



# crítica jurídica

Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

*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.

## Carta del Director

Queridos amigos

*CRÍTICA JURÍDICA* número 35 aparece en momentos —enero de 2013— en que suceden hechos importantes para América Latina. En México comienza una nueva presidencia del Partido Revolucionario Institucional, y en Venezuela se abren nuevas incógnitas en su proceso de cambio que el presidente Chávez ha llamado *socialismo del siglo XXI*. Y son acontecimientos de significado distinto.

En México, se trata de un regreso a un pasado que en algún momento se pensó enterrado por la Historia. Algunos hechos hacían pensar que, luego del fracaso de aquel PRI y el monumental equívoco de 12 años de un gobierno de derecha —el del Partido Acción Nacional (PAN)—, la izquierda tenía su oportunidad; de todos modos era una izquierda que era tal solamente porque PRI y PAN eran, entre ambos, toda la derecha.

Y no fue así. Las elecciones en México fueron organizadas por el instituto correspondiente, pero comandadas por el ejército imbatible de los *media* propiedad de la oligarquía; como para confirmar que en el capitalismo sólo puede haber plutocracia y nunca democracia. Y el primer día el país fue notificado de qué es lo que se viene. En efecto, el acto de toma de posesión de Peña Nieto en el palacio de los diputados, fue ensombrecido por protestas, principalmente de jóvenes universitarios. Pero como ya se sabía que habría inconformidad por la manera en que el nuevo presidente ganó las elecciones, los servicios de ambos gobiernos, el saliente y el entrante, organizaron a un grupo lumpen de provocadores que cometieron actos de vandalismo en las manifestaciones. La represión no se hizo esperar, y además de la paliza, un centenar de personas fue detenida en actos de flagrante violación de los derechos humanos.

La represión no pudo organizarse sino con la participación de ambos gobiernos. Pero aquí hay un detalle: la orden de golpear a los manifestantes y encarcelar manifestantes o transeúntes casuales, es responsabilidad del gobierno de la Ciudad de México, cuyo jefe era

en ese momento Marcelo Ebrard, del partido de “izquierda”, el de la Revolución Democrática. Hay otro detalle: los prisioneros fueron imputados por la comisión de un delito de nombre elocuente: violación a la paz social. ¿Cómo es que una democracia tiene en su haber semejante figura penal? Inmediatamente, el partido de “izquierda”, dueño del legislativo de la Ciudad de México, encontró la solución: como es un delito grave, con mínimo de cinco años de prisión, y no hay por tanto lugar a libertad bajo fianza, entonces ¡no a derogar el delito!, sino ¡achicar la pena! Y los prisioneros salieron... pero el proceso sigue. Por su parte, el nuevo gobierno de la Ciudad de México, elegido en el mismo día que el presidente, se negó a instruir a su fiscal para que retirara la acusación. Finalmente, la funcionaria judicial encargada, produjo argumentos increíbles para una mentalidad jurídica comprometida con el proceso acusatorio.

El panorama entero está a la vista.

El segundo proceso, el venezolano, tiene signo diverso. El país, dividido clara y conscientemente entre derecha e izquierda, ha vivido desgarradamente la enfermedad del presidente Chávez. Y lo que está claro, es que la oposición *proyanqui* usará la oportunidad que, gracias a Dios se le presenta, de desconocer la voluntad popular expresada en las urnas. Y, si tiene algún éxito, aunque sea parcial y/o momentáneo, quedará puesta sobre la mesa, otra vez, la cuestión de la revolución y la violencia. El socialismo del siglo XXI, que no parece ser otra cosa que social democracia con respeto a las clases dominantes y sus propiedades, queda en entredicho. Pues lo que se ve es justicia social a cargo de la renta petrolera y no algún cobro de cuenta a la oligarquía proimperialista.

Con todo, el proceso venezolano, como está montado en la movilización popular, es algo a lo cual la burguesía le teme, pues puede salirse de madre y avizorar nuevos horizontes. Todo está por verse.

Entre tanto, *CRÍTICA JURÍDICA* persiste en el llamado a la unidad de los actores críticos de América Latina, en momentos en que crece la conciencia de la necesidad de percibir al derecho como espacio de lucha.

O.C.

