Rodríguez, Eduardo; Rojas, Farit; et. al.. 2011. *Pensar este tiempo: Pluralismo Jurídico*. La Paz-Bolivia: Ed. Konrad Adenauer-Universidad Católica Boliviana “San Pablo”.
- Rojas, Farit. 2010. *Derechos, deberes y garantías*. La Paz-Bolivia: Ed. Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia.
- Santos, Boaventura de Sousa. 2010. *Sociología jurídica crítica*. Madrid-España: Ed. Trotta.
- . 2010. *Refundación del Estado en América Latina*. La Paz-Bolivia: Ed. Plural.
- . 2006. *Conocer desde el Sur*. Lima-Perú: Ed. Universidad Mayor de San Marcos-CEPREDIM.
- Scavino, Dardo. 2007. *La filosofía actual*. Buenos Aires-Argentina: Ed. Paidós.
- Uzin Olleros, Angelina. 2008. *Introducción al pensamiento de Alain Badiou*. Buenos Aires-Argentina: Ed. Imago Mundi.
- Zagrebelsky, Gustavo. 2009. *El derecho dúctil*. Madrid-España: Ed. Trotta.





## La estructura circular del sistema jurídico y la comprensión de las normas como acuerdo de sentido. (The Circular Structure of the Legal System and the Comprehension of norms as an agreement of sense)

*Efrén Vázquez Esquivel<sup>1</sup>*

**Resumen:** El presente trabajo tiene como objetivo analizar las vías y posibilidades de una interpretación, hermenéuticamente orientada de las normas jurídicas, como una vía adecuada para comprenderlas y aplicarlas correctamente. Para ello, el autor se basa en las aportaciones de W. Dilthey y de M. Heidegger, en cuanto al concepto de círculo hermenéutico, interpretación y comprensión en las ciencias del espíritu. Aplicándolos a la interpretación jurídica.

**Palabras clave:** Interpretación jurídica, Hermenéutica, Comprensión, Normas Jurídicas, Derecho.

**Abstract:** The present essay has the main objective of analyzing the ways and possibilities of a hermeneutically oriented interpretation of legal norms, as an adequate manner of comprehending and applying them correctly. For this purpose, I will base this works on W. Dilthey's and M. Heidegger's contributions in reference of the hermeneutical circle, the interpretation and comprehension to the science of the spirit. Applying them to the interpretation of legal norms.

**Key-words:** Legal interpretation, Hermeneutics, Comprehension, Legal Norms, Law.

**Sumario:** Introducción; 1. Los tres momentos en que se realiza la comprensión: la formación antes que el método. 2. El fenómeno de la comprensión: ¿hay que aferrarse a lo que se dijo o a lo que se quiso decir? 3. La comprensión del sentido de las normas jurídicas como un constante proyectar. 4. La manera como deciden los jueces y la paralización del círculo hermenéutico. 5. La estructura circular del sistema jurídico y la comprensión de las normas jurídicas como acuerdo de sentido. 6. La estructura dialógica del proceso judicial tiene como función esencial el acuerdo de sentido

### 1. Los tres momentos en que se realiza la comprensión: la formación antes que el método

123

La comprensión comporta una relación circular que va del “todo” a las “partes” y de las “partes” al “todo”. A esta relación que resulta imprescindible para la búsqueda de sentido en el proceso de interpretación, se le

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León, profesor de Filosofía del Derecho en esta misma Universidad en la cual fue creador, en 2001, de la asignatura “Interpretación y argumentación jurídica”, dirección electrónica efrén23@hotmail.com, recibido 17 de diciembre de 2010, aceptado 20 de febrero 2012.

atribuye el nombre de “círculo hermenéutico”.<sup>2</sup> El círculo hermenéutico no es una invención de Heidegger ni de Gadamer, ni de ningún otro de los grandes pensadores que en los dos últimos siglos han contribuido al alumbramiento de la hermenéutica filosófica. El principio hermenéutico según el cual el todo se comprende desde lo individual y lo individual se comprende a partir del todo, procede de la retórica antigua; de tal manera que como lo señala Gadamer, el círculo hermenéutico ha pasado, a través de los hermeneutas modernos, del arte de hablar al arte de comprender.

El círculo hermenéutico, o círculo de la comprensión, es un proceso del pensamiento de construcción de sentido con pretensión de acción comunicativa y de construcción de una verdad; de una verdad que no es de lo general, como en el caso de las ciencias factuales, sino de una verdad que busca la comprensión de lo particular, de la individualización del sujeto, esta verdad tiene su fundamento en la filosofía fenomenológica.

Dicho esto de otra manera, el círculo hermenéutico no es sino la puesta en movimiento de los tres momentos a través de los cuales se realiza la comprensión, a saber: la *subtilitas intelligendi*, la comprensión; la *subtilitas explicandi*, la interpretación; y la *subtilitas applicandi*, la aplicación. *Estos tres momentos poseen una unidad interna y se realizan de manera simultánea*; y a decir de Gadamer, al reconocerse una unidad interna de la *intelligere* y la *explicare*, adquieren un significado sistemático.<sup>3</sup> No aparece como algo natural esta unidad interna y esta simultaneidad, ello a pesar de que la hermenéutica filosófica ha abundado en estudios sobre el fenómeno de la comprensión, demostrando que “la interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión”;<sup>4</sup> pero no obstante este acierto incuestionable de la hermenéutica contemporánea, los espejismos generados por la manera positivista de abordar y percibir el mundo social, en la que “comprender” y “conocer” se entienden como sinónimos, hace creer que primero se comprende y después se interpreta.

2 Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método I*, pp. 226-227 y ss.

3 Gadamer, *Op. cit.* p. 378.

4 *Ibidem*.

En las ciencias de la cultura, o del espíritu, como las llamó W. Dilthey, como punto de partida para delimitar el objeto de estudio de estas disciplinas (concebidas por él como autónomas) frente a las ciencias de la naturaleza,<sup>5</sup> “comprender”, *grosso modo*, es ponerse de acuerdo sobre el sentido de algo, es, a mayor abundamiento, un fenómeno que involucra a un emisor de un mensaje y un receptor; pero para que se logre la comprensión es requisito esencial que entre el emisor y el receptor del mensaje se produzca un proceso dialógico en busca de sentido, en dicho proceso no aparece la idea de dominio; y contrario a lo que se suele creer, el receptor del mensaje, sea oral o escrito, no juega un papel pasivo, sino que para que se logre la comprensión el receptor tiene que hacer valer su opinión.

Y por el contrario, cuando se habla de “conocimiento” nada tiene que ver con “comprensión”, ya que con este concepto se hace referencia a un proceso de relación de dominio entre un “sujeto” y un “objeto” de conocimiento, relación mediada por el método científico, en la cual el sujeto juega el papel de dominador y el método se constituye en condición formal y material de verdad.

Por medio del conocimiento obtenido con el método científico, se suele decir, el hombre domina la naturaleza, el fin de la ciencia moderna, la cual aparece en el siglo XVII, es precisamente ése: dominar la naturaleza. El conocimiento es resultado de esta relación, y con un fin de dominio tiene como propósito explicar objetiva y racionalmente los hechos de la naturaleza. También, desde la perspectiva del positivismo las ciencias del hombre (o del espíritu), si en realidad son ciencias, tienen que hacer uso del método inductivo de las ciencias naturales; y también tienen como fin, al igual que las ciencias de la naturaleza, la búsqueda de explicaciones.

---

5 Dilthey, Wilhelm (1949), *Introducción a las ciencias del espíritu. En la que se trata de fundamentar el estudio de la sociedad*, trad. Eugenio Imaz, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires (original en alemán 1883), pp. 13-17 y ss. En cuanto al material de estudio de las ciencias del espíritu, dice Dilthey, este se constituye por la realidad histórica “en la medida que se ha observado en la conciencia de los hombres como noticia histórica de la sociedad actual” (p. 33). En cuanto a los tipos de enunciados de estas ciencias, Dilthey distingue tres: los que expresan lo real, es decir, los juicios de hecho, que se ofrece a la percepción, este tipo de juicios también están atravesados por la historia; los que desarrollan “el comportamiento uniforme de los contenidos parciales de esa realidad que han sido aislados por abstracción: constituyen el elemento teórico del mismo”; y por último, los que expresan juicios de valor y prescriben reglas. “Hechos, teoremas, juicios de valor y reglas, he aquí las tres clases de enunciados que componen las ciencias del espíritu” (p. 35).

Visto lo anterior, con el propósito de llamar la atención sobre las consecuencias que puede traer la confusión entre “comprensión” y “conocimiento”, sin que esto signifique que la naturaleza no necesita de la comprensión ni las objetivaciones lingüísticas de sentido, materia propia de las ciencias del espíritu, de la explicación. Ahora, para pasar a concluir la exposición y análisis sobre los tres momentos en que se realiza la comprensión, se abordará el tercer momento, es decir, la *subtilitas applicandi*.

La fusión de este tercer momento como proceso unitario con los dos primeros *subtilitas*, constituye una de las aportaciones más significativas de Gadamer a la hermenéutica contemporánea, sus indagaciones arrojan como resultado que el problema hermenéutico de la aplicación fue planteado en el seno del pietismo, al tener que plantearse en esa comunidad religiosa cómo debían aplicarse en el momento actual los mandamientos de las leyes divinas. Y a partir de esta constatación llega a sentenciar: “Nuestras consideraciones nos fuerzan a admitir que en la comprensión siempre tiene lugar algo así como una aplicación del texto que se quiere comprender a la situación actual del intérprete”.<sup>6</sup> Y es así como sus reflexiones lo llevan a concluir que no sólo la comprensión y la interpretación constituyen un proceso unitario, sino también el de la aplicación”.<sup>7</sup>

Gadamer también llama la atención respecto a que es muy significativo que los tres momentos en que se realiza la comprensión reciben el nombre de *subtilitas* (del latín *subtilis* delgadez, que significa finura, agudeza, sutileza, penetración, precisión exacta, exactitud, rigor, solidez, profundidad, sencillez de estilo, pureza y naturalidad, sobriedad del lenguaje), esto es, en que estos tres *subtilitas* “se comprendan menos como un método disponible que como un saber que requiere una particular finura de espíritu”.<sup>8</sup> De una particular finura de espíritu que sólo proporciona la formación (*Bildung*), concepto que se suele confundir con el de cultura y que, entre sus diversas acepciones que ha tenido en la historia de la filosofía, con W. Von Humboldt hace referencia a

---

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 379.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Gadamer, *op. cit.*, p. 978.

algo mucho más elevado y más interior que la cultura, “al modo de percibir que procede del conocimiento y del sentimiento de toda la vida espiritual y ética y se derrama armoniosamente sobre la sensibilidad y el carácter”.<sup>9</sup>

Para los fines de este trabajo, que como se dijo, es reflexionar sobre cómo la idea de círculo hermenéutico asumida por Heidegger y Gadamer podría adquirir concreción en la comprensión de los enunciados normativos, aportación que aquí se le atribuye el nombre de círculo hermenéutico jurídico, es suficiente con señalar que en la formación, para Gadamer, el sujeto que busca una formación, de abogado, de juez, etc., se apropia completamente de aquello en lo cual y a través de lo cual uno se forma. Todo lo que la formación incorpora, sostiene, se integra en ella, “pero lo incorporado en la formación no es como un medio que haya perdido su función. En la formación alcanzada nada desaparece, sino que todo se guarda. Formación es un concepto genuinamente histórico, y precisamente de este carácter histórico de la conservación es de lo que se trata en la comprensión de las ciencias del espíritu”.<sup>10</sup>

Lo que falta ahora es destacar que cuando Gadamer dice que los tres *subtilitas* “se comprendan menos como un método disponible que como un saber que requiere una particular finura de espíritu”, de ninguna manera resta importancia al método. El método es importante, hay que conocerlo, aplicarlo; pero en las ciencias del espíritu, las cuales tienen como fin supremo la comprensión, prima la formación sobre el método.

## **2. El fenómeno de la comprensión: ¿hay que aferrarse a lo que se dijo a lo que se quiso decir?**

El fenómeno de la comprensión que nos es más familiar y en el cual se puede apreciar la realización del círculo hermenéutico, refiere Gadamer, es el del aprendizaje de las lenguas extranjeras. “constatamos ahí que es preciso construir una frase antes de tratar de comprender

---

9 Citado por Gadamer en *Verdad y método I*, p. 39. Una exposición completa del concepto de formación es expuesta en esta misma obra, pp. 38-48.

10 *Op. cit.*, p. 40.

las distintas partes de la frase en su significado lingüístico”;<sup>11</sup> no al revés, es decir, que primero se conozca lo que es un signo lingüístico, un sintagma, o bien, lo que es el adjetivo, el sustantivo, el adverbio y lo que son los tiempos del verbo, etcétera, y después construyamos la frase.

Ahora bien, así como cuando aprendemos un idioma extranjero, para construir una frase no es necesario conocer el significado lingüístico de cada uno de los elementos gramaticales que la integran, sino que es suficiente con la anticipación de sentido que normalmente hacemos para lograr la comprensión anhelada, de la misma manera, el proceso de comprensión de cualquier mensaje oral o escrito siempre inicia con la anticipación de sentido, es decir, poniendo en juego los prejuicios del intérprete. Esto es así en razón de que “este mismo proceso de construcción está ya regido por una expectativa de sentido que deriva del contexto anterior”.<sup>12</sup> Pero ¿qué sucede si la expectativa de sentido que anticipa el intérprete, la cual procedente del contexto anterior, no es la correcta? Desde luego que frecuentemente tal cosa es posible. De realizarse esta hipótesis habrá de corregirse si el texto lo exige,<sup>13</sup> sostiene Gadamer. ¿Bajo qué criterio ha de hacerse la corrección, el cual no necesariamente tiene que estar previsto en las normas jurídicas? El principio de congruencia, ésta es la respuesta, la congruencia es uno de los principios que debe estar presente en toda interpretación de textos, incluyendo los jurídicos:

El movimiento de la comprensión va constantemente del todo a la parte y de ésta al todo. La tarea es ampliar la unidad del sentido comprendido en círculos concéntricos. Es criterio para la corrección de la comprensión mantener siempre la congruencia de cada detalle con el todo. Cuando no hay tal congruencia esto significa que la comprensión ha fracasado.<sup>14</sup>

---

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*.

13 *Verdad y método II, ibidem*.

14 *Verdad y método I*, p. 361.

Éste es el inicio que se sigue en el proceso de comprensión de cualquier tipo de texto, literario, científico, político, jurídico, etcétera. El siguiente paso que hay que dar, si es que el proceso de comprensión quiere llegar a feliz término, es que a partir del aseguramiento de la preestructura de la precomprensión, concepto que se analizará más adelante, se proceda a la ampliación de círculos concéntricos de la unidad de sentido comprendida,<sup>15</sup> como antes quedó dicho.

De manera tal que como se expresa en la anterior cita, al confluir la multiplicidad de detalles en el todo, en esta búsqueda de sentido, lo particular queda definido por el todo y el todo por cada uno de los detalles que se expresan en las partes. Es correcto decir también que la comprensión de los enunciados normativos se logra a través de aproximaciones sucesivas que se hacen a partir de los prejuicios del intérprete, ya que los prejuicios, como lo descubrió Heidegger, constituyen la preestructura de la precomprensión. En este proceso, los prejuicios pueden llegar a confirmarse, pero de no ser así, el intérprete formado hermenéuticamente tiene que abandonarlos.

En la historia de la hermenéutica, el círculo hermenéutico ha sido concebido de distintas maneras; Schleiermacher, desde una perspectiva psicologista, distingue en él una vertiente objetiva y otra subjetiva. De acuerdo con este autor la comprensión de un texto, jurídico, por ejemplo, exige que el intérprete conozca la totalidad del contexto de vida del cual surge dicho texto. La hermenéutica es para el precursor de la hermenéutica filosófica una reconstrucción histórica adivinatoria, objetiva y subjetiva de un discurso dado.

Lo anterior en razón de que, según su teoría hermenéutica, hay dos formas en que se puede lograr la comprensión: por adivinación y de manera comparativa. La primera, que es un presentir espontáneo a partir de un sentimiento vivo, sólo es posible entre espíritus afines; en tanto que la segunda, que no requiere afinidad de espíritus o empatía, es una comprensión comparativa, la que como tal se fundamenta en conocimientos objetivos, es decir, en un saber científico.<sup>16</sup>

El movimiento de la comprensión, en Schleiermacher, exige trasladarse del mundo del autor del texto que se quiere interpretar, a la

---

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Verdad y método I*, p. 335.

subjetividad, a las experiencias vivenciales del autor del texto. Savigny, seguidor de Schleiermacher, decía que para interpretar correctamente las normas jurídicas había que ponerse en los zapatos del legislador. La crítica de Gadamer a Schleiermacher, ubicado desde la perspectiva de la historia, y que por razones obvias le es aplicable también a Savigny, es que nadie se puede meter en los zapatos de otro:

Cuando intentamos entender un texto no nos desplazamos hasta la constitución psíquica del autor, sino que, ya que hablamos de desplazarse, lo hacemos hacia la perspectiva bajo la cual el otro ha ganado su propia opinión. Y esto no quiere decir sino que intentamos que se haga valer el derecho de lo que el otro dice. Cuando intentamos comprenderle hacemos incluso lo posible por reforzar sus propios argumentos. Así ocurre también en la conversación. Pero donde se hace más patente es en la comprensión de lo escrito. Aquí nos movemos en una dimensión de sentido que es comprensible en sí misma y que como tal no motiva un retroceso a la subjetividad del otro. Es tarea de la hermenéutica explicar este milagro de la comprensión, que no es una comunión misteriosa sino participación en sentido comunitario.<sup>17</sup>

La dimensión de sentido que es necesario alcanzar para lograr una correcta interpretación de un texto jurídico, por ejemplo, es hacer valer el derecho de lo que se afirma como verdad por el texto sujeto a interpretación; dicho en otros términos por el propio Gadamer: “una conciencia formada hermenéuticamente tiene que mostrarse receptiva desde el principio para la alteridad del texto”.<sup>18</sup> Es decir, la conciencia formada hermenéuticamente no es una conciencia que se sabe dueña de la verdad, sino por el contrario, es una conciencia abierta a la perspectiva del otro porque parte de la creencia de que el otro puede poseer mejor perspectiva que yo.

---

17 Gadamer, *El giro hermenéutico*, p. 65.

18 Desde Filón de Alejandría en los textos se busca un *sensus literalis* y un *sensus spiritualis*, el primero es histórico y el segundo místico. El esfuerzo hermenéutico tiene como propósito lograr comprender el *sensus spiritualis*, al cual sólo se accede a través del *sensus literalis*; ésta es la razón por la cual en el caso de la interpretación de textos jurídicos, o de cualquier otro tipo, no se le puede cambiar ni una tilde.



Sobre este mismo punto, en otro de sus libros, dice que “el arte de la hermenéutica no consiste en aferrarse a lo que alguien ha dicho, sino en captar aquello que en realidad ha querido decir”.<sup>19</sup> Sin embargo, ésta no es la actitud que prevalece en los operadores del derecho ante el texto escrito de la ley, que presenta cierto grado de dificultad para su comprensión. La actitud recurrente es más bien atenerse a lo que dice el texto (o supuestamente dice el texto), no a lo que quiso decir. El principio que rige entre los operadores del derecho es más bien el de la vieja hermenéutica: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (donde la ley no distingue, nosotros tampoco debemos distinguir), lo que significa que la ley debe aplicarse estrictamente apegada a la letra que la compone.

Lo que prescriben las normativas jurídicas que disciplinan la actividad interpretativa sobre cómo se debe interpretar, por lo general se encuentran muy alejadas de las posibilidades de la interpretación, de acuerdo con los postulados y principios de la hermenéutica filosófica.

Un ejemplo en México de este problema, que se deriva de no haberse podido superar en la práctica de los operadores del derecho el paradigma interpretativo de la vieja hermenéutica centrado en la búsqueda de un *sensus spiritualis*,<sup>20</sup> el cual en la modernidad ha sido reforzado en alguno de sus aspectos por el paradigma interpretativo del positivismo jurídico dogmático, se encuentra en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

De acuerdo con las directrices de la vieja hermenéutica, que es la que orienta y proporciona el sentido original de esta normativa, los enunciados normativos son claros y patentes, no necesitan ser interpretados, razón por la cual la interpretación de la ley es ocasional. Y siendo así, de este “postulado” se deriva la tesis de que el “estricto derecho” es el que se encuentra contenido en la letra formal de la ley, es decir, aquel que no requiere de ninguna interpretación por ser claro, preciso y patente; o aquel que admite como única interpretación, sin ninguna otra consideración, la interpretación literal.