## Carta del Consejo de Redacción

En este semestre, de enero-junio del año 2013, nos complace presentarles el número 35 de la revista *CRÍTICA JURÍDICA*; sobre todo, en el contexto de celebración que se extiende no sólo en el mundo del pensamiento crítico jurídico, sino también, en el pensamiento filosófico, político y sociológico comprometido con la desnaturalización/construcción de conocimiento interdisciplinario; estamos hablando del merecido homenaje que se le ha rendido a Oscar Correas en el marco de la 2a. Jornada de la VII Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica en septiembre de 2012, por sus aportaciones y trayectoria académica y política, fundador y director de esta revista *CRÍTICA JURÍDICA* desde 1983.

Por esta razón, este año celebramos su 30 aniversario. La vigencia de esta revista, sin lugar a dudas, no hubiera sido posible sin el tenaz esfuerzo de su director, quien, enfrentando condiciones adversas, ha luchado por conservar un espacio abierto para la difusión de un pensamiento crítico y combatiente, por esta razón la Revista ha llegado a ser editada en diversas sedes, desde Puebla, en México, como en Brasil y Argentina, gracias a la colaboración de Carol Proner y Pablo Perel, respectivamente, entre otros. Articulando, así, el homenaje a Oscar Correas con el 30 aniversario de la revista *Crítica Jurídica*, estamos preparando algunas celebraciones a las que extenderemos la convocatoria a quienes han hecho posible, de igual modo, la vigencia de este espacio: lectores y autores.

Oscar Correas, además, es autor de numerosos y célebres títulos como *Crítica a la ideología jurídica*, *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*, *Kelsen y los marxistas*, *Metodología jurídica I y II*, *Introducción a la sociología jurídica*; así como otros títulos de autoría colectiva, como *Derecho indígena I y II* y *Criminalización de la protesta social*; entre otros reconocidos títulos y artículos.

Asimismo, su carrera docente ha sido extensa y fructífera, de tal suerte que actualmente coordina el Programa de Investigación *Derecho y Sociedad* en el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, de la UNAM, donde, cabe mencionar, ha

mantenido un trabajo constante y ha abierto las puertas a varias generaciones de colaboradores. Parte de este trabajo, son las siete ediciones continuas de la *Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica*, la cual, como su nombre lo indica, ha logrado conjuntar en México, Argentina y Brasil (su última sede) interesantes aportaciones de la región latinoamericana, preocupándose por romper las barreras academicistas y mantener el espacio abierto a todo interesado por construir no sólo pensamiento crítico, sino también horizontes de acción críticos, reuniendo, en cada edición, a investigadores, estudiantes, profesores, organizaciones civiles y representantes de movimientos sociales.

Por esta valiosa razón, hemos incluido, en este número, una entrevista que se le realizó sobre un tema del que nunca antes tuvo posibilidad de hablarnos, desde sus experiencias personales, pero no por ello sin ser importantes para la discusión política: el exilio argentino en la década de los setenta. Esta entrevista fue realizada por Amarildo Figueroa Valencia y nos delinea el contexto sociopolítico que nos permite adentrarnos en las razones del pensamiento crítico de Oscar Correas.

Este número también incluye una serie de artículos muy diversos e interesantes que, sin lugar a dudas, nos permiten poner sobre la mesa temas de discusión contemporánea que van desde temas concretos, como son los artículos “Política legislativa penal. Una propuesta de re-codificación del derecho penal vigente en Cuba” de Yoel Carrillo García, “Los abogados populares y sus prácticas profesionales. Hacia una aplicación práctica de la crítica jurídica”, de Francisco Vértiz, “Elementos para a descolonização do constitucionalismo na América Latina: o pluralismo jurídico comunitário participativo na Constituição boliviana de 2009”, bajo la coautoría de Antonio Carlos Wolkmer y Marina Corrêa de Almeida; de igual manera, están presentes artículos interesantes que nos permiten ampliar discusiones para posibles cursos de acción desde marcos un poco más teóricos, que rescatan elementos de la filosofía, el derecho e incluso del psicoanálisis, como es el artículo “Psicoanálisis y derecho: elementos para una crítica lacaniana de la ideología jurídica” de Jorge Foa Torres, “El Pensamiento Libertario de William Godwin: Utilitarismo y Racionalidad Instrumental” de María Emilia Barreyro, “¿Hacia la ‘falsa conciencia’ o hacia la ‘con-

ciencia de clase’? Apuntes en torno a la ideología en la obra de Marx” de Mauro Cristeche, “O método na Sociologia do Direito: Ehrlich visitado por Pachukanis” de Julio da Silveira Moreiria, “Pluralismo jurídico e Justiça Comunitária na América Latina: Potencialidades a parir da Sociologia das Ausencias e das Emergencias”, bajo la coautoría de Jackson da Silva Leal y Lucas Machado Fagundes, “Contribuição à crítica da ideología do direito: Os direitos fundamentais em debate” de Éder Ferreira; así como algunos que rescatan otros elementos más literarios que permiten adentrarnos en algunas discusiones jurídicas como “El proceso judicial según Jorge Luis Borges” de José Orler.

De igual modo, hemos incluido, en el marco del “Nuevo Constitucionalismo en América Latina”, dos entrevistas realizadas a investigadores latinoamericanos. Una de ellas es una entrevista llevada a cabo por Oscar Correas a Marcos Navas, jurista y politólogo de la Universidad Andina “Simón Bolívar” en Ecuador, y que estuvo estrechamente vinculado con el proceso constituyente en esta nación. Así como una entrevista realizada por Cynthia Salazar al investigador argentino Alejandro Médici, quien nos compartió sus perspectivas sobre los procesos constituyentes en América Latina.

Finalmente, queremos agradecerles por acompañarnos un año más en nuestras publicaciones, contribuyendo, así, a mantener abiertos estos espacios de difusión tan importantes para el pensamiento crítico en América Latina. La Revista *CRÍTICA JURÍDICA* es y ha sido un trabajo en conjunto entre el director Oscar Correas, El Consejo Académico, El Consejo de Redacción y, sobre todo, de los autores y de los lectores.

### **El Consejo de Redacción**



---

## ARTÍCULOS

---

# **Elementos para a descolonização do constitucionalismo na América Latina: o pluralismo jurídico comunitário-participativo na Constituição boliviana de 2009. (Elements for a de-colonization of Latin-American Constitutionalism: Legal Communitarian and Participative Pluralism in the 2009 Bolivian Constitution)**

*Antonio Carlos Wolkmer<sup>1</sup>  
Marina Corrêa de Almeida<sup>2</sup>*

**Resumen:** El presente artículo intenta pensar en qué medida la nueva Constitución boliviana de 2009 apunta a transformaciones en el constitucionalismo latinoamericano, capaces de su descolonización. Sobre esta perspectiva, se busca analizar los elementos normativos encontrados en dicho texto para, así, críticamente, evaluar las posibilidades emancipatorias para el derecho en América Latina en el siglo XXI, a partir de las referencias al pluralismo jurídico comunitario.

**Palabras clave:** Constitucionalismo, Pluralismo Jurídico, Bolivia, Descolonización, América Latina.

**Resumo:** O presente artigo visa pensar em que medida a nova Constituição boliviana de 2009 aponta à transformações no constitucionalismo latino-americano, capazes de sua descolonização. Sob esta perspectiva, buscar-se-á analisar os elementos inseridos em sua face normativa a partir das referências do pluralismo jurídico comunitário-participativo e, assim, criticamente, avaliar as possibilidades emancipatórias para o direito na América Latina no século XXI.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo, Pluralismo Jurídico, Bolívia, Descolonização, América-Latina.

**Abstract:** The present essay puts analyses the manner and the extent in which the Bolivian Constitution of 2009 points towards transformations of constitutionalism in Latin-America, capable of its de-colonization. On the basis of this perspective and taking as critical reference the concept of legal communitarian and participative pluralism, this paper analyses the normative elements of the constitutional text in order of evaluating, critically, the emancipating possibilities for Latin-American Law.

**Key-words:** Constitutionalism, Legal Pluralism, Bolivia, De-colonization, Latin-America.

## **1. Introdução**

23

O direito latino-americano, enquanto expressão de juridicidade do Estado-Nação moderno —implantado em todos os países no pós-independência das metrópoles Espanha e Portugal— carrega consigo a

---

1 Doutor em Direito e Professor Titular de História das Instituições Jurídicas, dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Santa Catarina, Brasil wolkmer@yahoo.com.br.