<sup>19</sup> *Verdad y método II*, p. 332.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

Éste es un tema que para los fines de esta exposición se dejará de lado para pasar a delinear los fundamentos del círculo hermenéutico jurídico que en este ensayo se propone, siguiendo para ello la reflexión que hace Gadamer sobre las consecuencias que tiene para la hermenéutica espiritual científica que Heidegger haya derivado la estructura circular de la comprensión a partir de la temporalidad del estar ahí.<sup>21</sup> La respuesta de Gadamer a este cuestionamiento se hace consistir “en que la autocomprensión de la comprensión ejercida normalmente sea corregida y depurada de adaptaciones inadecuadas”,<sup>22</sup> ello como condición de la comprensión; y no necesariamente en que sea aplicada una nueva teoría a la *praxis*, para que las cosas en materia de interpretación se hagan de manera distinta a la creencia de que la interpretación es ocasional.

Esta “autocomprensión” de la “comprensión” que a cada paso se ha de corregir hasta que se alcance el sentido correcto que busca la interpretación, de acuerdo con la respuesta de Gadamer, sólo se obtiene, en primer lugar, elevando a rango de principio hermenéutico la historicidad de la comprensión; y en segundo, con la aceptación de la tesis de que la “precomprensión”, resorte imprescindible para alcanzar la “comprensión”, está constituida por prejuicios, es decir, anticipaciones de sentido de las que es necesario partir para llegar a la comprensión. La reivindicación de los prejuicios se hace consistir en que éstos constituyen la preestructura de toda precomprensión, en que éste es el camino que hay que recorrer para llegar a la comprensión.

Este camino que describe Heidegger en su concepción de círculo hermenéutico en el que se reivindica una autocomprensión preteórica, como bien lo refiere Gadamer, muestra una estructura distinta:

El círculo no debe ser degradado a círculo vicioso, ni siquiera a uno permisible. En él yace una posibilidad positiva del conocimiento más originario, que por supuesto, sólo se comprende realmente cuando la interpretación ha comprendido que su tarea primera, última y constante consiste en no dejarse imponer nunca por ocurrencias propias o por conceptos populares ni la posición, ni la previsión ni la anticipación, sino en asegurar la elaboración del tema científico desde la cosa misma.<sup>23</sup>

21 *Verdad y método III*, p. 332.

22 *Ibidem*.

23 *Verdad y método I*, p. 332.

Lo primero que se advierte en esta nueva estructura del círculo hermenéutico es que los prejuicios, tan denostados por la Ilustración —para los ilustrados la aventura intelectual tenía que atreverse a pensar por cuenta propia—, de una vez por todas son reivindicados, aunque de alguna manera ya habían sido reivindicados por el romanticismo; pero sin ser elevados a rango supremo en la estructura del círculo hermenéutico como una condición preteórica de la comprensión.

Gadamer, siguiendo el camino de Heidegger, continuará la tarea de reivindicación de los prejuicios como preestructura de la precomprensión; hace una división de éstos, en prejuicios positivos y negativos. Los primeros son aquellos que como preestructura de la precomprensión ayudan a la comprensión, y los segundos son los que la obstaculizan.<sup>24</sup> Y en cuanto a los prejuicios positivos, tomando en consideración su origen, los divide en dos: prejuicios por respeto humano y los prejuicios por precipitación. Los primeros son aquellos que tienen como origen del error el respeto a alguien considerado como autoridad en algo, y los segundos tienen como origen la falta de cuidado, debido a las precipitaciones.

Ahora bien, después de la reivindicación de los prejuicios, algo igual de importante que se advierte en la propuesta heideggeriana del círculo de la comprensión, según señala Gadamer, es que éste no es una prescripción sobre cómo debemos de comprender sino una descripción sobre cómo se comprende. No obstante, aquí se estima que sí hay una parte prescriptiva en el círculo hermenéutico de Heidegger, aunque Gadamer matiza sólo la parte descriptiva cuando dice que “la reflexión hermenéutica de Heidegger culmina menos en demostrar que aquí está contenido un círculo que hace ver que éste tiene un sentido ontológico positivo”.<sup>25</sup>

La parte prescriptiva de este círculo hermenéutico que Gadamer no matiza, aunque de algún modo sí lo desarrolla, consiste en el *aseguramiento del tema científico a partir de la “cosa misma”*, para lo cual Heidegger sostiene que la principal tarea del intérprete “consiste en no dejarse imponer nunca por ocurrencias propias o por conceptos populares ni la posición ni la anticipación”.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> *Op. cit.*, pp. 338-353.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 332.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, p. 333.

Lo importante en este punto es que para lograr la comprensión se precisa asegurar el tema científico hacia la “cosa misma”, pero ¿qué significa la expresión cosa misma? Gadamer responde esta pregunta de la siguiente manera:

Toda interpretación correcta tiene que protegerse contra la arbitrariedad de las ocurrencias y contra la imitación de los hábitos imperceptibles del pensar, y orientar la mirada a la «cosa misma» (que en el filólogo son textos con sentido, que tratan a su vez de cosas).<sup>27</sup>

A partir de esta consideración de Gadamer, es válido decir también que en el caso de la norma jurídica que quiere ser comprendida, la “cosa misma” es una unidad lingüística de sentido que se refiere a hechos.

Acorde a este punto de vista, en otra de las investigaciones del autor de este ensayo: “La hermenéutica filosófica: Una reflexión sobre el derecho como ciencia del espíritu”, se formula la siguiente definición de norma jurídica: “Una norma jurídica es un enunciado, lingüísticamente directivo, creado por un órgano jurídico competente, que posee una estructura bilateral y horizontal y teleológicamente expresa en sentido de un acto de voluntad, el que como tal, para su debida aplicación a un caso concreto, ha de ser actualizado en el proceso de interpretación correcta que debe realizar el juez”.<sup>28</sup> Ahí además se hace una observación, por lo general pasada por alto, de que una norma jurídica es lo que desde cada una de las distintas posturas teóricas se determina que sea una norma jurídica; pero antes de cualquier otra consideración una norma jurídica es, y no otra cosa, una unidad lingüística de sentido que se refiere a hechos.<sup>29</sup>

Hecho este señalamiento, ahora hay que decir que el principal esfuerzo hermenéutico con que comienza toda interpretación de un texto jurídico, o de cualquier otro tipo, es dejarse determinar por

---

27 *Op. cit.*, p. 333.

28 Véase a Vázquez, Efrén, “La hermenéutica filosófica: Una reflexión sobre el derecho como ciencia del espíritu”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica. Revista Semestral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, Año 1, Número 1 de la Segunda Época, Enero-Junio de 2007, pp. 42-86.

29 *Op. cit.*, pp. 78-79.

la cosa misma, lo que sólo se logra en la medida de que se posea una conciencia formada hermenéuticamente. Y esto es algo que importa tanto al juez como al abogado; en el caso del abogado, con todo y que el rol que desempeña no es la de ser neutral ante su cliente —antes al contrario, es muy común que éste le muestre que quiere ser parcial para él. La interpretación correcta de las normas jurídicas que habrá de hacer al abogado para solicitar al juez su aplicación, precisa también, al igual que en el juez, de dejarse determinar por la cosa misma, lo que como se dijo, sólo se logra por medio de la formación metódica hermenéutica, de lo contrario, habría un alto riesgo de fracaso en la interpretación.

### **3. La comprensión del sentido de las normas jurídicas como un constante proyectar**

De seguro habrá muchas ocurrencias del intérprete del derecho que se dedica a la abogacía, muchas de las cuales probablemente sean producto de la actitud interpretativa propia de quien se siente atraído por el éxito económico que trae consigo ganar un juicio; pero por muy ingeniosa y audaz que sea la ocurrencia, si ésta se encuentra afuera de la situación hermenéutica del caso concreto, jamás llegará a buen término.

El ingenio en el abogar y juzgar es importante, siempre y cuando no se desborde y se encuentre sujeto a la razón hermenéutica. Habrá que considerar, entonces, que la valoración correcta de los enunciados fácticos que expresan la *quaestio facti* y los enunciados normativos que expresan la *quaestio iuris*, la cual precisa de la comprensión e interpretación correcta de lo comprendido, hermenéuticamente sólo se logra, de acuerdo con las directrices hermenéuticas desarrollados por Heidegger: a) orientando la mirada hacia la cosa misma; b) saber controlar los hábitos imperceptibles del pensar y del actuar; y c) no dejándose imponer ocurrencias propias o ajenas que pudieran introducirse en el sentido desentrañado y/o atribuido al texto normativo.<sup>30</sup>

---

30 Véase *Verdad y método I*, pp. 335-338 y ss.

Luego, entonces, hasta en el caso del abogado cuya actitud interpretativa tiene como resorte el éxito económico, tiene que encontrar otras motivaciones que se encuentran muy distantes del éxito económico, si es que quiere hacer llegar a buen término sus anticipaciones de sentido.

La comprensión, sobre todo en los casos difíciles, sólo se logra a través de un constante proyectar, hay proyectos previos y proyectos definitivos, no se llega a un proyecto definitivo si no es a través de aproximaciones sucesivas, es decir, si no es a través de proyectos previos que a través del pensamiento meditativo se van modificando.

La sentencia judicial, por ejemplo, es el resultado de un constante proyectar en búsqueda de sentido y de penetración de sentido, sea que el proyecto se realice sólo en la cabeza o bien en el papel. No sería nada extraño que el perfeccionamiento en la administración de la justicia llevara a la creación, en los tribunales, de *departamentos de proyectos especiales*, en donde por lo menos los casos difíciles pasaran el tamiz del proyectar y volver a proyectarse en el papel, hasta que se logre la interpretación correcta de lo comprendido que pide la norma sujeta a interpretación. En efecto, tanto Heidegger como Gadamer insisten en que el que quiere comprender un texto realiza siempre un proyectar:

Tan pronto como aparece en el texto un primer sentido, el intérprete proyecta en seguida un sentido del todo. Naturalmente que el sentido sólo se manifiesta porque ya uno lee el texto desde determinadas expectativas relacionadas a su vez con algún sentido determinado. [ ] la interpretación empieza siempre con conceptos previos que tendrán que ser sustituidos progresivamente por los otros más adecuados. Y es todo este constante proyectar, en el que consiste el movimiento del comprender e interpretar que escribe Heidegger.<sup>31</sup>

Y ese constante proyectar hasta que se logre la integración de sentido que pide la comprensión de la norma jurídica, el cual parte de un primer sentido original preteórico (o de prejuicios que constituyen la preestructura de la precomprensión), es el movimiento que sigue el círculo

---

<sup>31</sup> *Ibidem*.

de la comprensión que va del todo a las partes y de las partes al todo. Es este un movimiento, además, en el que el intérprete de las normas jurídicas, en la búsqueda de integración del sentido original del mandato jurídico y del sentido de la actualización en el momento actual al caso concreto que se le presenta, pone en juego toda su experiencia global del conocimiento.

Ahora bien, la finalidad de este esfuerzo hermenéutico denominado proyectar es construir (o develar) una verdad jurídica, la que como tal precisa de la facticidad y de espacios de vitalidad. Sobre el particular dice Heidegger: “la proyección es la estructura existencial del ser libre espacio fáctico «poder ser»”. Pero hay algo más: la comprensión es algo que precisa de la apertura para escuchar al otro, o lo que es lo mismo, mostrarse receptivo a la alteridad del texto. Esto es algo que se dijo en párrafos anteriores.

También se dijo, citando a Gadamer, que la receptividad de quien quiere comprender un texto, es decir, la receptividad del intérprete “no presupone neutralidad frente a las cosas ni tampoco autocancelación, sino que incluye una matizada incorporación de las propias opiniones previas o prejuicios”.<sup>32</sup> En el proceso de interpretación, para llegar a la comprensión de algo, se parte necesariamente de los prejuicios del intérprete; pero para llegar a feliz término, la formación hermenéutica de éste le obliga a abandonar los que posee conscientemente (y a hacer conscientes los que en él subyacen de manera inconsciente), si es que dichos prejuicios no se confirman.

La neutralidad en una decisión judicial, como lo exige el positivismo jurídico, es entonces una pretensión, no una posibilidad que se pueda lograr de manera completa. Esto es así porque aun cuando se incrementa el índice de receptividad con una conciencia formada hermenéuticamente, no es posible al intérprete de la ley deshacerse de todos sus prejuicios, ya que de acuerdo al descubrimiento de Heidegger éstos constituyen la preestructura de la comprensión.

El intérprete de la ley necesita de los prejuicios para el logro de la interpretación correcta, por lo que de una o de otra manera éstos se filtran en el discurso teórico del derecho y quedan plasmados en las decisiones judiciales que emiten los jueces. Pero además, según

---

32 *Op. cit.*, p. 334.

se ha visto con Gadamer, la denostación de los prejuicios, a grado tal de considerarlos como el peor lastre de la ciencia, ha sido construida por los ilustrados del siglo XVIII. Tan fuerte ha sido la influencia de la Ilustración sobre la manera de sentir y pensar los prejuicios que en algunas constituciones, como en la de México, son equiparados a la servidumbre y a los fanatismos. El artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, que se refiere a la educación, dice lo siguiente sobre los prejuicios: “El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios”.

#### **4. La manera como deciden los jueces y la paralización del círculo hermenéutico**

¿Pero los jueces en sus decisiones interpretan el derecho según lo descrito en el círculo hermenéutico de la comprensión gadameriano, o es otro el camino que ellos siguen para la realización de sus interpretaciones? Si la decisión judicial no es arbitraria sino justa y coherente, es decir, si se da el caso de que ésta posea un alto índice de racionalidad, no hay otro camino para el logro de sentido (y por ende de la comprensión de los enunciados normativos y fácticos), más que el círculo hermenéutico de la comprensión.

Ésta es la vía a seguir, aunque dado que en nuestro medio social la hermenéutica jurídica no es parte de la formación teórica que proporcionan las facultades y escuelas de derecho (antes al contrario, la hermenéutica es la gran ausente de las escuelas y facultades de derecho), es posible que no pocos jueces desconozcan que en su práctica, es decir, en la función jurisdiccional en la que se desempeñan, es este el camino que siguen para la comprensión e interpretación correcta de las normas jurídicas que aplican a los casos concretos en sus decisiones.

El milagro de la comprensión es tal que, como abogado o como juez, se puede tener una conciencia formada hermenéuticamente sin haber sido formado teóricamente en la ciencia que se ocupa del fenómeno de la comprensión y de la correcta interpretación de lo comprendido, a saber, la hermenéutica. Esto se debe a que



la hermenéutica es una ciencia práctica (lo que no quiere decir que carezca de formulación teórica, pensar tal cosa sería un disparate) y a que los jueces y abogados son poseedores de una sabiduría práctica que han adquirido de su ejercicio profesional, el que en sí es un ejercicio de constante deliberación práctica.

De ahí que cuando los jueces y abogados se dan tiempo para la reflexión sobre su práctica (por lo general su práctica los absorbe, no tienen tiempo para la reflexión teórica, que esencialmente tiene que ver con el fenómeno de la comprensión), de inmediato advierten que ésta es muy cercana a la manera como se describe en el círculo hermenéutico de la comprensión. Desde luego, a la formación hermenéutica práctica que poseen los jueces y abogados, no les vendría mal una sólida formación teórica, con la cual indudablemente se enriquecería su práctica.

La falta de una sólida formación hermenéutica de los jueces y abogados ha traído como consecuencia ciertos desaguizados en no pocas de las decisiones judiciales. Entre algunos de estos desaguizados destaca, de manera paradigmática, el decreto por medio del cual en fecha 16 de octubre de 1953 se ordena la paralización del círculo hermenéutico, posiblemente sin que se supiera de su existencia.

INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL. No es verdad que los tribunales deban normar su juicio atendiendo a la intención que tuvo el legislador al expedir la ley; sino que, en materia penal, debe ser la letra de y espíritu de la propia ley la que norma el criterio del juzgador, acatando los preceptos con su significado gramatical, y sólo le es permitido dirigirse a la interpretación cuando los términos de la ley no son lo bastante nítidos para dejar entender su significado preciso.<sup>33</sup>

Decretar que no es verdad que los tribunales deban normar su juicio atendiendo a la intención que tuvo el legislador al expedir la ley, que es como se establece en la anterior tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), sino que en materia penal debe ser la letra y espíritu de la propia ley la que debe normar el criterio del juzgador es, además de la negación del cumplimiento de un mandato y deber legal, una arbitrariedad en la que cándidamente se cumple

---

33 Amparo penal directo 5930/51, 16 de octubre de 1953, mayoría de 3 votos.

la literalidad del mandato legal, pero no su sentido. Sobre el problema hermenéutico de la aplicación, que bien resulta útil para la reflexión sobre esta tesis de la SCJN:

El que se niega a obedecer una orden la ha entendido. Se niega a hacerlo porque es él el que la aplica a la situación concreta, y sabe lo que su obediencia implicaría para ésta. Evidentemente, la comprensión se mide según un patrón que no está contenido ni en la literalidad de la orden ni en la verdadera intención del que la da, sino únicamente en la comprensión de la situación y en la responsabilidad del que obedece. [ ] Una forma picaresca es ejecutar las órdenes de manera que se cumpla su literalidad pero no su sentido.<sup>34</sup>

Desde el punto de vista de la hermenéutica filosófica, toda aplicación es actualización del sentido original del texto jurídico al momento de su aplicación a un caso concreto, para lo cual es necesario que quien aplica la norma la interprete para que comprenda el sentido original que el legislador le atribuyó en su creación, sin lo cual no será posible que encuentre su sentido correcto en el momento de su aplicación.

Y a esto, precisamente, se opone la SCJN, en la jurisprudencia antes citada, con el argumento de que en materia penal debe ser la letra y espíritu de la propia ley la que norme el criterio del juzgador. Como si de acuerdo con las posibilidades reales de interpretación en la lectura de la letra de la ley que hace el juez no se hiciera ya desde una determinada expectativa de sentido determinada por la historia efectual el juez.

La letra de la ley de un enunciado normativo cualquiera dice lo que la historia normativa; pero como la tesis jurisprudencial en análisis dice que lo que la historia efectual del intérprete determine que diga ese texto normativo; pero como la tesis jurisprudencial en análisis dice que además de la letra de la ley en materia penal el juez debe normar su criterio por el espíritu de la propia ley, la pregunta ahora es ¿qué es el espíritu de la ley? ¿Tan importante es el espíritu de la ley que, sobre todo, en materia penal, el juez debe normar su criterio con base

---

<sup>34</sup> *Verdad y método I*, p. 407.

al espíritu de la ley? De entrada ha de decirse que de acuerdo con la teoría moderna de la interpretación la ley no tiene espíritu; tiene sentido. Y en cuanto al concepto espíritu de la ley en análisis, éste llegó a las teorías tradicionales de la interpretación de la ley proveniente de la hermenéutica teológica.

En los orígenes de la hermenéutica metódica, en Alejandría, se hablaba de que los textos tenían un *sensus spiritualis* (que era místico) y un *sensus literalis* (que era histórico). Esta idea se traslada a la hermenéutica teológica de la Alta Edad Media, y de ahí a la hermenéutica jurídica del siglo XIX, sobre todo a la escuela francesa de la exégesis. Así es de que cuando hoy día se hace uso de la expresión *espíritu de la ley*, vinculada ésta al *sensus literalis*, como es el caso de la tesis antes citada de la SCJN, consciente o inconscientemente se hace referencia al *sensus spiritualis* místico.

Se expondrá una tesis más de la SCJN en la cual se paraliza el círculo hermenéutico de la comprensión, en ella se aprecia con meridiana claridad cómo la interpretación gramatical, la cual encuentra su mejor sustento en la escuela de la exégesis, se radicaliza aún más en asuntos de materia penal, materia en la que se asegura que, para no poner en riesgo la libertad de los justiciables, el derecho no se interpreta: se aplica.

También en materia fiscal, al igual que en la penal, se recurre a lo que recibe el nombre de “estricto derecho” para decretar la paralización del círculo hermenéutico. Con este ejemplo se quiere dejar claro que cuando el círculo de la comprensión de las normas jurídicas fracasa, que es harto común, consciente o inconscientemente se paraliza el movimiento de la comprensión que en busca de sentido va del todo a las partes y de las partes al todo. La tesis en cuestión es la siguiente: “INTERPRETACIÓN DE LA LEY. Cuando un precepto de ley es claro, no es jurídico buscar interpretación del mismo porque su letra en sentido gramatical no da lugar a dudas”.<sup>35</sup>

El gramaticalismo interpretativo prescinde de la historia y por decreto paraliza el círculo hermenéutico de la comprensión, por eso finalmente esta idea de interpretación deviene en exégesis bonapar-

35 *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Segunda Sala, Tomo CXXV, p. 1669. Revisión fiscal 207/56, Cia. Simons, S.A., 24 de agosto de 1955, Unanimidad de 5 votos.

tista. El gramaticalismo es además la negación de la teleología en el contenido de las normas jurídicas. Y si la exégesis bonapartista es la negación de todo principio teleológico en la interpretación de las normas jurídicas, como consecuencia también es negación de la búsqueda de sentido. Resultará mejor la comprensión de esta crítica a la exégesis bonapartista, con la siguiente argumentación.