2 Bacharel em Direito e mestrande em Direito do PPGD/UFSC (Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil, área de concentração “Teoria, Filosofia e História do Direito”, marinacalmeida@hotmail.com. Recibido 26 de septiembre de 2012, aceptado 1 de noviembre de 2012.

faceta da colonialidade, que se reflete em todas as estruturas jurídicas criadas dentro da Nação. Isso significa dizer que toda sua institucionalidade está calcada nos padrões da colonialidade, ou seja, na ideia de raça e na articulação do trabalho, em todas as suas formas, em torno do capital.<sup>3</sup>

Como consequência, tem-se a padronização do direito a partir do próprio Estado, sendo este o único poder legitimado à produzi-lo e aplicá-lo; o monismo jurídico instalado e imposto como única realidade para o direito, em que se exclui as múltiplas realidades jurídicas existentes no território latino-americano, em clara discriminação às formas de organização social aplicadas pelos povos a partir de então chamados índios, bárbaros, não civilizados.

Por outro lado, a consolidação do Estado de Direito, que traslada a soberania do povo ao próprio Estado, porquanto este só resta obrigado ao direito que produziu. E a produção do direito, ela mesma, implica no respeito às relações sociais que passam a ser estabelecidas a partir do mercado mundial criando-se, assim, todo um ordenamento jurídico hierarquizado e positivado para manutenção desta mesma ordem capitalista.<sup>4</sup>

A colonialidade do direito moderno latino-americano se expande, ainda, para as formas de conhecimento deste mesmo direito. Uma exemplificação disso foi a criação no Brasil, no início do século XIX das primeiras faculdades de direito (São Paulo e Recife), que irão preparar os burocratas do novo Estado independente, dogmatizando o direito positivo e as suas formas de aplicação, dando centralidade ao aparato estatal e a seus operadores.

O direito latino-americano, assim estabelecido, não congrega as condições necessárias à organização de territórios tão vastos, composto por povos diversos, sob uma pluriculturalidade intríseca ao próprio processo de colonização —que envolveu, entre outras barbáries, o tráfico de pessoas vindas da África para o trabalho escravo— e

3 Cf. Aníbal Quijano in LANDER, Edgardo (org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Colección Sur-Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. set 2005. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Apresentacao.rtf>.

4 Como bem aponta Oscar Correas, “as normas dizem o que dizem e não outra coisa porque isso é o que permite a reprodução das relações sociais” (tradução nossa) (CORREAS: 2007, pp. 126-7).

muito menos esteve ou está apto à harmonização destas sociedades. A importação de modelos constitucionais, civis, penais, trabalhistas, para finalizar com os exemplos,<sup>5</sup> é uma mostra de que o direito assim imposto não tem por finalidade última esses objetivos —organização e harmonização—, mas tão somente a manutenção da ordem capitalista, da qual os países da América Latina são dependentes desde que consolidados enquanto tal, pertencentes à ordem globalizada do mercado e, ainda, à exclusão da população das decisões políticas, afetando de forma prejudicial a realidade latino-americana.

Por certo que apenas uma mudança no ordenamento jurídico latino-americano, em suas normas, não tem o condão de garantir uma transformação nas próprias relações sociais estabelecidas sob a colonialidade, este padrão de poder excluente e reproduutor do capitalismo; mas é certo também que uma outra sociedade, estabelecida sob outras relações sociais necessita da construção de um outro direito, com novas normas e novas formas de obediência e aplicação. É neste sentido que se advoga pela descolonização do direito, pela necessária transformação das instituições jurídicas que reconheça a realidade concreta latino-americana, suas relações dependentes ao projeto capitalista globalizante, sua diversidade étnica e cultural e as possibilidades outras que se apresentam a partir da satisfação das necessidades históricas da população.

## **2. Constitucionalismo moderno na América Latina**

A tradição jurídica latino-americana, sua evolução teórica bem como a sua institucionalização formal, implicou em hierarquizar o direito a partir das cartas constitucionais, assim como ocorreu na construção da juridicidade dos Estados modernos da Europa, estabelecendo nesta nor-

---

<sup>5</sup> A dependência da cultura jurídica latino-americana ao modelo eurocêntrico de matriz romano-germânica, e sua colonialidade não se realizou somente no âmbito geral das “ideias jurídicas”, mas, também em nível de construções formais de Direito público, em especial a positivação constitucional. Isso se verifica no processo de constitucionalização dos Estados latino-americanos que foram marcados pelas Declarações dos Direitos anglo-francesas, pelas constituições liberais burguesas dos Estados Unidos (1787) e da França (1791 e 1793), e pela inovadora Constituição Espanhola de Cádiz (1812). Quanto à positivação moderna de codificação do Direito privado ibero-americano foi modelada pelo ideário individualista, romanístico e patrimonial da legislação civil napoleônica (1804) e do estatuto privado germânico (1900). (WOLKMER: 2011, p. 04).

ma superior direitos que, por “naturais”, seriam ditos fundamentais<sup>6</sup> e que, por terem sido escolhidos num “ato de vontade do povo”, tornam-se democraticamente legitimados —mesmo que com a ausências históricas das grandes massas campesinas e populares.

Tais constituições, em verdade, não estabeleceram um Estado, mas realizaram um modelo de Estado, o Estado moderno, estritamente vinculado à formação e desenvolvimento do sistema capitalista, onde o Estado deve garantir a proteção jurídica e a segurança sem as quais é impossível o desenvolvimento do capitalismo e a edificação de uma economia de mercado em escala mundial. Neste sentido, o Constitucionalismo se adéqua a tal necessidade, conformando um Estado onde a soberania se transmuda em autonomia econômica internacional (transposição da soberania do povo para soberania estatal), afastando o povo das decisões de poder e, consequentemente, da satisfação de suas reais necessidades. Na América Latina, os ainda escravos, os recém libertos, os(as) relativamente incapazes, todos aqueles a quem Dussel estabelece como os “outros”.<sup>7</sup>

Assim, os interesses que politicamente dominaram os países latino-americanos no início do século XIX, fortalecidos pelas guerras de independência, iriam oferecer um campo propício para o surgimento, no âmbito do Direito público, de uma doutrina político-jurídica específica (trata-se do constitucionalismo moderno de tipo liberal), que demarcava a necessária limitação do poder absolutista das metrópoles europeias e sintetizava a luta lenta, tenaz e histórica do povo periférico, explorado e dominado, em prol de sua liberdade, emancipação, participação e busca de seus direitos de cidadania (WOLKMER: 2007, p. 133 e ss).

Por meio do constitucionalismo moderno/colonial se consagraram, abstratamente, igualdade formal perante a lei, independência de poderes, garantia liberal de direitos, cidadania culturalmente homogênea e a condição idealizada de um “Estado de Direito” universal.

---

6 “De qualquer modo, independentemente das diversas interpretações, é um fato da realidade —que não pode ser submetido à variedade de interpretações— que o Estado oriundo da Revolução Francesa e transformado no século XIX em protótipo do Estado burguês (enquanto Estado constitucional, liberal, parlamentar, representativo, etc) inspira-se nos princípios fundamentais da escola do direito natural” (BOBBIO: 1991, p. 09).

7 Cf. DUSSEL, Enrique. *1492: el encubrimiento del Otro. Hacia la origen del mito de la modernidad*. La Paz: Plural Editores. 1994.

Na prática, as instituições jurídicas são marcadas por controle centralizado e burocrático do poder oficial; formas de democracia excludente; sistema representativo clientelista e experiências de participação exclusivamente elitista.

Naturalmente, o perfil ideológico do constitucionalismo político, enquanto sustentáculo teórico do Direito público do período pós-independência, traduziu não só o jogo dos valores institucionais dominantes e as diversificações de um momento singular da organização político-social, como expressou a junção notória de algumas diretrizes, como o liberalismo econômico, a mínima intervenção do Estado, o dogma da livre iniciativa, a limitação do poder centralizador do governante, a concepção monista de Estado de Direito e a supremacia dos direitos individuais.

Na verdade, os fundamentos individualistas e monistas da prática constitucional incidiam, basicamente, nas formas clientelísticas de representação política, na conservação rigorosa da grande propriedade, na defesa desenfreada de um liberalismo econômico, bem como na introdução “aparente” e “formalista” de direitos civis, os quais, na verdade, expressavam o esvaziamento do que se poderia conceber como cidadania no seu sentido autêntico de processo participativo.

Forjada em ideias e princípios meramente programáticos, as Constituições latino-americanas passam, assim, a exclusão sistemática da população das decisões de poder, ou como bem afirma Bercovici, “essa negação do poder constituinte pelo constitucionalismo mostra que a história do Estado moderno é uma história de um Estado legislativo que progressivamente expropria o legislador” (2008, p. 165).