Si entre los operadores del derecho todos aceptan que el derecho tiene fines (o una teleología que le es propia), y si tales fines tienen en las normas jurídicas el único medio para alcanzarse, y si, además, para saber cuál es la teleología de una determinada norma jurídica se precisa indagar cuál es el sentido original que el legislador atribuyó a una determinada norma jurídica, y si, por último, la SCJN decide en forma de decreto judicial que en materia penal no es legal que el juez busque el sentido de la norma jurídica que ha de aplicar, sino que debe normar su criterio sólo con base en la letra y espíritu de la ley, entonces, tal decisión resulta ser incongruente con respecto a los fines que persigue el derecho, los cuales, como se dijo, son aceptados por todos los operadores del derecho.

La tesis antes citada es un formidable ejemplo de paralización del movimiento de la comprensión que, en búsqueda de sentido, como se ha venido diciendo, va del todo a las partes y de las partes al todo. Además, al determinarse judicialmente que se cumpla la letra de la ley; pero no el sentido del mandato jurídico, es decir, su teleología, consciente o inconscientemente se evade una responsabilidad.

Resulta pertinente decir que a partir de la reforma constitucional de 1995, en la que entre otras instituciones jurídicas aparece el *tribunal de la constitución*, la acción de *inconstitucionalidad* y la *controversia constitucional*, reformas que a decir verdad no fueron originadas por la crisis del positivismo jurídico sino como consecuencia de haberse venido abajo la institución del presidente fuerte que había tenido vigencia (de *factum*, no de *jure*) desde el inicio de la vigencia de la Constitución de 1917, la SCJN ha dado giros importantes en materia de interpretación que hacen creer que trata de estar a tono con los cambios en todos los ámbitos de la cultura, para lo cual de manera ineludible requiere convertirse en mejor intérprete de la tradición. En muchas

de sus resoluciones importantes ha adoptado posturas heterodoxas en la interpretación de la ley, incluso en materia penal; un ejemplo es el caso de la tesis jurisprudencial publicada bajo el número 1375 que bajo el rubro “PREMEDITACIÓN, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA. Compilación 1917-1988, Segunda Parte, Salas y Tesis comunes, Vol. 3, p. 2215”. En esta tesis, entre otras posiciones diametralmente opuestas a las de la quinta época en materia de interpretación, la SCJN acepta que aun en materia penal la interpretación es siempre necesaria.

## **5. La estructura circular del sistema jurídico y la comprensión de las normas jurídicas como acuerdo de sentido**

Si el círculo hermenéutico es el movimiento de la comprensión que va del todo a la parte y de las partes al todo en búsqueda de sentido, y si como dice Gadamer, el intérprete tiene como principal tarea “ampliar la unidad del sentido comprendido en círculos concéntricos”,<sup>36</sup> para lo cual el único baremo para la corrección de lo interpretado es “la congruencia de cada detalle con el otro”<sup>37</sup> (de tal manera que si no hay congruencia tampoco hay sentido), entonces, en lo que respecta a la interpretación de las normas jurídicas, la “parte” del círculo hermenéutico es la norma jurídica sujeta a interpretación, y el “todo” es el conjunto de normas jurídicas que integran el sistema jurídico.

Siendo así, el sentido de la norma jurídica que se interpreta se determina no de manera aislada, sino por el todo al cual pertenece la parte, es decir, el enunciado normativo que se interpreta. Y, a su vez, el sentido del “todo”, o sea, del sistema jurídico, se determina paso a paso a través de las partes que integran tal sistema.

La teoría de la norma fundante básica de Kelsen puede ser vista también como el círculo hermenéutico jurídico, a través del cual se realiza la comprensión de las normas jurídicas. Kelsen habla de validez, y es cierto que una cosa es la validez de una norma jurídica y otra su sentido. Sí, pero en razón de que no hay validez jurídica que carezca de sentido, entonces, el procedimiento seguido en Kelsen para determinar la validez de las normas jurídicas, sirve también para en-

<sup>36</sup> *Verdad y método I*, p. 361.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

contrar<sup>38</sup> el sentido de las normas jurídicas, pues, como se ha dicho la teoría de la norma fundante básica kelseniana tiene una estructura circular.

Así, por ejemplo, cuando Kelsen dice que el fundamento de validez de una norma no se encuentra en un hecho empírico, sino en otra norma perteneciente al mismo sistema jurídico y de una jerarquía superior, en este proceso, evidentemente circular, no sólo se determina la validez jurídica, sino también el sentido de los enunciados normativos, en razón de que en el movimiento circular de la comprensión, como se ha venido diciendo, la “parte” se define por el “todo” y el todo por la “parte”.

Lo mismo se puede apreciar en la siguiente argumentación de Kelsen: “una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado [...] sino por haber sido producida de una determinada manera”.<sup>39</sup> ¿Cómo determinar la validez jurídica prescindiendo del sentido de ésta? Imposible. Pero además, la pregunta de Kelsen: ¿qué funda la unidad de una multiplicidad de normas?, cuya respuesta es la Constitución, la cual proporciona coherencia (y por ende sentido) y validez a las normas jurídicas que integran el sistema jurídico, devela al sistema jurídico en su forma de estructura circular que le es propia.

Hasta aquí los rasgos más generales de la estructura circular que comporta el sistema jurídico, lo que en Kelsen se muestra con formidable nitidez, a pesar de que él omitió estas consideraciones por no haber avanzado lo suficiente rumbo a la hermenéutica; ahora, para finalizar esta exposición, se pasará a exponer, aunque sea de manera breve, cómo en los procesos judiciales la comprensión de sentido de los enunciados normativos se obtienen a través de un proceso dialógico en el que participan las partes y el juez.

## **6. La estructura dialógica del proceso judicial tiene como función esencial el acuerdo de sentido**

De entrada habrá que decir que no hay posible comprensión de las normas jurídicas sin diálogo; de hecho, la paralización del círculo de

38 Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, p. 201.

39 *Op. cit.*, p. 205.

la comprensión de las normas jurídicas, que, como se dijo en páginas anteriores, es muy común, no es sino la incapacidad para el diálogo. La incapacidad para el diálogo, y no sólo en materia penal y fiscal, materias en las que se apela tanto a la literalidad, es la responsable de las aberraciones jurídicas hechas monumentos.

Siempre y cuando sea posible superar la incapacidad para el diálogo que caracteriza a las conciencias que carecen de una formación hermenéutica, el objetivo de la comprensión de una norma jurídica que se somete a la interpretación es el acuerdo de sentido. Acuerdo de sentido que le corresponde a esa norma en una situación hermenéutica concreta, para su debida individualización.

Ahora bien, aquí se sostiene la tesis de que en la búsqueda del acuerdo de sentido en un proceso judicial sólo se logra (cuando realmente se ha logrado) a través de un proceso dialógico debidamente reglado, en el que participan en condiciones de igualdad las partes del proceso y el juez.

En este diálogo, que en sí encierra un proceso judicial, es el juez quien por disposición de la ley posee la facultad para decidir el sentido definitivo que se ha de atribuir y/o desentrañar el texto formativo. Pero tal decisión, si no es arbitraria, no es sino el resultado del proceso dialógico en el que con base en las reglas del procedimiento judicial participan, como se ha dicho, las partes del proceso junto con el juez en la búsqueda del sentido de la relación que se ha de establecer entre la *quasio iuri* y la *quasio facti*.

En este proceso, contrario a lo que se suele creer, desde el punto de vista de la hermenéutica el juez no juega un papel pasivo, que es propiamente la imagen de neutralidad que todos tienen del juez, sino más bien juega un papel activo, a través de lo cual pone en juego para llegar a la formulación de su decisión, sus prejuicios y toda su experiencia global de conocimientos, creencias que de una o de otra manera determinan el sentido de la norma jurídica individualizada que será, con base a la norma general y abstracta que procede del legislador.

Por último, si se diera el caso de que el juez, con sus propios argumentos, o haciendo suyos los argumentos de cualquiera de las partes que participan en el “diálogo productor de sentido”, apelaran a la liberalidad de un enunciado normativo, con esto irremediabilmente se

paralizaría el diálogo. Y con la paralización del diálogo, en el proceso de interpretación, no es posible que se logre el sentido correcto de las expresiones normativas. Esto es así porque la liberalidad, que es sinónimo de arbitrariedad, es la negación de la interpretación correcta.

## 7. Bibliografía

Dilthey, Wilhelm (1949), *Introducción a las ciencias del espíritu. En la que se trata de fundamentar el estudio de la sociedad*, trad. Eugenio Imaz, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires (original en alemán 1883).

Gadamer, Hans-Georg (1977), *Verdad y método*, trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Sígueme, Salamanca (original en alemán 1960).

\_\_\_\_\_ (1992), *Verdad y método II*, trad. Manuel Olasagasti, Sígueme, Salamanca.

\_\_\_\_\_ (1988), *El giro hermenéutico*, trad. Arturo Parada, Cátedra, Madrid.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de la segunda edición de José Vernengo, Porrúa, México, 1977.

Vázquez, Efrén, “La hermenéutica filosófica: Una reflexión sobre el derecho como ciencia del espíritu”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica, Revista Semestral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, Año 1, Número 1 de la Segunda Época, Enero-Junio de 2007.



---

**Comunicaciones**

---



## Tortura como antípoda de la compasión. (Torture as antipode of compassion)<sup>1</sup>

Raúl Páramo<sup>2</sup>

### Introducción

La tortura ha tomado tales proporciones que se ha convertido ya en un instrumento de gobierno. Muchos estados la han incorporado a su sistema político. Para muchas policías la tortura es un método sobreentendido y rutinario que no hay que cuestionar. Además, muchos Estados se creen con el derecho de ser policías de otros Estados.

La *barbarie* es ya un sobreentendido. Según reportes de Amnistía Internacional (citado por Amati 1977), además “es un hecho alarmante el notar que la protesta en contra de la tortura cada vez es más débil (...) crece el número de personas que se muestra indiferente ante la tortura o que incluso parecen aceptarlo así e incluso lo proclaman públicamente”.

La tortura está tan generalizada que ha sido burocratizada “para facilitar al torturador el manejo de cierto tipo de situaciones y, para poder mantener, la continuidad de sus relaciones normales con el mundo exterior” (Franco 1989). Las técnicas de tortura muestran que “los métodos fueron enseñados, mecanizados y exportados con información transmitida entre distintos países”<sup>3</sup>(o.c.).

La tortura generalizada es, pues, evidentemente un asunto político y económico, y no solamente psicológico. Esto lo ha señalado Friedrich Engels con toda lógica. En último término dice: “El triunfo de la violencia se basa en la producción de armas y ésta a su vez en la producción general, es decir, en el *poderío económico* (...) en los medios materiales de que la violencia disponga” (Engels 1983).

1 Fue publicado en alemán en el *Boletín Sigmund Freud Haus Bulletin*, Sommer 1993, Vol. 17, pp. 25-41.

2 Correo electrónico raul.paramo@gmail.com

3 Recientemente, en la guerra de Bush en Irak —por mencionar sólo un ejemplo— hay evidencias de esto. Como si fuese poco hay también evidencias de que en Guantánamo, los Estados Unidos entrenaron personal para torturar. (Nota de 2004).

Veamos algo de historia. En la antigüedad los ciudadanos romanos o griegos no podían ser objeto de tortura. En Atenas los esclavos podían ser torturados para obtener testimonios. Los romanos llegaron a utilizar la tortura para tratar de que los cristianos abjurasen de su fe. Hay dos fechas parte aguas en la Historia de la Tortura en Occidente.

La primera es durante el papado de Gregorio IX (1227-1241), quien dispuso que no sólo el estado podía ser ejecutor de perseguir a los herejes sino que la Iglesia, como tal, ejercería ese derecho. Para ello encargó a los dominicos y a los franciscanos disputar a Federico II el derecho ejecutor primario de quemar vivos a los herejes. Pocos años después, Inocencio IV instituye, en 1252, los juicios inquisitoriales en que oficialmente era permitida la tortura al parejo de la tortura aplicada en los juicios civiles (Cf. Schenk 2000, p.211).

En la segunda etapa, durante la Edad Media, los tormentos fueron minuciosamente clasificados, y el torturador que sobrepasase ciertos límites o circunstancias podría ser castigado. En Europa, durante el siglo XV, la Iglesia Católica —ante el temor de que creciesen y se difundiesen convicciones diferentes a las de ella— utilizó ampliamente la tortura como instrumento de la Inquisición.

Todas las potencias colonizadoras utilizaban la tortura como instrumento auxiliar al servicio del proceso colonizador, civilizador, evangelizador le llamaban ellos. Con la llegada de la Ilustración en la Europa del siglo XVII, la tortura fue condenada oficialmente. El no ser torturado —bajo ningún pretexto político o de cualquier otro orden— fue proclamado como un derecho natural inalienable.

En Europa, la tortura fue oficialmente eliminada en el siglo XIX. Nada de eso significó que realmente fuese exterminada. Para terminar este brevísimo paseo histórico, señalemos que en el siglo XX nos topamos —en el mundo Occidental— con la *barbarie* de Hiroshima, Dachau, Auschwitz, Treblinka, etc. y en Latinoamérica con la creciente aplicación de la tortura en diversos países incluyendo los que pasan por obedecer regímenes democráticos: Pinochet en Chile y las dictaduras militares en Argentina, entre otras. La sofisticación de los procedimientos, para no dejar huellas comprobables, resulta también ominosa.

## 1. El peligro de las buenas conciencias

El torturador defiende los *buenos* valores. Afirma combatir el mal. Él actúa con buena conciencia. Según el enfoque psicoanalítico, hay que sospechar de las buenas conciencias, pues los actos más criminales se ejecutan, casi invariablemente, con una buena conciencia. Si alguien ha perdido la capacidad de sentirse culpable es más capaz de cualquier atrocidad, precisamente porque no tiene ya que luchar en su interior con su propio súper-Yo. Otro indicio: entre menos autonomía de conciencia, o dicho de otro modo, en cuanto más deleguemos (en un grupo, en una comunidad, etc.) *en otros* el juicio respecto a lo bueno o lo malo, más podremos hacer casi cualquier cosa con buena conciencia.

Basta que sea la buena conciencia del grupo. Pocos como Dostoievski han hecho agudas observaciones de la dura carga que representa para el ser humano tomar decisiones morales propias, sin tener que plegarse simplemente a lo prescrito —de una vez por todas y para siempre— por quienes ejercen la autoridad moral o el poder físico. Dostoievski menciona, en *El gran inquisidor*, a todas las ignominias que solemos estar dispuestos a hacer con tal de evitar ciertas incertidumbres y riesgos característicos del ejercicio del propio intelecto que no cuenta con las redes protectoras de dogmas eternos acerca del bien y del mal.

Dostoiewski, hablando por los administradores soberanos del Bien y del Mal, dice a este propósito: “[nuestros seguidores] nos lo dirán todo y según su grado de obediencia. Les permitiremos o no les permitiremos, tener hijos. Y nos obedecerá muy contentos. Y nos adorarán como bienhechores. Nos someterán los más penosos secretos de su conciencia, y nosotros decidiremos en todo y por todo; y ellos acatarán alegres nuestras sentencias, pues *les ahorrarán el cruel trabajo de elegir y de determinar por sí mismos*” (subrayado mío).

Quien simplemente obedece, no toma sobre sí los riesgos de equivocarse. Se ahorra las incertidumbres propias del ejercicio de la inteligencia. Somos proclives a buscar el consenso por el consenso mismo. Ordinariamente no nos importa tanto tratar de averiguar si

estamos dentro de la verdad o del error, de la verdad o de la mentira. En realidad, lo que nos cumple grandes favores es encontrarnos en la zona de opinión que goce de mayor aprobación, de mayor consenso. El sustentar cualquier doctrina u opinión que cuente con escaso consenso nos dejaría desprotegidos. Nos dejaría atentos a nuestro propio juicio.

Una gran mentira, es decir, una aseveración que cuente con suficiente consenso, nos protege más que una pequeña verdad. Llamo aquí *pequeña verdad*, aquella que cuenta con un consenso pequeño, limitado. En otras palabras, en cuanto al conocimiento se refiere, nos conducimos agudamente como animales que se pliegan al rebaño. En resumen, solemos interesarnos más por el consenso que por la búsqueda de la verdad.<sup>4</sup>

## 2. Imagen psicoanalítica del hombre

Para Freud, “el mayor obstáculo con que tropieza la cultura [es] la tendencia constitucional de los hombres a agredirse mutuamente” (Freud 1930, p. 503). Freud en carta al pastor protestante Pfister (véase Grotjahn 1976) escribía: “(...) en términos generales he encontrado poco *bien* en la gente. La mayoría son según mi experiencia, unos canallas, ya sea que pertenezcan abierta o solapadamente a ésta o aquella o a ninguna doctrina moral (...) si hay que hablar de ética reconozco un ideal elevado, del que casi siempre discrepan lamentablemente los que conozco”.

Freud seguramente tuvo que vencer fuertes resistencias internas para poder llegar —ya en una etapa avanzada de sus desarrollos teóricos— a reconocer la agresividad humana, digamos la maldad humana: “...pero yo no puedo comprender —decía— cómo fue posible que pasáramos por alto la ubicuidad de las tendencias agresivas y destructivas no eróticas, dejando de concederles la importancia que se merecen en la interpretación de la vida” (Freud 1930, p. 479).

En esa misma obra (p. 470) se extiende diciendo: “...el hombre no es una criatura tierna y necesitada de amor que sólo osaría defenderse si se le atacara, sino, por el contrario un ser entre cuyas disposiciones

---

<sup>4</sup> En estas ideas hemos insistido en el Capítulo 6.

instintivas también debe incluirse una buena porción de agresividad (...) el prójimo no le representa únicamente un posible colaborador y objeto sexual, sino también un motivo de tentación para satisfacer en él su agresividad, para explotar su capacidad de trabajo sin retribuirla, para aprovecharlo sexualmente sin su consentimiento, para apoderarse de sus bienes, para humillarlo, para ocasionarle sufrimientos, martirizarlo y matarlo. *Homo homini lupus*. ¿Quién se atrevería a refutar esta sentencia después (...) de todas las experiencias de la Historia? (...) Debido a esta primordial hostilidad entre los hombres, la sociedad civilizada se ve constantemente al borde de la desintegración”.

Observaciones psicoanalíticas han establecido ya con toda claridad que el *yo* (aquí entendido como *yo mismo*, *self* en inglés, *Selbst* en alemán) se constituye como tal a través de la presencia ineludible de los otros, particularmente por el camino de la identificación, como la primera y más básica de las formas de comunicación humana. Sobre esta base podemos concluir que no existe alteridad radical (Cf. Levinas 1983): “Somos los otros, y yo estoy en los otros. Rechazo, amo y odio a mí mismo en los otros, y los otros se rechazan, aman u odian a sí mismos en la imagen que yo les ofrezco”.

Este hecho, aunque presente en diversas proporciones y con diversos matices, está ahí de base. Es necesario tener en mente estos presupuestos antropológicos básicos para acercarnos a la comprensión de la tortura. Un fenómeno privilegiado en donde aparecen estas cuestiones de raigambre ética, son la *compasión* y la *responsabilidad*. La primera da cuenta de que el otro está en mí y yo sufro cuando él sufre. En el acto de tortura no se asume la responsabilidad, sino que el torturador se considera simplemente el brazo ejecutor de instancias superiores a él.

La responsabilidad presupone la compasión. Igualmente la compasión genera a su vez sentido de responsabilidad. En la tortura desaparecen ambas, la responsabilidad y la compasión. Como ejemplo de *situaciones límite* en cuanto a la relación responsabilidad-compasión se refiere, mencionemos la relación madre-recién nacido, o la situación en la que hay que decidir salvar la vida de otro en peligro. También habría que mencionar el *ayudar a morir* a alguien

que sufre agudamente y sin remedio. Estas situaciones representan una inversión bastante lograda de la tortura.

Prosiguiendo con la imagen psicoanalítica del hombre, señalemos que Freud en realidad —si nos vemos obligados a etiquetarlo— era: 1) un trágico griego nacido en Europa Central, (Heráclito, Sócrates, Sófocles y Empédocles le son familiares); 2) un representante tardío de la Ilustración (pocos como él han ejercitado la razón para iluminar la sinrazón del sueño y la locura; 3) un pensador dialéctico sin retórica alguna.

Para Freud, el ser humano es un ser conflictivo por excelencia 4) un existencialista ateo de los más agudos perfiles. Freud fue un convencido de que no tendremos misericordia de ningún Dios, y que dada esta ausencia de un Ser Superior piadoso, mas no vale que entre nosotros, los condenados a muerte, nos tengamos misericordia unos a otros, nos tengamos compasión entre nosotros. No es pues casualidad que Freud haya desarrollado —entre otras muchas cosas— también un método en que la empatía y, no en último término, cierta dosis de compasión, juegan un papel importante para intentar aliviar el sufrimiento sin que por ello tengamos que recurrir a ilusiones de allendidad ni a sugerencias manipuladoras.