A tradição de nosso constitucionalismo, portanto, buscou sempre por formalizar a realidade oficializada da nação, adequando-a a textos político-jurídicos estanques e distanciados da realidade concreta latino-americana. Tal concepção estática do Constitucionalismo é fruto do projeto liberal e se destaca com o que Pedro Cruz Villalón chamou de “otimismo constitucional” do liberalismo, convertendo a Constituição Política em Direito Constitucional: “o poder constituinte foi reduzido à revisão constitucional, a defesa da constituição limitou-se ao controle de constitucionalidade e o estado de necessidade virou o estado de exceção” (BERCOVICCI: data, p. 16).

Segundo Bercovicci, “essa prevalência do constitucionalismo retira força da democracia. A neutralidade das Constituições é ilusória e o constitucionalismo não deve ter nenhuma primazia ideológica que não o obrigue a ser continuamente colocado à prova (data, p. 17)”. Contudo, o que se viu no constitucionalismo latino-americano dos últimos séculos foi a dogmatização do discurso constitucional, enquanto positividade máxima para o direito e, portanto, capaz de normatizar as relações sociais dentro do Estado de forma satisfatória —ignorando a realidade e a histórica exclusão de uma grande parte da população.

Certamente, os documentos legais e os textos constitucionais elaborados na América Latina têm sido a expressão da vontade e do interesse de setores das elites hegemônicas, formadas e influenciadas pela cultura europeia ou anglo-americana. Raras vezes, na história da região, as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político reproduziram, rigorosamente, as necessidades de seus segmentos sociais majoritários, como as nações indígenas, as populações afro-americanas, as massas de campesinos agrários e os múltiplos movimentos urbanos (WOLKMER: 2011, p. 05).<sup>8</sup> Se o fez, foi por pressão internacional ou pela reivindicação revoltosa de grupos organizados, movimentos sociais, mas o mais comumente realizado através de reformas ou emendas constitucionais, mais uma vez afastando do poder político a população latino-americana.<sup>9</sup>

Nos últimos anos, contudo, tem-se visto um movimento radical por retomada do poder político e pela conformação de outros Estados, mais condizentes com a pluriculturalidade e realidade concreta dos sempre excluídos do pacto social, de poder. Neste sentido, a reivindicação central foi pela conformação de Assembléias Constituintes (Venezuela, Bolívia e Equador) que, pela primeira vez, fossem realmente populares e congregassem todos os diversos segmentos populacionais. Como resultado, cartas constitucionais outras que, buscase, sejam capazes de organizar as relações sociais de forma menos colonizada.

---

8 Ver neste sentido também: VAZQUEZ, Rodolfo (Org.). *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México: Siglo Veintiuno, 2002.

9 Como bem aponta Linera, “(...) existem interpelações ao Estado que são, ao mesmo tempo, sua convulsão como tal, ou seja, com direito de decisão sobre o destino de todos, mas atendendo aos protestos de seus governados” (2010, p. 164).

### **3. Novo Constitucionalismo: a Constituição boliviana de 2009 e seus novos elementos sob o prisma do pluralismo jurídico comunitário-participativo**

A essa altura —passada a assembléia constituinte—, se tem certeza de que por baixo do manto do constitucionalismo contemporâneo se escondeu legalmente a reprodução do capital e do capitalismo; do colonialismo em todas as suas formas; a consolidação do patriarcalismo; uma tecnologia de subjetivação da/o cidadã/o, e a sociedade disciplinária em escala planetária, levando em conta —ademas— o seu enorme poder sobre os imaginários coletivo contemporâneos. E como se fosse pouco, isso vive e se desenvolve em meio a uma “miséria formalista” perniciosa à criatividade política em nossas terras. (CHIVI VARGAS in VERDUM: 2009, p. 158).

As assembléias constituintes que se conformaram na história recente da Venezuela, Equador e Bolívia sentaram suas bases sobre a necessidade de legitimar a vontade social de transformação mediante um processo constituinte de caráter democrático e, ainda que os resultados tenham sido em boa medida desiguais, foi possível a aprovação de Constituições que apontam, definitivamente, para um Estado novo, onde a teoria e a prática se unem com objetivo de dar respostas aos reclamos de todos os segmentos populacionais —em especial àqueles que restaram sempre excluídos do poder—, o que ficou conhecido como Novo Constitucionalismo latino-americano.