### 3. El sabernos mortales y la agresividad

La agresividad es muchas veces un desquite de sabernos mortales. El sabernos mortales nos vuelve asesinos en potencia. El psicoanalista Zilborg (citado por Becker 1977) lo formula desde otro ángulo cuando dice: “El sadismo absorbe el miedo a la muerte”. Quien niega que va a morir se inclina más fácilmente a matar con el implícito deseo ilusorio de *sobrevivir*. Si ante mis ojos es el que muere, se hace más evidente que yo soy el que sobrevive y no el que muere. De ahí se desprende también la euforia latente ante las noticias catastróficas en donde precisamente son *otros* los que mueren.

Los deseos que mueran otros —no reconocidos porque nos asustan— traen consigo enormes consecuencias en lo que a sentimiento de culpa se refiere, porque todos somos asesinos, por lo menos



en pequeño, y de seguro a nivel de nuestros deseos inconscientes. Matamos a otros aun con pequeños actos —calumnias, murmuraciones, mentiras, insinuaciones—, con el afán de sobrevivir en el medio social en el que nos movemos.

Nuestra tesis reza así: torturar es propio de quien se sabe mortal. Dicho en otras palabras, la conciencia de nuestra condición mortal puede ser uno de los orígenes de la crueldad. Freud (1919) ha señalado que la incertidumbre respecto a si un objeto o un ser cualquiera es animado o inanimado, de si está vivo o muerto, despierta la sensación de lo siniestro. Freud nos recuerda además que “en sus primeros años el niño, en sus juegos, no suele trazar un límite muy preciso entre las cosas vivientes y los objetos inanimados”.

A este respecto el psicoanalista René Spitz ha mostrado las reacciones de pánico en niños (o incluso en adultos) cuando de repente un objeto que se da por sentado como inanimado, adquiere movimientos propios, produce manifestaciones sonoras propias: en otras palabras, cuando *resucita*. He aquí una prefiguración de la muerte aunque sea en sentido contrario: pasar de lo inanimado a lo animado.

¿Qué mayor prueba de impotencia intentar resucitar a un muerto?<sup>5</sup> Ya que no podemos tal cosa, a nuestro narcisismo le queda como recurso la perversa sensación posible de poder convertir a un vivo en muerto. El matar, y, sobre todo, el matar lentamente, nos hace sentir siniestramente poderosos.

#### 4. Obediencia y tortura: el experimento Milgram

No toda obediencia es virtud, ni toda desobediencia es vicio, nos dice Fromm en algunos escritos poco conocidos de su primera etapa. A este propósito, el investigador norteamericano S. Milgram (1963) ha realizado numerosos experimentos donde muestra la disponibilidad humana a obedecer aun teniendo a la vista los efectos dolorosos que implica su acto de obediencia. De los experimentos iniciales se han

---

5 La Iglesia Católica, sensible a esta fibra, considera piezas en extremo claves en su doctrina precisamente aquellas en que la muerte es vencida *a posteriori*, o de plano no tiene lugar. En el primer caso, hablan de la resurrección de Cristo y de que Cristo resucita a Lázaro, mientras que en el segundo caso la Asunción de la Virgen María a los cielos, en cuerpo y alma. El cristianismo afirma, pues, ni más ni menos, que la muerte es radicalmente vencida.

hecho múltiples variantes. Todas ellas se convierten indirectamente en *test* de nuestro potencial como torturadores; nuestra inclinación a causar daño a otros, teniendo —de preferencia— el manto protector de los *altos* fines a los cuales obedecemos.

Uno de los aspectos que indirectamente saca a la luz el experimento Milgram es el de la interrelación obediencia-tortura. En realidad, el investigador experimental Milgram tuvo simplemente la intención de investigar la vulnerabilidad individual ante el *influjo social* según expresión de él mismo. Sus sorprendentes resultados van más allá de lo planeado por él. Nos enseñan la capacidad de desligarnos de la propia responsabilidad y la exigua capacidad de compasión.

## 5. Tortura, contrapunto de la compasión

El ser humano ya no cuenta, para controlar su agresividad, con los *mecanismos desencadenadores innatos* (MDI) que le sirven de seguro control al animal. La seguridad del mero instinto, “esa voz de Dios que todos los animales obedecen” como la llamó Kant, ya es insuficiente. El *homo sapiens* tiene posibilidades inmensas de llevar su agresividad a cualquier extremo: la tortura sin más freno que la propia perversa imaginación.

Los MDI son formas de conducta que presuponen un conocimiento adquirido hereditariamente a través de la especie, es decir, se trata de una programación heredada filogenéticamente. No necesita ser aprendido aunque el aprendizaje puede sumársele. Por sí mismo asegura una respuesta automática y certera ante un estímulo clave que la experiencia acumulada de otras generaciones ha seleccionado para que sea suficientemente específico. La especificidad tiene por objeto excluir errores lo más posible.

El desencadenante clave es como una llave en la relación a la cerradura. Desde luego que esta llave suele ser muy compleja. Uno de los MDI está articulado para que la agresividad intraespecie sea inhibida y no haga estragos. Aquí postulo que en el *homo sapiens* la compasión o sus preliminares ocupan el lugar de los MDI que se han vuelto ineficaces en el nivel evolutivo del ser humano. El hombre es,

pues, el único que puede ir más allá de las inhibiciones de los mecanismos desencadenadores innatos o que puede perderlos en las batallas de la evolución.

En los lobos se ha descrito un mecanismo inhibidor de la agresión que convierte la lucha en lo más incruenta posible. Basta que el contrincante muestre su punto más débil y así lo exhiba frente al atacante para que éste desista de seguir agrediendo. En los animales no se da la tortura propiamente dicha.<sup>6</sup> En el *homo sapiens* este mecanismo inhibitorio puede ser fácilmente transgredido y la agresión prosigue. Es decir, se da la posibilidad de torturar. Los niños, en cuanto seres indefensos, llegan al mundo previstos de señales (la sonrisa automática al percibir lo que podría ser un rostro humano que lo aborda frontalmente) para inhibir la agresividad del adulto.

El fracaso de este mecanismo está amplia y trágicamente documentado en la conducta de torturadores durante la época del nacionalsocialismo. La crueldad humana deja muy atrás cualquier fenómeno que se le asemeje en el reino animal. El paso de animal a hombre, el paso del estadio de estar bajo la dirección del instinto al estadio de estar bajo *la dirección de la razón* se muestra grávido de consecuencia y no todas bienvenidas, pues la razón se muestra flaca, por decirlo de manera suave.

La compasión, o sus preliminares, la simpatía y la empatía sientan las bases para una mejor regulación de las relaciones humanas. *La capacidad de sentir compasión es el requisito básico indispensable para cualquier conducta ética.* En mi opinión, la compasión constituye el anclaje biológico de la ética.<sup>7</sup> El sentimiento de compasión puede ser último garante que impida la total destrucción del otro. Por otro lado, la compasión se encuentra *a caballo* entre el altruismo y el egoísmo. Si

---

6 A pesar de que recientes investigaciones en monos *reshus* (y en algunos casos más) se ha descubierto que la brutalidad del animal —antes más idealizado y más satanizado— puede alcanzar casi la brutalidad humana.

7 Esto pretende tener validez como para presentarlo a discusión, no solamente en lo llamado individual subjetivo, sino también en lo comunitario objetivo (es decir, las relaciones materiales, sean o no éstas las relaciones de producción). Recientemente J. Habermas ha señalado que “aunque la producción sea todavía el centro de la sociedad, se encuentra ya demasiado lejos de la trama social de los individuos” (citado por José María Pérez Gay), en *La Ronda de Jürgen*, Nexos 143, 1989, p. 6). Esta aseveración de Habermas merece, desde luego serias reflexiones.

no quiero tu dolor para que no me duela a mí, estoy siendo altruista. *La capacidad de compasión da cuenta de la más fundamental solidaridad. Me duele tu dolor. La compasión es un sentimiento eminentemente social.*

La actuación extrema de este sentimiento se da en el fenómeno Kolb, es decir, en el dar la vida por el otro. La capacidad de empatía equivale a tener —a disposición del otro— una especie de órgano extra para detectar el dolor de otros sobre la base de nuestras propias experiencias dolorosas. Con todo esto queda claro que la compasión la concibo como principio, en el doble sentido del término, de la ética.

Entrar en conocimiento de la víctima actúa como inhibidor de la agresividad. Respetando esa dramática lógica interna se prohíbe al verdugo entrar en contacto con el condenado a muerte. Al soldado invasor se le prohíbe *fraternizar* con el pueblo enemigo o invadido. Los que toman decisiones de lanzar una bomba atómica están sentados en un escritorio a miles de kilómetros de sus próximas víctimas.

Respecto a la compasión: paradójicamente una forma de tortura está basada en nuestra capacidad amorosa de compadecernos. Así, por ejemplo, para el sujeto compasivo le es más fácil tolerar el sufrimiento propio que presenciar el que se torture a un ser querido. Este hecho es utilizado siniestramente por el torturador. Está entre sus técnicas más exitosas.

## 6. Psicopatología y tortura

Las explicaciones a nivel de psicopatología individual siguen fracasando al querer caracterizar la personalidad del torturador. Ninguna explicación individual basta porque en realidad la personalidad del torturador corresponde a un tipo determinado de *sociedad* con la que se confunde. La sociedad en complicidad con la ciencia psiquiátrica (que no psicoanalítica) considera al torturador curiosamente como una personalidad a-social (personalidad a-social, psicópata, sociópata) cuando si algo tiene ese tipo de personalidad es precisamente no ser a-social sino producto neto de un tipo de sociedad. La sociedad produce sus propias patologías específicas que luego pretende combatir ignorando que son su propio producto.

Sin embargo, mencionemos desde la plataforma de la teoría de los instintos de Freud, que la tortura es una perversión (sadismo) íntimamente relacionada con la sexualidad (Freud 1905). Este hecho se ve confirmado por la frecuencia en que se mezcla las prácticas de tortura con las sexuales. Sin embargo, la tortura se aparta del sadismo propiamente dicho en la medida en que disminuyen los elementos sexuales placenteros en quien la practica (véase Mitscherlich 1983).

Para Freud —aunque él mismo confiesa que sus explicaciones son insuficientes (o.c. p. 58)— los elementos de la *pulsión de dominio* (*Bemächtigungstrieb*) juegan un papel clave en la perversión propia del torturador. Para Freud, la crueldad proviene de la filogenéticamente más joven *pulsión de dominio* (o.c., p. 94). Desde el punto de vista filogenético ha sido necesaria cierta dosis de agresividad para llegar al acople sexual tanto en los animales como en el hombre primitivo.

Este componente se desprende de su propósito original y se absolutiza, es decir, se convierte en fetiche. El fetiche de la agresión por la agresión misma, el dominio del otro por el dominio del otro: la potente autoafirmación llevada al extremo. En otros pasajes Freud (1917b) menciona el caso en el que uno se convierte en su propio torturador (*Selbstquälerei*): se trata de la melancolía (depresión endógena), en donde la agresión contra el objeto amado se vuelca inconscientemente contra uno mismo.

El *súper-yo* —ese órgano representante de las prohibiciones sociales— se encarga de castigarnos por impulsos agresivos que muchas veces ni siquiera se asoman a la conciencia. Las especulaciones sobre la pulsión de muerte surgen en Freud precisamente a partir de observaciones empíricas de hechos clínicos como el sadomasoquismo y de hechos político/económicos como la guerra.

Respecto a la paradójica crueldad con la que se conducen frecuentemente los niños, Freud la explica diciendo que la aparición de los sentimientos de compasión son relativamente tardíos y de lento desarrollo. De esa manera el niño pasa por un periodo largo en que su agresividad no cuenta con la inhibición que produce la compasión. Así pues, en su conjunto, la humanidad se comporta con la crueldad del infante, pero con la potencia y la técnica del adulto. En el siglo

XX —probablemente el más violento de la Historia—<sup>8</sup> encontramos indicios de que la *capacidad de compasión* (Freud, o.c., p. 93) retarda peligrosamente su desarrollo, o si alguna vez lo alcanzó, parece perderla paulatinamente.

*El presupuesto fundamental, el núcleo central para que la tortura sea tortura, es el que el otro esté a mi merced. La disponibilidad —ciertamente forzada— del otro es condición previa para la tortura.* De esto se desprende que cualquier relación entre personas (o entre naciones) alimenta las posibilidades de tortura en la medida en que propicie cualquier situación de vulnerabilidad y dependencia total. *En la medida en que se dé la situación de impotencia total, estará dada la invitación/seducción a cierto grado de tortura.*

No es pues casualidad que los niños, en su condición de máxima impotencia constituyan frecuentes y exquisitas víctimas del abuso violento. Otro elemento esencial a la tortura es la búsqueda del sufrimiento del otro, más allá de los propósitos políticos de su uso, así sean éstos ya en sí suficientemente macabros. Ejemplifiquemos: lo macabro —hacer sufrir a otro— se asoma en las masacres de trabajadores del hule en Putumayo (Perú) durante los primeros años del siglo XX.

Los trabajadores indígenas fueron brutalmente *mutilados y convertidos en incapacitados* para cualquier trabajo. Es decir, la agresión fue llevada más allá de sus propósitos de castigo ante la rebeldía, explotación y sometimiento de los portadores de mano de obra barata (Franco, o.c.). *Tortura es, pues, sinónimo de ausencia total de piedad.*

Cualquier estructura social que implica *estar a merced de*, es ya una *tortura incipiente, instituida*. En la relación sadomasoquista, una persona infringe sufrimiento a otra que así lo desea o que así lo admite consciente o inconscientemente. Si no se da la condición de que el que sufre esté enteramente a disposición del que infringe el dolor, no podemos hablar de tortura en sentido estricto.

La psicoanalista Thea Bauriedl (1988) describe un tipo de interrelación humana que se rige bajo el principio de “¿quién es el más fuerte?”, en contraposición a otro principio que trata de contestar

---

<sup>8</sup> Los inicios del Siglo XXI no son precisamente alentadores.

a la pregunta “¿cómo podemos sobrevivir juntos, o cómo podemos convivir más satisfactoriamente?” Según el primer modelo de relación, el otro queda implícitamente como el enemigo a vencer y se da en forma extrema en la situación de tortura.

En efecto, *el torturador pretende ante todo mostrar y mostrarse que es él incuestionablemente el más fuerte. Ese es su propósito fundamental*, así sea enmascarado con pretextos racionalizadores del tipo de “lo hago para obtener información útil para el Estado”, “estoy obedeciendo”, “cumpló con mi deber”, “defiendo los valores de la civilización occidental”. La tortura requiere ideología: Dios, la Patria, la Educación, son justificatorios cartabones comunes.

Y no es que esto no sea cierto, sino que esto es sólo una agravante más al mostrar que la tortura es inmanente al sistema, es decir, cuenta no sólo con consenso amplio, sino hasta con loas. En realidad, conviene mencionar, que cualquier relación humana puede tener en germen o estar provisoriamente regida por el principio de *yo soy el más fuerte*. Esto nos hace a todos torturadores latentes.

No es mera casualidad que el acto amoroso (estoy hablando del acto sexual) implica precisamente *bajar las armas*, implica *no hay jerarquía*. Es más, ni siquiera diferencias anatómicas. Por momentos no se sabe quién es quién. Estamos fundidos... estamos confundidos. No hay límites de identidad. Nos compadecemos uno al otro y hemos decidido consolarnos uno al otro. Te doy placer y me das placer. Esta descripción es —punto por punto— antípoda de la situación de tortura.

Volvamos al asunto del poder. *La práctica de la tortura no viene a ser otra cosa sino la concreción más extrema del uso del poder. La tortura es la práctica por excelencia del poder total*. Los torturadores son poderosos o no son torturadores. El torturador está en posición de decirle al torturado —ya se trate de tortura entre individuos o entre naciones: “Soy tu Dios. Yo determinaré en qué momento morirás o en qué momento te permito seguir viviendo. Seguirás vivo mientras me seas útil como puede serlo sólo un objeto a mi entera disposición”. En una lucha por el poder, o en una lucha llamémosle *normal* por la sobrevivencia, la consigna es o *tú o yo*.

En cambio, en la tortura la consigna es “indudablemente tú perderás porque estás totalmente en mi poder”. Cuando en una relación humana es la relación de poder la que predomina, no habrá cabida para la empatía, para la compasión, para el duelo común, para el reconocimiento de mi debilidad. Según ha señalado Sohni (1988), la mejor forma de fabricar torturadores es un tipo de educación en que el valor supremo es la contienda, la rivalidad; precisamente se trata de mostrar quién es el más fuerte.

Para esto los sentimientos estorban; no hay que confesar inclinaciones hacia los demás, se trata de huir de la liga afectiva como de la peste. No debería extrañarnos el acrecentamiento de las prácticas de tortura en una sociedad donde predomina el tipo de mentalidad como la que venimos señalando. Tal vez una de las raíces del hecho según el cual el *homo sapiens* es sin duda el animal más agresivo estriba en lo siguiente: el animal tiene una muy fuerte y estable identidad como especie, y más débil como individuo dentro de esa especie, sin que esto le reporte mayor problema.

El *homo sapiens*, por el contrario, en cuanto insertado en una red de relaciones sociales increíblemente más complejas, tiene como una gran tarea llena de difíciles obstáculos, el diferenciarse lo más posible como individuo durante el largo e interminable proceso de socialización. Esto lo lleva de manera radical a acrecentar su agresividad intraespecie como intento de hacerse de una inconfundible identidad, de su inconfundible lugar. Insisto en el hecho de que la agresividad acrecentada es precisamente intraespecie, es decir, no encontramos torturadores que al mismo tiempo sean torturadores de otras especies.

Incluso como prueba contraria encontramos, con frecuencia, torturadores que muestran un trato especialmente delicado hacia los animales o plantas. La hipótesis psicoanalítica sería que los animales o plantas se prestan menos para ejercer nuestro dominio y superioridad sobre ellos por ser ya sobreentendido y porque —repito— no podemos ver tan fácilmente en ellos (animales y plantas) nuestras propias características odiadas. Aquel a quien torturo representa todo lo que odio en mí mismo. Mediante el mecanismo de proyección coloco en el otro, no sólo lo mío rechazado, sino toda la suma de lo rechazable, de lo peligroso, de lo abyecto, de lo diferente.



## 7. La tortura en relación con la alteridad

La meta del torturador sería: “Quiero que te arrepientas de lo que eres, quiero que dejes de ser lo que eres, quiero que añores dejar de existir”. “¿Qué mejor manera de arrancarte la confesión implícita de que ya no quieres ser *así*, si ya ni siquiera quieres existir de ningún modo?” El resultado es que yo como torturador quedo reafirmado.

La tesis de torturar por no tolerar la alteridad se ve dramáticamente confirmada por la frecuencia con que los niños son maltratados por uno de los padres al ver en el niño, inconscientemente, la imagen no tolerada del cónyuge o un aspecto de sí mismo según lo ha señalado H.E. Richter (1963) y Biermann (1980).

*En esencia, la tortura sería una forma extrema de reaccionar ante el hecho de no poder soportar que seas lo que eres, porque si eres lo que eres pones en evidencia que hay otras formas de ser. En otras palabras: no sólo mi forma de ser es la única justa, adecuada, correcta, legítima.* No es la casualidad que uno de los ingredientes predilectos de la tortura sea precisamente vulnerar la identidad de la víctima.

El conquistador español Francisco Pizarro, después de invadir territorio inca, disponer de los bienes y de las vidas de los indígenas, en un acto final de dominio total sujeta físicamente al indio Atahualpa en plena plaza pública tratando de arrancarle declaraciones de abjuración de lo que Atahualpa veneraba. Como acto final, antes de quitarle la vida, Pizarro lo bautiza. De esta manera simbólica no acepta la alteridad de Atahualpa. Lo obliga con violencia a ser uno de los suyos para no seguir presenciando las diferencias. Al mismo tiempo obtiene una racionalización justificatoria, pues en último término le está permitiendo —según él— salvar su alma mediante el bautizo.

El existencialista cristiano Dostoievski (1986), atormentado por los problemas que le planteaba la presencia del mal en el mundo y el problema del buen o mal uso de las decisiones libres, sostenía que el impulso religioso era para el hombre sumamente importante en cuanto que el hombre, al obedecer ciegamente a un ser superior, descansaba del tormento de tener que decidir por sí mismo. Veamos la siguiente cita de Dostoievski tomada de su escrito *El gran inquisidor*:

El más vivo afán del hombre libre es encontrar un ser ante quien inclinarse. Pero quiere inclinarse ante una fuerza incontestable que pueda reunir a todos los hombres en una comunión de respeto; quiere que el objeto de *su* culto sea un culto universal; quiere una religión común.

Detengámonos aquí simplemente para hacer notar que en este texto Dostoievski destaca la necesidad humana de certidumbres y de consenso, y como es bien sabido ante la fragilidad de nuestro aparato cognoscitivo, sufrimos múltiples incertidumbres que buscan precisamente el puerto seguro del mayor consenso imaginable. Cualquier divergencia es angustiígena. Prosigamos con la cita interrumpida, Dostoievski continúa diciendo: “Por realizar esa quimera los hombres se exterminan. Cada pueblo se ha creado un dios, y le ha dicho a su vecino: ¡adora a mi dios o te mato!”

Queda de esta manera patente uno de los aspectos básicos de la tortura: dificultad en aceptar la alteridad del otro. Quien posee una cierta fortaleza en su identidad, tendrá mejor punto de partida para aceptar y respetar la alteridad del otro, pues en el origen de todo acto inmoral se da el querer imponer la propia realidad para que ésta no quede en suspenso y sólo con una validez relativa, en movimiento.

Al tener dificultad en vivir con nuestra ignorancia y ante el tener que seguir tomando decisiones con cierto índice de incertidumbre, proclamamos tener ya la certeza única y total. De esta actitud brota el atropello de las diferencias étnicas, culturales, sexuales, nacionales y, tal vez en primer término, diferencias de cosmovisión, que supuestamente amenazan robarnos nuestra explicación, nuestro sentido de vivir.

## 8. Previendo dos malentendidos

a) Freud, al mostrar la agresividad constitutiva del hombre, no justifica para nada la guerra, sino postula la necesidad de modificar y apoderarse (*bemächtigen*) de la agresividad para, precisamente, evitar las guerras. Si acaso, Freud (sin ingenuidad) ve las dificultades en alcanzar dicha meta. Para Freud, evidentemente, el ser humano no está ahí como *producto terminado* (esencialismo), sino en evolución azarosa.

b) A fuerza de insistir, con razón, en que todos somos capaces de cualquier brutalidad y en que los torturadores, de hecho, suelen comportarse como ciudadanos comunes y corrientes, brota la idea de que torturar no necesariamente implica patología. Si alguien sigue sosteniendo que la tortura no implica patología, en realidad está recurriendo a visiones eufemísticas como las usadas por los torturadores para justificarse.

El que alguna patología se extienda con una amplitud suficiente entre la población, no quiere decir eso que sea normal. A no ser que ante el complejo problema de la normalidad o anormalidad se opte por un criterio estadístico. El concepto de norma no puede postular como valor psicológico el que reaccionar con indiferencia, sin piedad, sin compasión frente al sufrimiento del otro, es señal de perturbación anímica. Sobre todo si el sufrimiento del otro es causado por nosotros mismos.

Dicha conducta nos revela que los mecanismos de identificación e introyección de lo que en psicoanálisis se llama *objeto bueno* no han podido llevarse a cabo. De esa manera queda perturbado el camino que transita del Yo al Nosotros (Caruso), del narcisismo al amor objetal, del individualismo a la solidaridad expresada —entre otras cosas— en la capacidad de compadecer e incluso en cierta dosis de compadecernos. Con esto último quiero decir, darnos un poco de tregua ante las exigencias desmedidas de una sociedad que venera la productividad y se muestra enemiga del Eros.

Todavía más: el hombre moderno ha inventado un ejercicio digamos “inocente” de la crueldad, me refiero a la continua escenificación de la crueldad en el cine. El séptimo arte, no solo es arte sino entretenimiento, divierte, entretiene al espectador, lo familiariza con el horror de cualquier violencia. Lo hace en forma indirecta, sutil, “inocente”, sin consecuencias en el exterior.

El refinamiento de la crueldad se sirve del maltrato real, del asesinato real —para una vez filmado, reproducido, copiado—, ponerlo en venta a un público —seguramente existente— que se encarga de comprar las copias de los videos. Si emperadores romanos convertían en espectáculo el desgarramiento mortal de los cuerpos de los cris-

tianos —minorías de aquellos tiempos— por lo menos no añadían el tráfico, la ganancia monetaria para permitir el acceso al espectáculo.

¿No encontramos aquí la amalgama de diversas perversiones?: sadismo, voyeurismo, irresponsabilidad extrema, anonimato protector, proyección total: “aquellos asesinos que estoy viendo son los malos”. Torturo por interposita persona, digamos por encargo. Me fabrico mis mercenarios virtuales de la tortura. ¿Acaso no encargamos a mercenarios para que se responsabilicen de los actos más crueles? ¿Hitler se quemó las manos en el trabajo de un horno crematorio?

Una reflexión final: ¿No es la cruz, un símbolo de tortura? ¿No se nos dice que Cristo nos redimió a través de su dolor? ¿No habrá un Dios (o un dios) que prefiriese salvar a sus criaturas por vías no cruenta? Por cierto, ¿de qué es aquello que pretende salvarlos? Yo, en lo personal, tendría inclinación por inscribirme en una cultura que no requiera una redención cruenta... Tampoco creo que sería fácil encontrar una cultura en que la agresividad no juegue papel alguno... bueno, también tengo la opción de tratar de morir irredento y de permanecer en la lucha por las revoluciones pendientes. Naturalmente con la menor ingenuidad posible.

## Bibliografía

N.B. En este texto he utilizado algunos —muy pocos— párrafos completos de otra conferencia anterior (también inédita) intitulada “Ética y Psicoanálisis” pronunciada en el Museo Regional de Guadalajara en 1988 dentro del ciclo Ética y Existencia.

Amati, S. (1977) *Reflexionen über die Folter*. Psyche 31:228-245.

Bauriedl, Th. (1988) *Das Leben zu risquieren*. Piper Verlag (München) p. 28-29.

Becker, E. (1962) *La lucha contra el mal*. FCE (México) p.188.

Biermann, G. (1980) “Kindesmisshandlung”. En: *Die Psychologie des 20. Jahrhunderts*. Band XII, Kindler Verlag (Zurich), p. 723.

Dostoievski, F. (1986) “El gran inquisidor”. En: *Cuentos rusos*. Editorial Porrúa (México), p. 24.

Engels, F. (1983) *Anti-Dühring*. MEW 20:154. Dietz Verlag (Ost-Berlin).

- Marx/Engels. *Obras fundamentales*. 18:46. FCE (México).
- Freud, S. (1905) *Dreiabhandlungen zur Sexualtheorie*. GW V, pp. 58, 93, 95.
- \_\_\_\_\_ (1919) *Das Unheimliche*. GW XII, p. 245.
- \_\_\_\_\_ (1930) *Das Unbehagen in der Kultur*. GW XIV: 479,471.
- Franco, Jean (1989) “Torturas modernas, violencias antiguas”. *La Jornada Semanal*. Nueva Época No.19, octubre 22, p. 35.
- Grotjahn, M. (1976) “Freuds Briefwechsel”. En: *Die Psychologie des 20. Jahrhunderts*. Band II, Kindler Verlag (Zurich), p. 59.
- Levinas, E. (1983) *Die Spur des Anderen*. Kart Verlag (Freiburg), p. 23.
- Milgram, S. (1983) “Behavioral Study of Obedience”. *Journal Abnorm. Soc. Psychol*, 67, pp. 372-378.
- Mitscherlich, A. (1983) “Zweiarten der Grausamkeit”. En: *Gesammelte Schriften*. Band V. V. Suhrkamp Verlag (Frankfurt), pp. 322-342.
- Richter, H. E. (1963) *Eltern, Kind und Neurose*. Klett Verlag.
- Schenk (2000) *Aberglaube Angst und Terror – Massenmord und Volksverhetzung in der Weltgeschichte* Gustav Schenk (Hg.) Mundus Verlag 2000, p. 211
- Sohni, H. (1988) “Ethische Normen als Waffen”. *Anmerkungen aus dem Institut für Politische Psychoanalyse*, No. 9, dezember (München), pp. 85-97.



---

**Homenaje**

---





**Kelsen: sobre socialismo y democracia “...el desarrollo inmanente de la democracia...”. (Kelsen: about socialism and democracy “. . .the imminent devolopment of democracy. . .”)**

*Jorge Fuentes Morúa<sup>1</sup>*

**Preliminar**

Este escrito desarrolla su argumentación a propósito de la obra de Hans Kelsen, *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*. La primera edición de esta obra apareció en 1920 y el “Prefacio” a la segunda edición está fechado por el autor en Viena, junio de 1923. Para la exposición de esta presentación se emplea, hasta donde se sabe, la primera traducción del idioma alemán al castellano de la segunda edición de esta obra, versión realizada por Alfonso García Ruiz, al cuidado de José Aricó y publicada por la Editorial Siglo XXI, Biblioteca del Pensamiento Socialista, México, 1982. Conviene anotar que esta traducción está precedida por un estudio de Roberto Racinaro, publicado originalmente en lengua italiana, en Bari 1978. Racinaro explica eruditamente la relevancia de esta obra kelseniana, tanto durante la coyuntura del influjo notable del austro-marxismo, como durante la articulada a partir del triunfo de los bolcheviques, sin omitir su preocupación por subrayar la relevancia de este texto kelseniano en Europa Occidental después de la Segunda Guerra Mundial, particularmente en el ámbito de los intelectuales italianos y los de expresión en lengua alemana, por lo menos hasta finales de la década de los años setenta cuando este germanista italiano terminó su escrito: “Hans Kelsen y el debate sobre democracia y parlamentarismo en los años veinte y treinta”. En esta exposición examina cuidadosamente la obra de Kelsen, *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*. En consecuencia, se usa el texto de Racinaro y también se ha empleado para la escritura de esta po-

171

<sup>1</sup> Profesor-Investigador del Departamento de Sociología, Ciencia Política, UAM-Iztapalapa.

nencia el trabajo de Hans Kelsen, *Marx o Lassalle. Cambios en la teoría política del marxismo* data de 1924, cuya traducción de la lengua alemana a la castellana ha sido incluida como apéndice de *Socialismo y Estado...* La primera edición de este opúsculo data de 1924 y, como *Socialismo y Estado...* (1923), fue editada en Leipzig. Los editores en lengua castellana de estas obras de Kelsen explican que en 1965 el libro *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*, logró la tercera edición en idioma alemán.

La segunda edición de la obra en comento, incluye densas y numerosas notas a pie de página donde Kelsen expone enérgicamente sus argumentos rebatiendo las críticas que había merecido la primera edición de su obra, formuladas por dos de los grandes intelectuales del austro-marxismo: Max Adler<sup>2</sup> y Otto Bauer, pues ellos habían cuestionado las tesis kelsenianas formuladas en *Socialismo y Estado...* Kelsen escribió este trabajo en una coyuntura histórica inédita, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. El derrumbe del Imperio Austro-Húngaro (pluriétnico), del Imperio Alemán y del Imperio Ruso (pluriétnico), dieron por resultado un cambio histórico hasta ese momento desconocido: el movimiento obrero ocupó posiciones políticas como no lo había logrado antes del estallido y desenlace de la

---

2 Con la finalidad de presentar un pasaje característico de la discusión de Kelsen con Max Adler, se transcriben las siguientes líneas: “Max Adler piensa que, en la sociedad anarquista del futuro, la constrictión se convertirá ‘de función de dominio en una medida de utilidad’ [...] como si no lo fuera ya en la actualidad sólo que Max Adler no aprueba su ‘finalidad’ y —ya que la constrictión será necesaria también en el futuro— de todos modos no será aprobada tampoco en la sociedad del futuro, al menos por parte de aquellos contra los que podrá dirigirse posiblemente. ¡Pero se equivocarán, ya que la finalidad de la constrictión será entonces absolutamente buena! ¡Qué ingenuo absolutismo, qué ingenua metafísica del anarco-comunismo! Sólo que se tiene obviamente una contradicción dentro de la contradicción cuando Max Adler —al que aparentemente esta constrictión ‘útil’ no le place— añade que la constrictión ‘se limitará al mínimo de la necesidad’, en la medida en que se convierte en una regla de utilidad. ¿Para qué entonces esto, si ella sólo sirve para la consolidación del ordenamiento comunista? Es comprensible que se limite lo más posible la constrictión, para realizar un ordenamiento injusto. Pero, ¿en el caso de un ordenamiento *justo*, *absolutamente* justo, ante el cual la constrictión ya no se considera como tal? ¡Pero cómo hay que imaginarse esta ‘constrictión’, si Adler, por otra parte, declara nuevamente que esta constrictión, a pesar de que se basa en la ‘voluntad consciente y congruente de todos los miembros de la comunidad, liberados de oposiciones económicas’, ‘seguirá siendo *formalmente* una constrictión para aquel contra el que actúa’ [...]!”. Max Adler citado por Hans Kelsen, *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*, Ed. Siglo XXI, México 1982, p. 269.

Primera Guerra Mundial. En Austria y en Alemania los Partidos Socialdemócratas lograron consolidar lugares muy relevantes en sus respectivos Parlamentos y en algunos lugares de la administración pública. En Hungría se instaló una República Consejista de fugaz duración. En tanto el Imperio Zarista fue demolido y en su lugar surgió la Unión Soviética bajo el influjo definitivo de los bolcheviques. Este cambio de época motivó una intensa y muy notable producción de investigaciones, congresos, artículos científicos y libros sobre la teoría política marxista, misma que había sido arrojada por el cambio de época histórica del mundo de las ideas, programas, proclamas y conceptualizaciones, al mundo de la realidad, es decir, al de la política empírica.

## 1. Socialdemocracia: estado y derecho

En tal contexto histórico, Kelsen ingresó a la polémica sobre la teoría política marxista, así explicó en el “Prefacio a la segunda edición” el sentido de su participación en dicha discusión. Evoquemos las palabras del antiguo profesor de la Universidad de Viena:

Precisamente por la polémica, a la que fui arrastrado con uno de los más importantes representantes del socialismo científico, es importante para mí afirmar, con toda energía, que mi escrito no se dirige contra el socialismo. Yo sólo me enfrento críticamente con el *marxismo* y, dentro de él, sólo con su *teoría política*. Lo que está en discusión no es la idea socialista, sino sólo la posibilidad, sostenida por el marxismo, de una realización a-estatal del mismo. Se debe dar una solución al conflicto, que aflora siempre de nuevo, y no sólo en el ámbito del socialismo, entre *anarquismo* y *estatismo* [*Etatismus*]. Y además, al problema tan importante tanto para el socialismo como para cualquier teoría política, de la oposición entre *autocracia* y *democracia*.<sup>3</sup>

Kelsen estableció los límites de sus críticas, pues en ciertos pasajes, tal vez por la enjundia de las mismas, pudiera sugerir una postura antisocialista. No fue así. En consecuencia lo que le interesó

---

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 177.

destacar fue la defensa del Derecho y el Estado como formas necesarias para la organización democrática de la sociedad. Por tanto, examinó incisivamente las obras más relevantes de Marx, Engels, las de los teóricos socialdemócratas y bolcheviques. Los ejes conceptuales de sus críticas giraron en torno de los binomios **autocracia y democracia, anarquismo y estatismo**. Examinó cuidadosamente el *Manifiesto Comunista*, desentrañó la teoría política contenida en los escritos de Marx y Engels. Expuso cómo los escritos sobre la teoría del partido de la Socialdemocracia alemana contenían los elementos necesarios para derivar una teoría sobre el Estado que lejos de proponer su extinción terminaban por argumentar la necesaria consolidación del Estado. Para ello se ocupó de los trabajos de Kautsky, Bebel, Plejánov, Bernstein, Pannekoek y Renner. Solo se transcribe un pequeño pasaje de las ideas de Kautsky, considerado por Kelsen:

Kautsky niega la posibilidad 'de disolver la función estatal de los funcionarios' después de la victoria de la revolución proletaria, destruye la ilusión de poder renunciar a un aparato administrativo, y se remite a la necesidad de los ministerios de la educación, de las finanzas, de la justicia y de la guerra y hasta afirma directamente la probabilidad de una ampliación de las funciones administrativas.<sup>4</sup>

Llegó a la conclusión de que los grandes teóricos de la socialdemocracia alemana y austriaca mantenían una postura dinámica frente a la problemática del Derecho y el Estado. Tal movimiento conceptual se vio acelerado a raíz del ascenso de los bolcheviques al poder en la reciente entidad política: la Unión Soviética. La nueva República Conciliar, lejos de propiciar en el seno de la Socialdemocracia posturas sobre la disolución del Derecho y el Estado, originaron una posición inclinada hacia el Socialismo de Estado. Debido a esta circunstancia Kelsen se abocó al examen de las propuestas de Ferdinand Lassalle, quien desde el siglo XIX había argumentado sobre la necesidad de

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 287-288. De este modo Kelsen buscó pasajes en las obras de los teóricos socialdemócratas donde expresaran la sobrevivencia y la necesidad del Estado. Kautsky, citado por H. Kelsen, *Op.cit.*, pp. 287-288.

construir el socialismo desde el Estado: Socialismo de Estado. Con esta conclusión Kelsen logró defender su idea sobre la permanencia del Estado y del Derecho, legitimándola a partir de la localización de los elementos legalistas y estatistas, en la vasta obra de los marxistas socialdemócratas ya mencionados.

Lo cierto es que Kelsen mostró vivo interés en una concepción pluralista de la política, el derecho y el Estado al considerar aspectos de la coyuntura austriaca:

Como es falso también caracterizar un estado de democracia o autocracia, porque una legislación democrática puede encontrarse junto con un ejecutivo autocrático, y las diversas funciones del estado pueden estar sujetas a diversos principios organizativos, del mismo modo que una constitución democrática significa la posibilidad de que en los distintos estados puedan llegar al dominio diversos partidos y, en consecuencia, también diversas “clases”. El primero en llegar al gobierno en las comunidades [...], cuyas instituciones representan las democracias más antiguas, fue también el partido socialista, como partido del proletariado, en tanto que el gobierno del estado y la mayoría parlamentaria estaba todavía sólidamente en manos de la burguesía. En el estado federal, precisamente, se puso de manifiesto de una manera particularmente clara esta relación, cuando diversos partidos y también diversos estratos de la población consolidaron su gobierno en los distintos estados miembros y en el estado supremo. Cuando, por ejemplo, Viena, el territorio federal más grande y más importante desde el punto de vista económico de Austria, estuvo, junto con su parlamento, cuya mayoría de dos tercios era socialdemócrata, bajo un gobierno meramente “proletario” y desarrolló conscientemente y con éxito una política financiera y de previsión social socialista, en tanto que el gobierno federal puramente burgués y basado en una mayoría burguesa se vio obstaculizado a cada paso en el Consejo nacional por el poder de los sindicatos y por el ejército orientado en un sentido absolutamente socialdemócrata, ¿su estado puede caracterizarse como un comité ejecutivo de la clase capitalista? Para no hablar del caso en que el gobierno central representa también una coalición entre los partidos burgueses y los partidos proletarios...<sup>5</sup>

Con razonamientos como este, Kelsen cuestionó una interpretación monista del Estado.

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, pp. 373-374.

## 2. Pluralismo político

El pluralismo político es una postura teórica y política que tiene entre sus intereses el de limitar el poder del Estado Centralista. Por ello se opone a la tendencia de concentración y unificación del poder. Si bien es cierto que la doctrina liberal de la división de poderes busca fragmentar el poder absoluto, tan hipotético como histórico, lo lleva a cabo desde una perspectiva vertical. Por su parte, el pluralismo político pretende una división del poder horizontal y no vertical. Kung Chuan-hsiao adelantó esta caracterización del estado pluralista:

El Estado pluralista es simplemente un estado en el cual no existe una fuente de autoridad única que es omnicompetente y omnicompreensiva, es decir, la soberanía; no existe un sistema unificado de derecho ni un órgano central de administración, ni una voluntad política general. Por el contrario, hay una multiplicidad en su esencia y en sus manifestaciones; es divisible en partes y debe ser dividido.<sup>6</sup>

Bobbio explicó que el pluralismo político es compatible con la doctrina constitucionalista, pues es articulable la división de poderes vertical con la división de poderes horizontal; además compatible con la doctrina liberal en lo que se refiere a la limitación de la injerencia estatal, pues este acotamiento es necesario para el crecimiento y desarrollo de grupos de poder distintos del Estado; el pluralismo político coincide con la doctrina democrática porque a las dos les preocupa el autoritarismo y el estatismo.<sup>7</sup>

El pluralismo político se distingue del liberalismo en tanto lo cuestiona por su postura individualista, para el planteamiento pluralista es indispensable la práctica de la democracia participativa mediante ésta se conforman las comunidades horizontales, vía necesaria para combatir distintos aspectos del centralismo estatista.

---

<sup>6</sup> Kung Chuan-hsiao, *Political pluralism. A study in contemporary political theory*, citado por N. Bobbio y N. Matteucci en *Diccionario de Política*, L-Z, S. XXI, p.1210.