Bolivia, fue un país fundado sin nosotros, pero, además, Bolivia fue un país fundado contra nosotros, los pueblos originarios indígenas y campesinos (...) Bolivia es un Estado sin nación y nosotros somos naciones sin Estado (...) El problema de Bolivia es el problema del indio. Si no se resuelve el problema del indio no se resuelve el problema de Bolivia (CHIVI VARGAS: 2010, p. 22).

Bolívia é um país onde coexistem de forma desarticulada vários segmentos sociais —alguns deles se autodenominam nações originárias—, mas onde a estrutura estatal sempre emprestou a lógica organizativa de apenas um desses segmentos, aquele que respeita e impõe a lógica moderna capitalista (LINERA: 2010, p. 187). Por outro lado, a maioria da população, ainda que submersa nesta lógica, detém estruturas cognitivas e culturais advindas de outras identidades culturais e linguísticas, resultantes de sua própria vida material. Por essa razão é que Linera vai afirmar que

Em sociedades complexas como a boliviana, o Estado se apresenta como uma estrutura relacional e política monoética e monocivilizatória que, assim como desconhece ou destrói outros termos culturais de leitura e representação dos recursos territoriais, vive com uma legitimidade sob permanente estado de dúvida e de espreita por parte das outras entidades culturais e étnicas e de outras práticas de entendimento da responsabilidade sobre o bem comum, excluídas da administração governamental (2010, p. 192).

Por isso, o processo que se desenvolveu para a construção de uma nova Constituição Política de Estado requereu a movimentação da população mais excluída boliviana —majoritariamente representada pelas comunidades campesinas-indígenas e os operários das minas, também indígenas em sua maioria—, provocou guerras civis, fundamentou a eleição do primeiro presidente indígena e desembocou na conformação de uma assembléia constituinte que, tendo seus percalços, buscou a transformação das instituições estatais, com objetivo de reclamar um novo projeto de sociedade, começando pelo próprio direito.

Assim, a população empoderada e havendo recuperado sua identidade indígena na radicalidade, exigiu um novo acordo com o resto do país, já que era necessário inventar uma nova institucionalidade que permitisse redefinir um novo pacto entre esses povos e o Estado, militando por uma nova Constituição. A Assembléia Constituinte, responsável por trabalhar a proposta de refundação do Estado boliviano, teria que ser construída como espaço histórico de diálogo entre todos os setores sociais que não foram tomados em conta nas Cons-

tituições anteriores, indicando o núcleo central da transformação: a interculturalidade<sup>10</sup> como resposta a partir da/contra a colonialidade. Como bem afirma o atual vice-presidente boliviano:

Durante la realización de la Asamblea Constituyente, al interior de las organizaciones sociales indígenas y campesinas hubo un debate acerca de la forma de construir la representación plural en los Órganos de Poder del Estado (...) Todas coincidían en que las estructuras de poder estatal, por primera vez desde la Fundación de Bolivia, deberían reflejar la diversidad social y nacionalitaria del país, así como las diversas formas de ejercicio de la democracia de los pueblos (democracia representativa, democracia directa, democracia comunitaria) (LINERA: 2011, pp. 126-127).

Um dos maiores paradigmas colonizantes do Direito latino-americano é a teoria monista do direito, que considera válido apenas àquele posto segundo as regras oficiais do Estado, ignorando a existência histórica das múltiplas manifestações de juridicidade, para além do ordenamento oficial. A múltipla composição da sociedade permite vizualizar que cada uma destas manifestações possui sua própria normatividade e racionalidade jurídica, que se articulam de forma muito mais densa quando há uma maior ocorrência de conflitos e tensões entre as diferentes ordens normativas e, ao mesmo tempo, quando há uma maior abertura e permeabilidade das mesmas à influências mútuas (SANTOS: 2003, p. 76).

O reconhecimento oficial do pluralismo jurídico pela Constituição boliviana de 2009, agregado à conformação de um Tribunal Pluricultural, permite reavaliar as próprias premissas do direito cotidianamente, tendo por certo que o direito é também um campo de tensões sociais, e que somente poderá satisfazer as necessidades concretas da população quando reconhecer este seu caráter político.

10 Catherine Walsh nos dá um significado de interculturalidade, crítico, que aponta às ferramentas utilizadas para rearticular a diferença colonial na práxis dos movimentos sociais, em especial o movimento indígena e afro, em relação aos problemas da colonialidade do poder. Neste sentido, “a interculturalidade é o processo/projeto outro de existência que questiona e desafia a colonialidade do poder enquanto, ao mesmo tempo, torna visível o problema da diferença colonial (...) oferecendo um caminho para, pensando a partir da diferença, buscar a descolonização, a decolonialidade e a construção/constituição de uma sociedade radicalmente distinta” (tradução minha) (WALSH: 2006, p. 50).