<sup>7</sup> N. Bobbio, "Pluralismo", en *Diccionario...*, *Ibid.*, pp. 1209-1210.

### 3. Pluralismo jurídico

Existen diversas vías para explicar el resurgimiento del pluralismo jurídico, al menos en América Latina. Es verdad que notables antropólogos estudiaron sociedades dotadas de reglas y prácticas jurídicas, a pesar de no contar con Estado; también es cierto que durante el proceso de colonización hispánico en algunos lugares se establecieron ciertas formas de pluralismo jurídico, por ejemplo en la Nueva España en cuanto al reconocimiento de algunas autoridades indígenas. Sin embargo, lo que ha colocado en la mesa de discusión durante las últimas décadas la problemática del pluralismo jurídico es el permanente ascenso del movimiento indígena latinoamericano. Por sólo mencionar algunos países ejemplares por la lucha de sus pueblos originarios: Bolivia, Chile, Argentina, Ecuador, México, etc. En consecuencia, el principal factor explicativo de la discusión contemporánea sobre el pluralismo jurídico es la lucha de los mapuches en Chile; aymaras y quechuas, en Bolivia; guaraníes en Paraguay; los pueblos mayas del sureste mexicano, así como raramuris, yaquis, en el noroeste mexicano; la lista es interminable. Este abigarrado sujeto histórico en proceso de consolidación es quien ha ubicado en el corazón de la polémica la problemática del pluralismo jurídico, pues sus demandas democráticas y reclamos justicieros, todos sin excepción, han expuesto críticamente el centralismo y el estatismo gubernamental, reforzado ahora por los intereses de los grandes inversionistas nacionales y extranjeros; así sea esta afirmación tan solo válida para México que es el país al cual conozco.

Conviene mencionar algunas perspectivas sobre el pluralismo jurídico. Raquel Irigoyen lo define del modo siguiente:

...existencia simultánea —dentro del mismo espacio de un estado— de diversos sistemas de regularización social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, técnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Raquel Irigoyen, citada por Francisco López Bárcenas, “Ensayo sobre la ceguera...jurídica. Las teorías jurídicas y el derecho entre los *ñuú savi*”, en Oscar Correas (coord.), *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes*, UNAM, México, 2007, p. 85.

Por otra parte, José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, anota la opinión de Boaventura de Sousa Santos sobre algunas circunstancias donde se manifiesta el pluralismo jurídico:

- a) Una situación colonial, por la coexistencia del derecho impuesto y el derecho nativo.
- b) La presencia del derecho oficial y sistemas jurídicos indígenas.
- c) Situaciones revolucionarias o de modernización que generan presencia simultánea de sistemas.
- d) Sociedades modernas con grupos que crean su propia legalidad paraestatal: grupos excluidos (pobres, habitantes de barrios marginales, etcétera).
- e) Ciertos grupos con poder económico; grupos con alguna característica común: religiosa, cultural, racial, territorial, gremial, etcétera.
- f) Regulaciones de carácter transnacional que se sobreponen a las nacionales...<sup>9</sup>

El derecho constituye la armazón, la estructura, la nervadura del Estado. Si el pluralismo político está interesado en impulsar una sociedad más horizontal y menos centralizada, más participativa, entonces la relación jurídica deberá estar distante del centralismo jurídico, aceptando la existencia de diversos lugares productores de reglas y normas jurídicas, construyéndose de este modo diversas relaciones jurídicas que mediante formas de homologación propicien una organización más próxima a expresiones autogestionarias.

#### 4. La crítica a la teoría bolchevique<sup>10</sup>

En la segunda década del siglo XX ocurrieron dos grandes procesos revolucionarios, el primero en América Latina, en México; el segundo, en Rusia con la Revolución de Octubre, la cual ocasionó la

---

<sup>9</sup> Boaventura de Sousa Santos, citado en José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, *Derecho indígena en Mesoamérica*, Maestría en etnicidad, Etnodesarrollo y derecho indígena, Guatemala-México, 2007, pp.123-124.

<sup>10</sup> El autor de este texto no suscribe todos los juicios críticos del ilustre profesor vienés, sobre la teoría y práctica bolcheviques. Sin embargo, es necesario reconocer el notable valor metodológico de estos juicios.



demolición del Imperio zarista. Probablemente este acontecimiento histórico originó una de las mayores modificaciones a las relaciones de propiedad, las relaciones de poder y a la misma estructura estatal y gubernamental. Como se sabe fue abolida la monarquía inaugurándose el régimen soviético. Estas transformaciones numerosas en una nación tan extensa geográficamente y con una composición pluriétnica determinada por su naturaleza euroasiática significaron una intensa actividad para el Estado Soviético, pues debió emprender una compleja tarea constitucional y administrativa con la finalidad de definir la organización del Estado Soviético; esta coyuntura originó la coexistencia por lo menos de cuatro tipos de ordenamientos legales a saber:

1. Supervivencia de aspectos de la normatividad existente durante la Rusia zarista.
2. La nueva legalidad fundada en la nueva Constitución Soviética.
3. Reglas y prácticas jurídicas surgidas al calor del ascenso de las masas populares, por ejemplo, elecciones de autoridades.
4. Reglas y prácticas jurídicas originadas en sociedades religiosas y en antiguas estructuras agrarias.

Este conjunto polifacético de disposiciones jurídicas y políticas crearon una coyuntura próxima al pluralismo jurídico. En este trabajo se incluyen las ideas de Boaventura de Sousa Santos sobre aquellas condiciones donde se manifiesta el pluralismo jurídico, escribió el jurista portugués: “Situaciones revolucionarias o de modernización que generan presencia simultánea de sistemas”. La discusión que sostiene Kelsen en torno a las transformaciones jurídicas en la Rusia Soviética pone de manifiesto que está analizando una coyuntura jurídica heterogénea sujeta a un proceso de homogeneización articulada por la política bolchevique. Frente a este proceso, Kelsen exige el reconocimiento de entidades que tienen prácticas jurídicas distintas con el propósito de que alcancen cierta igualdad sin necesidad de cancelar su propia especificidad. Kelsen sostuvo que:

En Rusia, la lógica de los hechos —y no la teoría del marxismo— obligó a la dictadura del proletariado a un riguroso rechazo de la democracia y a la adopción de una forma estatal *aristocrática*, si así puede caracterizarse la *constitución soviética*, que, con su sistema de los consejos obreros, ejerció un poderoso influjo en toda la ideología del movimiento socialista incluso en los demás estados.<sup>11</sup>

De este modo caracterizó la esencia de la Constitución Soviética, cuyo influjo ideológico se debió a su fundamento: los Consejos Obreros. Según Kelsen, gradualmente los epígonos de Lenin dejaron de lado la terminología democrática desapareciendo figuras como República Parlamentaria o República Democrática, defendiendo la nueva forma de Estado caracterizado por la vigencia del poder de los Consejos, de los diputados obreros, campesinos y soldados.<sup>12</sup> El examen kelseniano de algunos escritos de Trotski explican cómo el fundador del Ejército Rojo consideró que la pesada maquinaria propia de las instituciones democráticas no puede servir a la lucha de clases, sobre todo en un país extenso que puede caracterizarse por el atraso técnico.<sup>13</sup>

Según la lectura de Kelsen, otra figura señera del bolchevismo, Radek, afirmó: “El gobierno de los Consejos no es una forma estatal democrática, es la forma del gobierno obrero”.<sup>14</sup> En consecuencia, la democracia parlamentaria es la expresión del dominio burgués, del capital.

Para Kelsen, Bujarin planteó cómo la diferencia entre la República Parlamentaria y la República de los Consejos, es que en esta última:

...las clases que no trabajan no tienen ningún derecho a voto y no toman parte alguna en la dominación del Estado. Los soviets dominan al país. Estos consejos están elegidos por el pueblo trabajador en los lugares donde se trabaja: en las fábricas, en los talleres, en las minas y en las aldeas.

---

11 Kelsen, *Op. cit.*, p. 326.

12 N. Bujarin, *El Programa de los bolcheviques*, citado por Kelsen, *Op. cit.*, p. 326.

13 L. Trotski, citado por Kelsen, pp. 326-327.

14 Radek, citado por Kelsen, p. 327.

La burguesía, los antiguos propietarios, terratenientes, los banqueros, los comerciantes, los especuladores, los mercaderes, los tenderos, los intelectuales burgueses, los sacerdotes, los obispos, en una palabra, toda la banda negra, no tiene derecho a votar, ningún derecho político fundamental, ante todo, no tiene ninguna libertad de prensa, de formar ligas y de asambleas. Vemos que es necesario un atentado contra la libertad frente a los adversarios de la Revolución. En la revolución no puede haber libertad alguna para los enemigos del pueblo y la revolución [...] El partido comunista no reclama libertad alguna (de prensa, de palabra, de reunión y de asociación) para los *enemigos del pueblo*, para los burgueses. Al contrario, pide que se esté siempre listo para suspender la prensa burguesa, para disolver sus asociaciones, para prohibirles mentir, calumniar y sembrar el pánico, y también que se esté listo para oprimir sin la menor piedad toda tentativa de volver al poder. Concluye Kelsen que estos son los rasgos que configuran la *dictadura del proletariado*.<sup>15</sup>

Kelsen señaló con índice de fuego la limitación de los derechos políticos en la Constitución Soviética, creada por el partido de los bolcheviques y puesta en práctica por el gobierno de este partido. No obstante, Kelsen reconoció que la Constitución Conciliar implicó una ampliación totalmente extraordinaria de la universalidad de los derechos políticos en tanto éstos son garantizados por el Estado, tanto a los ciudadanos soviéticos como a los extranjeros que viven en Rusia por motivos de trabajo. Tales derechos, explica, se encuentran en el inciso 20, sección II de la Constitución Soviética.<sup>16</sup>

Por otra parte, Kelsen añade que las limitaciones del principio democrático son significativas, pues de acuerdo con la *Declaración de los derechos del pueblo activo*, de julio de 1918 (sección I de la Constitución), se permite el armamento a obreros y campesinos, pero no a las clases poseedoras; analizó otras normas discriminatorias.

15 N. Bujarin citado por Kelsen en *Socialismo y Estado...*, pp. 327-328.

16 “Desde cierto punto de vista, la constitución soviética significa ciertamente una ampliación totalmente extraordinaria de la *universalidad* de los derechos políticos, en cuanto éstos son garantizados no sólo a los ciudadanos por el estado, sino, de acuerdo con el inciso 20, sección II, les están garantizados a todos los *extranjeros* que viven en Rusia por motivos de trabajo. Éste es un acto de *importancia histórico-universal* y un fuerte paso hacia la realización política del concepto —absolutamente democrático— de humanidad.” *Ibid.*, p. 328.

...en la sección IV (derecho electoral activo y pasivo) se excluyen muchas categorías de personas del derecho electoral, activo y pasivo en los soviets, personas a las que no se les puede negar el carácter de personas “activas”: 1) personas que toman un trabajo a destajo para lograr una ganancia mayor; 2) personas que tienen una entrada sin trabajar como: porcentajes del capital, entradas de la propiedad, etc.; 3) comerciantes privados, intermediarios comerciales; 4) empleados de las comunidades culturales religiosas; 5) empleados y agentes de la antigua policía, del cuerpo de gendarmería y de la *ojrana*; y así también los miembros de la dinastía que gobernaba anteriormente en Rusia; 6) personas que son declaradas legalmente dementes o intelectualmente minusválidas, e igualmente los sordomudos; 7) personas que han sido condenadas a causa de transgresiones egoístas o deshonorosas.<sup>17</sup>

Kelsen, después de un análisis exhaustivo de cada uno de estos incisos, cuestionó el carácter excluyente de la normatividad soviética argumentando que ésta desconocía prácticas socialmente valiosas. Además, quienes emprendían y mantenían estas actividades no eran necesariamente responsables de hacerlo y estaba fuera de su alcance el poder integrar sus actividades a la normatividad conciliar. Asimismo cuestionó el modo como la normatividad soviética estigmatizaba a los burgueses y, peor aún, a quienes habían sido burgueses. Explica Kelsen que esta estigmatización es semejante a la que padecen los negros o los mongoles, pues éstos no pueden dejar de serlo.

Kelsen ponía en duda la validez de noticias periodísticas sobre la coyuntura de la Rusia revolucionaria, por ello prefirió ocuparse del análisis de otro documento que él denominó oficioso como *Tesis sobre la revolución socialista y las tareas del proletariado durante su dictadura en Rusia*.<sup>18</sup> Kelsen examinó meticulosamente estas tesis para demostrar la naturaleza dictatorial de las mismas, pues reiteró su análisis sobre el carácter minoritario de la dictadura del proletariado, pues el proletariado industrial constituía la minoría de la población en Rusia. En síntesis:

<sup>17</sup> Kelsen, *Op. cit.*, pp. 328-329.

<sup>18</sup> Citado por Hans Kelsen, en *Op. cit.*, p. 331.

[...] La ventaja de la mayor capacidad de adaptación compensa tal vez la desventaja que consiste, sin duda, en el hecho de que la voluntad original del pueblo, constituida en las empresas no desemboca directamente, sino sólo en forma fraccionada (tal vez directamente de muchas maneras), en el parlamento del congreso de los consejos, en el que debe penetrar a través de varias agrupaciones de cuerpos representativos acumulados piramidalmente uno sobre otro —los consejos de las empresas individuales, de las circunscripciones, de los territorios— para poder desarrollarse activamente tanto desde el punto de vista legislativo como desde el administrativo. Por lo tanto esta especie de mediación no es de ningún modo inconciliable con la democracia, o sea, con la universalidad e igualdad de los derechos políticos y con el dominio exclusivo del principio de mayoría. La constitución conciliar es la negación de la democracia no por el hecho de que su parlamento se realice por medio de elecciones indirectas por parte de las empresas, sino porque su fundamento, el derecho político de los ciudadanos, es esencialmente limitado y desigual [...]<sup>19</sup>

También criticó la normatividad electoral por inequitativa; de este modo recurrió a la crítica al Estado de Derecho a partir no de razonamientos estrictamente jurídicos, sino a partir de otros de carácter histórico y axiológico. Desarrolló su crítica a partir de la comparación de la democracia conciliar con la democracia constitucional representativa. De esta forma introdujo categorías históricas y valoraciones de naturaleza constitucional y administrativa. Todo para oponer a los hechos jurídicos (Constitución Soviética) un deber histórico-jurídico. De ahí cuestionó la inequidad electoral que afectó a los campesinos y benefició a los obreros.<sup>20</sup>

A pesar de la crítica que hace Kelsen a la Constitución Conciliar y a las referidas *Tesis sobre la revolución socialista y las tareas del proletariado durante su dictadura en Rusia*, anotó el siguiente planteamiento de Lenin: “que desaparecen todas las formalidades y restricciones burocráticas en las elecciones: las propias masas determinan las normas y el plazo de las elecciones [...]”.<sup>21</sup> Este pasaje expresa

<sup>19</sup> Kelsen, pp. 337-338

<sup>20</sup> [...] Este *parlamento* está compuesto, por medio de elecciones indirectas, por los soviets de las ciudades y del campo, que envían sus representantes al congreso. A los soviets urbanos les corresponde *un* diputado por cada 25 000 ‘electores’, en tanto que los soviets campesinos uno por cada 125 000 ‘habitantes’”. H. Kelsen, *Op. cit.*, p. 330.

<sup>21</sup> V.I. Lenin, “Las tareas inmediatas del poder soviético”, en H. Kelsen, *Op. cit.* p. 339.

una de las contradicciones de la nueva legislación conciliar, señaladas por Kelsen. Para los propósitos de este escrito, conviene anotar que en este texto Lenin se encuentra muy distante de la rigidez imputada a la Constitución Conciliar tan denunciada por Kelsen; en lugar de ella, Lenin reconoce la iniciativa de las masas y la posibilidad de que ellas mismas decidan sus procedimientos electorales **autónomamente**.

No es posible explicar extensamente la crítica implacable de Kelsen a la Constitución Soviética y a la democracia proletaria. Sin embargo, considerando los propósitos de este trabajo, es posible reconocer que Kelsen desarrolló alegatos apasionados en defensa de la democracia representativa, parlamentaria, en suma burguesa, estableciendo que ésta está dotada de elementos jurídicos que impiden la formación de regímenes autocráticos.<sup>22</sup> Por ello, criticó vigorosamente las normas constitucionales excluyentes por no reconocer antiguas prácticas, incluso jurídicas, como las de las sociedades religiosas. De este manera, Kelsen abogó de modo implícito y explícito por el reconocimiento de prácticas jurídicas heterogéneas propias de una sociedad pluricultural como fue el Imperio zarista, posteriormente la Unión Soviética y ahora lo es la Federación Rusa; por ello su desacuerdo con la supresión del *zemstvo*; organización autogestionaria, impulsada en la Rusia zarista durante la década de los años sesenta del siglo XIX, fue abolida en 1917.<sup>23</sup> Es decir, hay una preocupación por el reconocimiento de particularismos, por ello criticó ciertos artículos de la Constitución soviética, anteriormente mencionados. Por otra parte, descubre las contradicciones entre los textos legales y las tesis políticas, es el caso de la presentación que hace Kelsen de lo que él consideró rigidez de la Constitución Soviética y, por otra parte, advierte cómo Lenin y Trotski dejan la iniciativa electoral en manos de obreros, campesinos pobres y soldados aceptando las propuestas de estos sectores interesados en desarrollar elecciones directas. Esta dicotomía expresa una de las críticas que formuló Kelsen a la teoría marxista: teoría política

---

22 Conviene anotar que a fines de la década de los años veinte, C. Schmitt explicó cómo la sociedad de la época, es decir, Alemania, Austria, etc., en realidad eran sociedades pluralistas, pues existían múltiples grupos de poder, Kelsen conoció esta discusión. Véase R. Racinaro, "Hans Kelsen y el debate sobre la democracia y parlamentarismo en los años veinte y treinta", en H. Kelsen, *Op. cit.*, pp. 132-135.

23 H. Kelsen, *Op. cit.*, p. 239.

anarquizante y, al mismo tiempo, estatista y planificadora. Es decir, la rígida Constitución Soviética paralelo a la flexibilidad para aceptar iniciativas electorales de los proletarios depauperados. Por otra parte, Kelsen demuestra que la revolución bolchevique tampoco ha logrado la extinción del Estado ni la del Derecho, pues había surgido un poderoso estatismo.<sup>24</sup>

En oposición a la crítica bolchevique a la democracia parlamentaria, Kelsen planteó cómo la historia política occidental muestra lo que él llamó **“el desarrollo inmanente de la democracia”**.

Sin embargo, el desarrollo inmanente de la democracia condujo necesariamente también a una democratización gradual de la *administración* y de la *jurisdicción* y, junto con esto, a una superación del principio de la división de los poderes. La administración comunal y provincial (territorial) autónoma y los tribunales de lo criminal del estado capitalista indican claramente esta tendencia siempre en progreso. Por tanto, no constituye un contraste de principios con la llamada democracia aparente del estado capitalista el hecho de que toda la literatura bolchevique subraye con el mayor énfasis como la ventaja principal de la Constitución Conciliar el hecho de que sólo ésta asegura la participación inmediata del pueblo en el ejecutivo, y su unión creativa con el legislativo.<sup>25</sup>

Kelsen, a lo largo de su exposición, defendió la democracia parlamentaria y las posibilidades de desarrollo que ésta contiene. Por ello no aceptó la teoría marxista en sus diferentes versiones, pues para él éstas desconocieron, de un modo u otro, la función civilizatoria del Derecho y el Estado. Además este pasaje expone el método comparativo empleado por el jurista vienés: por una parte los avances de la democracia parlamentaria y, por la otra, algunas características de la democracia conciliar donde a esta última le toca la peor parte, pues contienen elementos que bien pueden derivar en formas constitucionales periclitadas, como los estamentos. Sin embargo, lo relevante aquí es

---

24 Kelsen subrayó cómo, en su opinión, la filosofía política de Marx y Engels, contiene la contradicción entre teoría política anarquizante y una teoría económica que para su realización exige la existencia de un Estado planificador, fuertemente organizado. Por ello buscará esta contradicción en los grandes epígonos de Marx, desde Lasalle, la socialdemocracia alemana y austriaca y por supuesto en la teoría y práctica bolchevique.

25 H. Kelsen, *Op. cit.*, pp. 341-342.

anotar la metodología comparativa empleada por Kelsen, fundada en análisis comparativo empírico, aunque fundamentada en una postura filosófica e ideológica implícita: cierto liberalismo capaz de reconocer la injerencia de disposiciones estatales, sobre todo, de naturaleza constitucional y administrativa. Es posible preguntarle (de modo figurado) al escritor en comentario, imbuido de pasión democrática, su punto de vista sobre los intereses en juego en la discusión latinoamericana a propósito del pluralismo jurídico. Tal vez el autor de la obra posterior, *Teoría pura del Derecho* (1934), habría reconocido prácticas autogestionarias, aun en el ámbito jurídico como lo hizo, en su momento, en relación con comunidades autónomas establecidas en una vasta extensión como la que ocupó la Unión Soviética. Por ello la mejor lectura sobre la obra de Kelsen es aquella vinculante de las reflexiones acotadamente jurídicas con las propias de su pensamiento jurídico y político. En otras palabras, el escrito de Kelsen en comentario ofrece una metodología para reflexionar sobre la construcción de sociedades democráticas, cuyo rasgo distintivo está constituido por la necesidad política y social de garantizar prácticas tuteladas por una perspectiva propia del pluralismo jurídico; por cierto inseparable del pluralismo político, pues podrían emplearse los instrumentos críticos que el profesor vienés usó para cuestionar a la entonces reciente Constitución Conciliar y a la que él todavía denominó Rusia, donde en ese entonces se fraguaba la nueva entidad política: Unión Soviética. En síntesis, dirigir estas armas de la crítica kelseniana hacia las sociedades reacias, distantes, o en franca oposición al pluralismo jurídico.

## Reflexión final

Sólo es posible responder de modo especulativo cuando se pregunta sobre la manera cómo han influido e influyen las ideas de Kelsen en la argumentación de jueces, a propósito de litigios vinculados con el derecho indígena. Para formular un planteamiento sobre esta cuestión habría que emprender un examen empírico, el cual mediante la lectura de sentencias vinculables con la problemática indígena permitieran detec-



tar el grado de la influencia kelseniana, implícita y explícita. Sin olvidar que esta tarea tendría que distinguir los razonamientos propiamente kelsenianos de aquellos otros motivados por la férrea razón de Estado.

En tanto es necesario propiciar el conocimiento de la extensa obra del profesor vienés, pues como se observa en su crítica al bolchevismo pone de manifiesto cierta disposición democrática, cuya enseñanza bien puede ser usada en México, al menos como un dispositivo metodológico para favorecer alternativas legislativas, judiciales y administrativas frente a eventuales políticas del Estado.

Constituye una problemática muy compleja imputar a las ideas conductas que trascienden lo individual, es decir, sociales. Por eso, cuando estas ideas conciernen al ámbito del poder jurídico y político, entonces la temática, de suyo difícil, se convierte en una cuestión plena de aristas. Por ello es necesario tener presente los modos como la recepción de teorías, ideas, se ve afectada por condiciones éticas, morales, científicas, políticas y culturales de los *receptores*. En consecuencia, bajo ciertas condiciones, es necesario tener presente la formación intelectual de las instancias judiciales, legislativas y administrativas encargadas de resolver sobre asuntos donde se encuentren vinculadas cuestiones propias del pluralismo jurídico.

Como se sabe, existen múltiples mediaciones culturales y políticas que limitan la posibilidad de establecer relaciones causales entre ideas y conductas. Es el caso de la filosofía jurídica y política de Hans Kelsen, pues es necesario considerar cómo esta compleja elaboración conceptual fue resultado de una larga genealogía filosófica arraigada en el kantismo y en el neokantismo, expresiones intelectuales que hacen evidencia sobre la intensa producción filosófica desarrollada en una región germanoparlante, la cual ha propiciado el surgimiento sistemático de notables filósofos. Por ello conviene pensar el modo de cómo tan denso bagaje intelectual puede ser recibido en latitudes y culturas muy distintas. Del mismo modo que la producción de conocimientos está condicionada por circunstancias sociales de la época, también la recepción de las ideas está influida por las coyunturas históricas y sociales.

Las cuestiones, anteriormente mencionadas, permiten preguntar de qué modo tales ideas señeras pudieran ser usadas para racionalizar emociones y sentimientos adversos a los pueblos indígenas, pero encubiertos con “argumentos kelsenianos”. También es factible cuestionar hasta dónde es conocida la obra —no una obra— de Hans Kelsen, pues los eventuales instrumentadores de algunos aspectos de la teoría del maestro vienes pudieran estar interesados en justificar elegantemente sus decisiones. Por ello es necesario mantener presente la reflexión sobre las relaciones entre conocimiento e interés. Estas consideraciones, apenas esbozadas, permiten dudar de la fuerza de la teoría kelseniana como tal, pues frecuentemente podrá ser usada como uno de los factores explicativos de la eventual enemistad frente al derecho indígena.

## Bibliografía

**CORREAS**, Oscar (Coord.), *Pluralismo jurídico. Otros horizontes*, Ed. Coyoacán, México, 2007.

**GÓMEZ**, Magdalena (Coord.), *Derecho indígena*, INI, AMNU, México, 1997.

**HABERMAS**, Jürgen, *Conocimiento e interés*, Ed. Taurus, Madrid, 1989.

\_\_\_\_\_, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Ed. Taurus, Madrid, 1981.

**INECIP**, *Justicia indígena: El desafío de la construcción de un Estado pluricultural*, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, Argentina, 2001.

**KELSEN**, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Ed. Guadarrama, Barcelona, 1977.

\_\_\_\_\_, *Teoría pura del derecho*, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1969.

\_\_\_\_\_, *Teoría general del Estado*, Ed. Nacional, México, 1957.

\_\_\_\_\_, *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*, Ed. Siglo XXI, México, 1982.

**ORDÓÑEZ** Cifuentes, José E. e Ignacio Zaragoza (Coords.), *Pueblos indígenas y tribales. Respeto, participación y consulta*, IIJ, UNAM, Plaza y Valdés, México, 2008.

\_\_\_\_\_, *Derecho indígena en Mesoamérica*, Maestría en Etnicidad, etnodesarrollo y derecho indígena, Guatemala-México, 2007.

---

## Entrevistas

---

**Novo constitucionalismo latinoamericano *versus* capitalismo. Uma conversa em razão da VI Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica. (New Latinamerican Constitutionalism *versus* capitalism. A conversation on the grounds of the VI Latinoamerican Critical Legal Conference)**

*Amanda Villavicencio Peña<sup>1</sup>*

O novo constitucionalismo latinoamericano começa a se caracterizar pela inclusão de diversos direitos que poderiam ser considerados como inovações para a teoria constitucional. Porém essas inovações coexistem nas novas constituições como a do Equador e da Bolívia ao lado de outras figuras, princípios e instituições jurídicas conservadoras do tipo liberal. Assim o debate sobre o novo constitucionalismo depende da análise também destes últimos elementos (de tipo liberal), com a finalidade de ter em conta seus alcances e limitações na sua aplicação e, conseqüente, contribuição à mudança de um novo paradigma do direito e, portanto para novos conteúdos do direito.

Nas atuais constituições, principalmente da Bolívia e do Equador, apresentam-se as possibilidades de criar novas instituições jurídicas, mas também permanecem instituições que asseguram a hegemonia do poder e da dominação que permitem a transcendência do capitalismo.

Neste sentido, o professor Éder Ferreira<sup>2</sup> tinha nos oferecido em entrevista alguns elementos de análise sobre o novo constitucionalismo latinoamericano, referindo-se à grande importância e a inclusão cada vez mais ampla do direito social e da questão da participação social ou popular por serem os elementos que as novas constituições trazem para um constitucionalismo cada vez mais de convergência, mais

193

1 Mestre em Derecho Indígena pela Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Adscrita ao Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades (CEIICH-UNAM) pelo Programa de Investigación *Derecho y Sociedad*.

2 Éder Ferreira, de origem brasileira, é Mestre e professor de *Fundamentos Filosóficos do Direito*, de *Teoria da Constituição* e de *Direitos e Garantias Fundamentais do Trabalhador* no Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Fundação Carmelitana Mário Palmério (FUCAMP), onde coordena o *Núcleo de Pesquisa Jurídica E.B. Pachukanis* e a *Revista Jurídica DIREITO & REALIDADE*. Foi entrevistado sobre o tema do novo constitucionalismo latinoamericano, em razão da *VI Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica* realizada na Universidad Nacional de la Plata, Argentina, no dia 13 de outubro de 2011.

no poder constituinte, que no poder constituído, como uma das principais mudanças.

Comenta que há a possibilidade de poder criar novas instituições partindo das mudanças referidas, pois no caso do Brasil, surgiram novas instituições como resultado da apropriação popular como conselhos gestores de políticas públicas hoje, porque para cada direito social corresponde uma política pública e para cada uma dessas políticas públicas existem conselhos nos três níveis da federação: nacional, estadual e municipal, que têm como características básicas: serem permanentes e também paritários entre governo e sociedade civil. Conclui que o número de conselheiros no Brasil é maior do que o número dos representantes do poder legislativo nos âmbitos municipal (vereadores), estadual (deputados) e federal (deputados e senadores), pelo que considera que isso é uma definição, ao menos formal, da efetivação dos direitos sociais.

Sem dúvida crê, com certeza, que as novas constituições do Equador e da Bolívia trazem na sua essência a criação de novas instituições, como o exemplo acima anotado sobre o Brasil, para que a comunidade possa ampliar um controle sobre o poder estatal e, para isso, acha que as novas constituições são um caminho institucional, dentro dos quadrantes da ordem social, ainda que não o único.

Isso significa, segundo o professor Éder, que não se deve esquecer que desde o ponto de vista mais ontológico, estas mudanças advindas das novas constituições, tendem muito mais a uma nova institucionalidade dirigida pelo modelo do capitalismo contemporâneo, ainda que a população possa pensar que os novos programas de gestão privada de ampliação de participação, sejam as formas de atender às demandas sociais e aos reclamos, pois isso poderia ser uma das formas da pacificação social, com a finalidade de querer evitar conflitos, criando um ambiente de paz que é próprio do modo de produção capitalista.

Indica que é preciso também observar que as novas constituições, em realidade, são capazes de institucionalizar uma readaptação do estado para as novas demandas do capital, não enjeitando a possibilidade, mediante estratégias que tangenciam a emancipação política, que se possa construir uma transformação ou mudança social.

Não obstante o professor Éder reconheça as mudanças das novas constituições e as possibilidades de se criar novas instituições partindo de um controle popular sobre o poder estatal, lembra-nos que em essência as mencionadas alterações não refletem uma mudança estrutural do capital ou da sociedade, mas sim uma adaptação, uma mudança conjuntural do modo de produção, “até porque hoje ninguém pode negar que temos mais liberdade no modo de produção capitalista que nos modos de produção que o antecederam; e temos mais liberdade no capitalismo contemporâneo que nas suas fases anteriores”, ainda que sempre seja melhor mais democracia que menos democracia, reitera o professor, e neste caso e para aprofundar sobre as mudanças estruturais do novo constitucionalismo, assevera que é muito importante investigar bem que as relações sociais de produção têm caminhado paralelamente a este movimento de democratização e ampliação de democracia nas constituições.

Isso indica estão, que possivelmente estejamos longe de uma mudança de paradigma jurídico, mas não longe do começo de uma transformação. Éder disse-nos ao respeito que se poderia pensar que, neste momento, o conteúdo ideológico do discurso do direito que aparece como novo, trata-se da consolidação da socialdemocracia na América Latina, com direitos sociais, participação e certas formas e características da gestão econômica privada de tipo toyotista para a gestão pública.

Assim, alude o professor, que a socialdemocracia legitima os direitos da classe oprimida, mas dentro dos quadrantes do capitalismo com a continuidade do rol da apropriação da força do trabalho que promove um sistema capitalista ao mesmo tempo em que se apresentam alguns novos conteúdos do direito como a ampliação da participação popular ou de direitos sociais, misturando instituições jurídicas e mantendo o coração da força do trabalho pelo que não se extrapola o ponto ontológico, central e essencial do capitalismo. O Mestre explica esta situação referindo-se a obra de Marx, *Crítica da filosofia do direito*, em relação à socialdemocracia, como as flores que estão encobrendo as correntes, mas estas são somente flores imaginárias e, livrando-se delas, pode-se romper as correntes e fazer nascer flores reais.

Considera então, que os fundamentos normativos que sustentam as novas constituições, se referem justamente aos marcos ou a os modais deonticos daquilo que se espera para o modo de produção capitalista e pensa que “a verdade que aparentemente vai sustentar trata-se de mais participação, é a falsa idéia que estas novas constituições atendem essencialmente às demandas sócias, quando isso não é verdade, elas apenas minimizam o sofrimento com a ilusão de que há uma ampliação dos direitos, que eles garantem liberdade e garantem materialmente igualdade”.

Portanto afirma que a socialdemocracia como ideologia que começa a se consolidar, atende aos interesses da população, “mas a questão é pensar as ideologias que dominam, porque as demandas já estão enquadradas dentro do modo da produção capitalista, a grande questão é saber se o atendimento a essas demandas significa ou implica uma mudança estrutural ou a criação de uma nova sociabilidade, ou o atendimento a estas demandas significa somente a preservação deste modo de produção”.

Neste ponto, sobre a preservação do modo de produção capitalista, é transcendente lembrar que o constitucionalismo latinoamericano encontra-se dentro de um contexto global que o professor Éder não exclui de ter a marca latinoamericana como o resultado dos processos pelos quais passaram os países do sul em termos de organização sociopolítica e econômica ditada pela ordem do capital internacional que impôs características muito próximas que lhes dão certa peculiaridade aos movimentos na América Latina e, pelo mesmo motivo, o professor não rejeita que as novas constituições poderiam produzir os efeitos ocorridos no Brasil com a constituição de 1988.

Considera que as características citadas do novo constitucionalismo estão muito presentes na constituição Brasileira de 1988: ampliação de participação e a ampliação do direito social, e “isso aliado a um governo de esquerda, ainda que seja um governo de esquerda não tão radical, sendo a esquerda que seja, consegue alterações, mas tem como única finalidade reduzir o grau de miséria, o grau de pobreza”. O exemplo do Brasil, repete, é um exemplo interessante, nessa perspectiva, depois de oito anos do governo de Lula, pelo que, em estas



circunstancias, faz-se uma pergunta sobre o governo de Dilma: é possível uma alteração na redistribuição de renda no Brasil? e sua resposta é “não”, porque opina que não têm agora redução de acumulação privada.

Além disso, comenta que no caso do Brasil o governo de Lula foi um governo que se estendeu por oito anos, e ao longo destes oito anos a gente percebeu duas características “O começo do governo de Lula foi a continuidade do projeto neoliberal e, agora, o governo de Dilma é um projeto que dá uma certa freada nesta neoliberalização da economia brasileira, no sentido de manter o Brasil dentro dos mercados internacionais e, ao mesmo tempo, manter contrabalanceados os diferentes direitos sócias, há uma ampliação da seguridade social no Brasil”. Por isso, comenta-nos que recentemente há fortes discussões sobre o seu caráter de presidenta social, a questão da organização do sistema único de saúde, a criação do sistema único de assistência social, a reorganização dos benefícios sociais no sentido de gerar mais trabalho e mais renda. Assim, com esta última experiência, a população percebe que também não é uma organização política e econômica que choca com o modo de produção capitalista.

Mas aceita o professor que, o que há de importante neste caso do Brasil é que estão melhorando os níveis de vida, os níveis socioeconômicos do Brasil. Continua dizendo que não há uma tendência de rompimento, mas há uma tendência de consolidação da socialdemocracia, um estado de bem-estar social e isso não implica o rompimento com o capitalismo, ao contrário indica que é uma das perspectivas que vão inclusive liberar maiores recursos de dinheiro para o mercado, assunto que corrobora a pesquisa feita pelo Instituto Econômico Brasileiro de Ipeia<sup>3</sup> pois os benefícios sociais por cada família, conseguem aumentar o movimento do mercado de entre 5% a 20% e são benefícios sociais cujo reflexo mais imediato são as melhorias dos níveis de vida socioeconômica da população e a melhoria em termos de mercado, por isso refere o Mestre, que a posição em prol capital se dá em dois aspectos: primeiro porque amplia as possibilidades de mercado e segundo porque, em certa forma, pacifica e adentra a população nas suas relações com o estado e com o capital.

---

3 Instituto Brasileiro de Economia Aplicada.

Neste sentido acima descrito, as novas constituições têm para o professor um caráter muito mais conciliatório, minimiza sofrimento, minimiza miséria, minimiza pobreza, motivo pelo qual os grupos da sociedade “tendem não a se rebelar mais e a se organizar contra, já inclusive pela oposição de maior reconhecimento e de uma ordem da normatividade de estado” com mais participação.

Reitera, porém, que no Brasil tiveram melhorias sobre tudo uma melhor alimentação, melhor sistema de saúde, moradias e educação que não conheciam já, há uns quinze ou vinte anos, mas “não que isso solucione os problemas da população: a questão social que é a questão central, não só do estado brasileiro, mas de qualquer estado contemporâneo pelas tendências de mundialização do capital”.

Com este comentário final, o professor Éder Ferreira fechou sua conversa, mas deixou aberta a reflexão sobre o novo constitucionalismo latinoamericano, advertindo, com o já referido sobre a experiência brasileira, não esquecer a presença de um sistema que fica ainda no coração das constituições latinoamericanas promovendo os mercados e as relações sociais de produção capitalista, sem mencionar que não há um só caminho para que a comunidade latinoamericana possa assumir a gestão do estado.

---

**Reseñas**

---

## **Reseña: Derechos de la naturaleza, el futuro ahora. (Review: Rights of Nature, the Future Now)**

*“...madre naturaleza violentada  
por la desenfrenada acumulación  
del capital y el desarrollo,  
como madre tiene el derecho de existir.”*

*Derechos de la Naturaleza, el futuro es ahora*; es una compilación dirigida por Alberto Acosta y Esperanza Martínez, cuyo eje conductor es la naturaleza como sujeto de derechos. La serie de argumentos vertidos en los artículos nutrieron el debate de la Asamblea Constituyente de Ecuador con respecto al tema. Quienes escriben son especialistas y podemos encontrar desde el jurista, pasando por el escritor, el economista, el líder del movimiento indígena ecuatoriano, hasta el investigador. Todos ellos aportan argumentos e inquietudes con perspectivas diferentes que hacen de gran valía este pequeño libro, sobre todo, por las diferentes formas en las que se presentan.

La discusión exhibe varias aristas, encontramos quienes manifiestan que el proceso constituyente se construyó de manera lenta, con escasas propuestas innovadoras, siendo la única en este estilo la de los derechos a la naturaleza, sin embargo este proceso generó grandes expectativas para consolidar la democracia en Ecuador.

Esta rica compilación de artículos nos ayuda a conocer diferentes vertientes de las razones que han conducido al Ecuador a otorgar derechos a la naturaleza. Una de ellas es la idea de superar la visión antropocéntrica que se tiene del mundo y del entorno. Lo que lleva a dejar de considerar a la naturaleza como propiedad del hombre y como recurso a utilizar. Premisa fundamental en esta discusión, ya que con ello se espera superar la visión reduccionista de otorgar el valor económico a la naturaleza como único, negando su valor ecológico, estético y cultural.

Otra de las tesis que cabe rescatar es la intención de recuperar el concepto de tierra como territorio, que tiene una estrecha relación con el ser humano, lugar en el que se reproducen costumbres y formas organizativas, propio del pensamiento indígena. Al igual que el reconocimiento de la naturaleza como alguien y no como un algo, lo

que garantiza el buen vivir, entendido por las comunidades indígenas como el *sumak kawsay*: vida en armonía entre la naturaleza y los dioses protectores. Buen vivir que se incorpora en el texto constitucional como el derecho a la naturaleza a existir, confluyendo el sujeto individual y el colectivo.

Un punto importante de esta discusión es la ruptura del paradigma jurídico. Al hablar de los derechos de la naturaleza desde los años setenta, aunque sin reconocimiento jurídico, se considera que ha contribuido a la evolución de los marcos jurídicos al valorar los derechos ambientales y la naturaleza como sujeto jurídico.

Otra de las tesis que podemos considerar relevantes de este texto es el hecho de que al otorgar derechos a la naturaleza conlleva a la generación de un balance entre el uso económico y la protección al ambiente, es decir, regular la dinámica mercantil para no destruir más a la naturaleza. Lo cual no significa que se suspenda cualquier uso de los recursos. El reto es igualar los ritmos de la naturaleza con el uso económico de extracción-generación de procesos, que deben quedar dentro de los límites sustentables de la naturaleza.

A lo largo de la lectura encontramos un breve ensayo en el que con datos concretos muestra las economías latinoamericanas basadas en la extracción irracional de recursos naturales ha consolidado extrema pobreza y desigualdad. Especialmente Ecuador, lleno de contrastes, que cuenta con abundantes recursos naturales, pero un proceso de desarrollo económico y social desalentador, que ha provocado un alto costo ambiental, sin lograr la satisfacción de las necesidades humanas.

La lectura se presenta sencilla y rápida, muestra de esto es que el lector conocerá la existencia de un mundo preocupado que aporta diversas visiones, plasmadas con diferentes estilos en torno al tema. De esta manera podrá responder a preguntas que surgen como: **¿Por qué otorgar derechos a la naturaleza?** La primera porque existe una crisis ecológica que está provocando efectos negativos al sector económico, sobre todo, a aquellas cadenas productivas cuya base son los recursos naturales. Mientras que la **segunda**, arroja la siguiente interrogante, al ser la naturaleza una existencia real, por qué no otorgarle

derechos si existen asociaciones del capital cuya existencia es ficticia y los tienen.

**¿Quién asegurará la conservación de la naturaleza?** El consenso de la mayoría es que es responsabilidad del estado ecuatoriano, pero, sobre todo, una obligación moral de la población. Hay quien afirma que debe ser considerada como patrimonio, pues con ello se permite su manejo en el mercado y el reconocimiento de su valor cultural, siempre y cuando se tenga cuidado en no privilegiar la extracción y explotación de los recursos de alto valor.

**¿Quiénes exigen y defienden los derechos de la naturaleza?** Aquí se apela a recurrir a la institución jurídica conocida como Tutela, creada para el ejercicio de los derechos que no pueden ser exigidos, entonces nos dicen que se puede crear un sistema de tutela de los derechos de la naturaleza, compartida entre individuos y colectividades.

**¿Cuándo se violentan los derechos de la naturaleza?** En el momento en que se traspasan los límites de su capacidad de autosustentarse y renovarse se estarían violentando los derechos de la naturaleza. Finalmente, nos dejan claro que la naturaleza como sujeto de derechos no frenará el desarrollo ni el crecimiento de la economía, lo que no significa que se prohíban las actividades extractivistas ni las de autosubsistencia.

*Erandi López*

## **Reseña: La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política. (Review: Nature with Rights. From Philosophy to Politics)<sup>1</sup>**

Esta obra es una compilación de Alberto Acosta y Esperanza Martínez, prologado por la compiladora y conformado por seis artículos: 1) “La Pachamama y el humano”, Eugenio Raúl Zaffaroni; 2) “Democracia de la Tierra y los derechos de la Naturaleza”, Vandana Chiva; 3) “El derecho de la naturaleza: fundamentos”, Ramiro Ávila Santamaría; 4) “Los derechos de la Naturaleza en serio”, Eduardo Gudynas; 5) “El sujeto Naturaleza: elementos para su comprensión”, Diana Murcia; y 6) “Los derechos de la Naturaleza. Una lectura sobre el derecho a la existencia”, Alberto Acosta. Incluye además una nota final a manera de *Post scriptum* que deja algunos puntos de reflexión concretamente sobre la importancia de la construcción de una nueva relación de respeto y armonía con la naturaleza.

En el contenido del libro se muestran las diversas posturas *iusfilosófica* y políticas que sustentan los derechos de la Naturaleza, considerando éstos, como elementos innovadores en la Constitución ecuatoriana y una contribución al nuevo constitucionalismo ecuatoriano, aunque también latinoamericano y al derecho internacional.

Los autores que participan se destacan por ser especialistas en variadas disciplinas del conocimiento y con experiencias en distintos espacios como la Corte Suprema, las universidades en su desempeño como docentes, el espacio público en el ejercicio del activismo y en el ámbito de la investigación latinoamericana. Dichos autores dan cuenta de las teorías y argumentos aludidos como fundamento de los derechos de la Naturaleza. Con ello muestran un panorama claro sobre los aspectos que diferencian a la Constitución ecuatoriana de otros países de América Latina, sin soslayar los antecedentes normativos sociológicos y políticos que fueron abriendo el camino para llegar a un nuevo punto de partida constitucional.

El paso que se pretende dar con los contenidos de esta publicación es la construcción de una doctrina de los Derechos de la Naturaleza y el cuestionamiento sobre la naturaleza del Derecho, como el inicio para un cambio de paradigma.

<sup>1</sup> Alberto Acosta y Esperanza Martínez, compiladores, *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Quito, Ecuador, Abya Ayala Universidad Politécnica Salesiana, 2011.

Los autores escriben tomando en consideración el escenario de emergencia en que surgen los derechos de la Naturaleza ante la destrucción de los ecosistemas, resultado de las visiones antropocéntricas que consideran a la Naturaleza una fuente inagotable de riqueza o depósito de desechos, develando con ello la visión que la mantiene al servicio del capital como parte del mercado.

En este escenario, los derechos de la Naturaleza son presentados como la nota de contraste, en un mundo forzado a marchar al ritmo del colonialismo por más de 500 años, el cual es encabezado por la bandera de un desarrollo destructivo local y globalizado, que es criticado por las consecuencias vistas en el pasado, el presente y sus letales repercusiones para el futuro. Éstos son los escenarios a considerar para mirar la aplicación de los derechos de la Naturaleza, según se vislumbra en la obra.

Por otra parte, al buscar la construcción doctrinal, se observan y analizan las fuentes de los derechos de la Naturaleza tomando en cuenta los debates y tensiones que éstos han generado frente al dogmatismo jurídico como base del derecho positivo de tipo tradicional, pues los autores no rechazan la existencia de una normatividad sino los paradigmas en los que se basan y que están al servicio de la ilimitada explotación que se rige por principios contrarios a los de la *Pachamama*.

Son precisamente los principios de la *Pachamama*, identificada también como la Madre Tierra o la *Gaia* los que refieren los autores como una visión distinta a la idea clásica occidental sobre el dominio de la Naturaleza y los que explican, deben ser concebidos con un sentido comunitario de reciprocidad, complementariedad, correspondencia y relacionalidad.

En el caso de Ecuador, la Constitución se nutre en parte de una cosmovisión andina, según Ramiro Ávila Santamaría, la cual es interpretada como una racionalidad distinta que se presenta como la ruptura del conservacionismo utilitarista que no respeta y tampoco protege la Naturaleza.

Esta falta de respeto a la naturaleza es uno de los problemas que aqueja a Nuestra América, pues se señala el asunto de Ecuador y



otros países como los grandes exportadores de naturaleza de acuerdo con los testimonios históricos y recientes a los que refiere acertadamente Alberto Acosta, al grado de ser un asunto determinante para los movimientos sociales, principalmente para el indígena. Este contexto es el que enmarca a la Constitución ecuatoriana, un contexto que se confronta con el capitalismo y que precisamente por ello se contemplan los escenarios de aplicación de los derechos de la Naturaleza.

Se plantean escenarios que implican el tiempo y espacio, es decir, el ámbito de lo nacional y lo que trasciende a lo internacional, pero simultáneamente se toma en cuenta la vigencia de los derechos de la naturaleza, en el sentido de evitar su destrucción en el presente para contrarrestar las consecuencias, así como las acciones para la restauración de sus ciclos, la reparación de los daños causados en el pasado y una contribución para el futuro.

Estos planteamientos de los escenarios de aplicación ayudan a comprender la relevancia que tienen los derechos de la Naturaleza para la requerida convivencia armónica con ella, relación que engloba el principio del *Sumak Kawsay* para alcanzar el buen vivir, de ahí que Esperanza Martínez enfatiza la importancia de contar con las bases conceptuales para la defensa de los derechos de la naturaleza y las herramientas prácticas, pues hablar de este tipo de derechos, es un asunto que considera, no es algo que se agote en las reflexiones académicas ya que deberá incorporar a los sujetos históricos y aterrizar sobre elementos prácticos porque sólo en esa medida habrá una justicia para la naturaleza.

Por su parte, Raúl Zaffaroni ahonda en la discusión sobre la pretendida exclusividad del humano como titular de derechos y las dudas de los penalistas sobre el bien jurídico en casos elocuentes que son renovados con los delitos ecológicos. Éstos como temas lanzados a la discusión teórica mucho más amplia por el neoconstitucionalismo latinoamericano que incluye los derechos de la Naturaleza en las constituciones de Ecuador y Bolivia.

Zaffaroni considera el nuevo constitucionalismo, como aquel que replantea el tema de los derechos de entes no humanos, un debate que se remonta a la antigüedad, desde la tradición griega hasta el presen-

te en que se cruzan dos posturas: la del ser humano como un convidado a participar en la naturaleza o ésta como un hábitat y por ende se dispone del derecho sobre ella, como administradores o propietarios.

Así, en el debate sobre el tema de los derechos de entes no humanos, surgen los cuestionamientos centrales sobre los contenidos de la Constitución ecuatoriana, en que se considera a la Naturaleza como un sujeto. Para comprender este dinamismo constitucional, Diana Murcia proporciona elementos para su comprensión. Comienza por aclarar que "...muchos derechos no son nuevos, sino que han estado silenciados, invisibilizados y menospreciados en razón al legado colonial y que, de cualquier manera, las herramientas jurídicas disponibles en la actualidad permitirían hacer frente a las violaciones de que sean objeto..." (p. 292).

Alude a los antecedentes de diversas generaciones de derechos humanos que se fueron consolidando a nivel constitucional como el caso de Cuba, Colombia, Panamá, Brasil, incluso Bolivia. Señala que entre estas constituciones que de alguna manera iniciaron una apertura para considerar derechos diversos, la de Ecuador irrumpe con el *Sumak Kawsay* y los derechos de la Naturaleza como irrupción radical que proviene del agotamiento de disposiciones de derecho internacional incapaces de enfrentar la crisis ambiental en el grado y sabiduría que ésta requiere. Por ello, la Constitución ecuatoriana se edifica sobre una comprensión de derechos que supera la lógica jurídica tradicional, por lo que éste es un primer elemento a la hora de abordar los derechos de la naturaleza que representan algunos retos para su satisfacción.

Sostiene Diana Murcia, que los retos de los derechos de la Naturaleza, ya no reposan en el nivel de reconocimiento sino en el nivel de satisfacción: de materialización efectiva de sus postulados. Tales retos no sólo se inscriben en la enorme distancia entre reconocimiento y satisfacción de los derechos en general sino en un verdadero cambio de pensamiento que supere los rezagos positivistas coloniales.

Así, para la superación de los rezagos positivistas es necesario que las reflexiones y criterios para la aplicación de los derechos de la Naturaleza, para el buen vivir, se tomen muy en serio y se apoyen también en la interdisciplinariedad.

En este sentido, Eduardo Gudynas aborda el tema de los derechos de la naturaleza considerando las respuestas y aportes desde la ecología política, resaltando la cuestión del debate respecto a la Naturaleza como sujeto y los valores intrínsecos, que implica que ésta posee valores que le son propios independientemente de las valoraciones de las personas. Ese reconocimiento hace que se deje de considerar un objeto, sin omitir que hay varias formas de entender este valor intrínseco.

Destaca Gudynas el asunto del valor intrínseco entendido como un valor no instrumental, es decir, el concepto de la ecología profunda que implica que los humanos y no humanos en la tierra tienen un valor en sí mismos. En síntesis, según esta postura del valor intrínseco, trata de reconocer que en el ambiente se encuentran valores inherentes a los seres vivos y a los ecosistemas. Esta postura además permite considerar las diferentes cosmovisiones indígenas. En general reflexiona respecto de una posición no antropocéntrica que trata de incorporar la Constitución ecuatoriana.

Sin embargo, no deja de lado las severas críticas que ha recibido el planteamiento de los derechos de la Naturaleza, entre ellas, la que se refiere a la producción, planteando aprovechamiento de los recursos naturales y que genera otros derechos y obligaciones. Con ello pone, en la mesa de debate, la posibilidad de aprovechar sosteniblemente la naturaleza siguiendo sus ritmos, a las tasas de reproducción de la población o a la capacidad de los ecosistemas de amortiguar los impactos humanos, caso para el cual asegura Gudynas, es importante contar con los derechos de la Naturaleza, de forma expresa y que no por ello será una tarea fácil al momento de abordar las contradicciones que su pudieran suscitar entre los preceptos constitucionales.

En tal caso, y tratando de considerar las experiencias que pudieran brindar una orientación para la aplicación concreta de los preceptos normativos de la Constitución ecuatoriana, Vadana Chiva hace un aporte interesante con base en su participación como activista en su país de origen, la India, compartiendo su escenario y valorando que la semilla que Ecuador ha plantado es importante para toda la gente del planeta en un momento en que todo lo que existe en la tierra está siendo extraído.

Expone la complejidad, en la *praxis*, sobre el problema de la destrucción de la Naturaleza y el apoyo que significará más adelante el contar con derechos específicos, a diferencia de la India en donde no existen estas innovaciones a pesar de que se han dado casos de devastación ambiental, como sucedió en 2006, en un sitio sagrado llamado *Niyamagiri*, siendo los movimientos sociales los pilares fuertes de la defensa de la tierra, mientras que pocos jueces son los que consideran las contradicciones entre la devastación y la continuidad de la vida.

En suma, los autores brindan nociones fundamentales para comprender lo que hoy significa un aporte latinoamericano a los contenidos normativos, a un cambio de paradigma y, sobre todo, un comienzo para caminar hacia un mejor futuro armónico entre la humanidad y la naturaleza, el cual pudiera suceder en el siguiente segundo de la vida planetaria.

***Amanda Villavicencio Peña***

**NORMAS EDITORIALES DE *CRÍTICA JURÍDICA* Y CONDICIONES DE ENVÍO A DICTAMEN. EL TÍTULO ES TIME NEW ROMAN, 16 PUNTOS, CENTRADO Y EN NEGRITA (COMO ÉSTE)**

***Autor 12 puntos margen derecho<sup>1</sup>***

RESUMEN (RESUMO Y ABSTRACT): En Time New Roman 8 puntos, sin sangría, interlineado sencillo. No más de doce líneas, en español o portugués, traducidas al inglés. Los integrantes brasileños de la revista traducirán el resumen al portugués en su caso. No se pone el grado académico del autor.

**SUMARIO: 1. Capítulos o apartados, 2. En el sumario no van los subcapítulos.**

**1. Se usará numeración arábica Time New Roman 12 puntos, normal**

Estilo de texto, en Word para PC: primer párrafo sin sangría izquierda, time new roman 12 puntos interlineado 1,5 líneas. Se aceptará excepcionalmente el modo de citar Harvard. Se usa el propio: Hans, Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM-Coyoacán, año, página 2. (Nombres o apellidos en minúscula, primero el nombre y después el apellido: Carlos Marx y no Carlos MARX). Las citas de artículos brasileños se harán conforme con el estilo vigente en ese país. No se pone el grado académico del autor.

**1.1. Subtítulo idem (sin punto final)**

El segundo párrafo y los demás, con sangría izquierda. Revistas: Nombre, Apellido, “Título del artículo”, en *Nombre de la revista en cursivas*, Ciudad, Editorial, número 5, página 3. O bien, Nombre, Apellido “Título del capítulo en libro”, en Nombre, Apellido (*Coordinador*), *Nombre del libro en cursivas*, Ciudad, Editorial, páginas 609 y ss. No se subrayan las páginas web. No se usan mayúsculas para apellidos de autores citados.

**1.1. Subtítulo**

Al lado del nombre del autor, se inserta un pie de página, y en éste sólo la universidad de pertenencia y el correo-e. En itálicas: nombre de libros, revistas, ciencias y disciplinas, y palabras que no sean del idioma del artículo.

En mayúsculas Nombres propios y Nombre de Ciencias. Las palabras “estado” y “derecho” se escriben con minúsculas a menos que se trate de nombres propios como Estado de México o nombre de disciplinas como Derecho Constitucional.

Cuando se escribe –entre rayas– deben ser *rayas* -y no guiones. Se busca en “insertar” símbolos especiales.

<sup>1</sup> Sólo el nombre de la universidad y correo-e. Sin sangrías, time new roman 10 pts.

## 1.2. Otro subtítulo

No se usa *nunca* el subrayado. Se deja un espacio, y sigue la cita:

Las citas en el texto, en time new roman 10 puntos, interlineado sencillo, sangrado sólo izquierda, a 2.5 centímetros del margen. La inserción de notas se hace *después* del punto, coma o punto y coma. Así.<sup>2</sup> Y no así<sup>3</sup>.

Y se continúa escribiendo como párrafo normal.

## 2. Normas de Crítica Jurídica

Crítica Jurídica tiene como objetivo publicar trabajos relacionados con la teoría crítica que se refieran a temas relacionados con la Teoría, la Sociología y la Filosofía del Derecho. Con este fin, Crítica Jurídica recibe trabajos originales que profundizan en tales temáticas, y plantean soluciones cada vez más adecuadas.

De acuerdo con el punto anterior se reciben solamente trabajos originales que no hayan sido publicados al momento de ser propuestos para su publicación en la revista. Los autores se comprometen, al enviar su trabajo a la revista, a no publicar éste hasta que, en su caso y previo dictamen positivo, el trabajo haya sido publicado por la revista. El autor es dueño de todos los derechos sobre su trabajo una vez que éste ha sido publicado; sin embargo, si el autor decide publicarlo en otro medio impreso se compromete a mencionar en dicha publicación que el trabajo ha sido ya publicado en Crítica Jurídica, mencionando el número y la fecha en que ha sido publicado en esta revista.

## 3. Más condiciones

Los trabajos deben incluir un resumen en español o portugués, y otro en inglés, cada uno de menos de 12 renglones. Además se sugiere a los autores que incluyan al menos cinco palabras clave de su trabajo en ambos idiomas.

Todos los trabajos que se envíen con fines de publicación serán sometidos a una “revisión por pares”, esto es cada trabajo recibido será sometido a un dictamen riguroso realizado por, al menos, dos árbitros de reconocida trayectoria académica dentro de las áreas temáticas a que se dedica la revista. Los resultados de dichos dictámenes son inapelables y pueden consistir en: aprobar el trabajo para su publicación, recomendar la no publicación del trabajo, o sugerir modificaciones al trabajo para que éste sea aprobado para su publicación. En caso de que se resuelva que el trabajo necesita ser modificado para ser publicable, será responsabilidad del autor realizar dichas modificaciones.

---

2

3

Al momento del envío del trabajo, el autor debe acompañar una carta de compromiso de originalidad, mediante la cual se compromete expresamente a que el trabajo que ha enviado no ha sido ni será publicado con anterioridad.

Los trabajos deben ser enviados a la dirección postal de la revista (CRÍTICA JURÍDICA, CENTRO DE INVESTIGACIONES INTERDISCIPLINARIAS, TORRE II DE HUMANIDADES, UNAM, C.U., 04510 MÉXICO, D.F.), por triplicado. En dos de los documentos se debe omitir el nombre del autor. A los documentos físicos, el autor debe acompañar un disco compacto con el soporte electrónico de su trabajo (en el programa Word para Windows), así como una breve reseña curricular del autor en un archivo por separado, en el cual se incluya su puesto o cargo y la institución en que se desempeña actualmente, su dirección postal, su teléfono y su dirección de correo electrónico. Los trabajos deben ser escritos de acuerdo con las características de este documento.

#### **4. Normas de arbitraje de artículos y formato de dictamen**

Al dictaminar el trabajo el árbitro tendrá en consideración los siguientes puntos:

a) El tema sobre el que trata el trabajo a dictamen es uno que tiene amplia relevancia en las discusiones teórico filosóficas sociológicas jurídicas actuales.

b) El trabajo aborda el tema desde un enfoque innovador, de tal forma que contenga una visión original dentro de las discusiones existentes.

c) El contenido del trabajo, de acuerdo con la metodología, la forma de argumentación y a la originalidad de los planteamientos que contiene, representa o posibilita un avance posterior dentro de la filosofía, sociología y teoría política o del derecho.

d) El contenido de la investigación es desarrollado de conformidad, y con coherencia, respecto de los planteamientos iniciales y de los objetivos que el autor ha establecido al inicio de su trabajo.

e) La estructura del contenido del trabajo se desarrolla de tal forma que tiene una secuencia consistente tanto con los objetivos del trabajo, como una secuencia coherente que articule de forma adecuada el desarrollo de cada idea o argumento, así como que permita una relación consistente entre las diferentes ideas o argumentos afirmados durante el desarrollo del trabajo.

f) Los argumentos que el autor realiza a lo largo del trabajo se encuentran debidamente fundamentados y son desarrollados de manera que resulten aceptables y que se encuentren en consonancia con los planteamientos esenciales del trabajo.

g) El autor utiliza fuentes que, debido a su relevancia dentro de la teoría y la filosofía del derecho y política, así como a su actualidad, puedan ser consideradas como adecuadas para una investigación novedosa y que tenga como efecto un avance en dichas disciplinas.

h) El autor utiliza dichas fuentes de forma adecuada en relación con el desarrollo de los planteamientos y objetivo del trabajo de investigación y de manera

que en la utilización de tales fuentes el autor encuentre un sustento suficiente para la afirmación de sus argumentos.

i) El autor emplea una metodología y argumentación que, tanto por su idoneidad con los objetivos del trabajo y la reflexión teórico-filosófica que el autor desarrolla, así como por su rigurosidad y coherencia, permitan afirmar que el producto de su investigación resulta filosófica y teóricamente serio y concordante con los objetivos de su trabajo.

j) Los árbitros serán designados por la dirección de la revista de entre los miembros del consejo de asesores.