Neste sentido, passamos a questão de qual pluralismo jurídico está-se fazendo referência, já que as teorias pluralistas são múltiplas e atendem a finalidades diversas.<sup>11</sup> O pluralismo jurídico que nos interessa está comprometido com a participação de novos sujeitos, com a efetiva satisfação das necessidades humanas e com o processo verdadeiramente democrático, descentralizado, participativo e emancipatório (WOLKMER: 1994, p. 209).

Este novo modelo jurídico obrigou a rediscutir as fontes, os fundamentos e o objeto do direito durante o processo constituinte boliviano. E é o desenvolvimento deste pluralismo jurídico, de caráter comunitário-participativo, que se observa nos mais diversos artigos da Constituição boliviana de 2009, ao serem contrastados com seus elementos de efetividade formais<sup>12</sup> e materiais,<sup>13</sup> e que passa a indicar um novo caminho para o direito latino-americano neste século XXI.

A efetividade material está intimamente ligada aos sujeitos coletivos, ou seja, aos novos atores sociais, que não podem ser compreendidos de maneira universal, onde os sujeitos são individuais e soberanos —formulação que é compatível com a noção liberal de sujeitos, que exercem o controle e a manipulação dos meios de produção e distribuição de renda— mas devem ser explicados dentro do espaço comunitário, composto por uma diversidade concreta de sujeitos, que participam e modificam o processo histórico-social desde suas subjetividades locais (1994, p. 212) e sob a crítica da colonialidade do poder, do saber e do ser.

Trata-se da retomada e ampliação de um conceito de sujeito, fortemente associado a uma tradição revolucionária de lutas e resistências (1994, p. 212). Neste sentido, a Constituição boliviana de 2009<sup>14</sup> tratou de estabelecer a garantia de direitos de participação coletiva de todas as nações étnicas existentes em seu território, bem como de

<sup>11</sup> Sobre o Pluralismo Jurídico ver: WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. São Paulo: Alfa Ômega. 1994. (Edición española: Sevilla.Mad 2006).

<sup>12</sup> Os fundamentos de efetividade formal são os responsáveis por ordenar o novo direito, quais sejam, a reordenação do espaço público, a ética da alteridade e a racionalidade emancipatória (1994, p. 222).

<sup>13</sup> A efetividade material está intimamente ligada aos sujeitos coletivos, ou seja, aos novos atores sociais, e também à estrutura da satisfação das necessidades, responsável pela legitimação da ação destes sujeitos (1994 pp. 210-11).

<sup>14</sup> BOLÍVIA. Constituição (2009). *Nueva Constitución Política de Estado*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/cpe.pdf>>Acessado em 18.11.2011.

grupos ativos como os movimentos sociais, como se pode observar nos seguintes artigos:

Artículo 14. III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.

Artículo 26. I. Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres.

Estes novos sujeitos estão ligados pela busca de dignidade, participação e satisfação urgente de suas necessidades essenciais. E é este aglomerado de necessidades que justifica e legitima a ação dos novos atores sociais; por isso, podem ser consideradas como o segundo elemento de efetividade material na construção do novo paradigma do direito. O que aqui se descreve como necessidade é vontade consciente que impele o comportamento humano a adquirir bens considerados essenciais e que inclui necessidades existenciais, de subsistência e culturais. Além disso, esse conjunto varia de acordo com o espaço social onde o sujeito está inserido, envolvendo um processo de socialização profundamente marcado por escolhas de modo de vida e por valores como liberdade e justiça (1994, p. 217).

Observando a Carta Constitucional boliviana atual se percebe que, ao serem elencados os direitos fundamentais, se deu prioridade àqueles direitos reclamados de forma mais emergente no contexto das lutas e manifestações travadas pelos movimentos sociais, sendo os mesmos elencados no texto segundo seu grau de importância. Assim, por exemplo, no Título II da Constituição (Direitos Fundamentais e Garantias), em seu capítulo segundo, o primeiro artigo (art. 15) trata do direito à vida e integridade física, psicológica e sexual, colocando já no inciso II uma referência especial à situação das mulheres<sup>15</sup> e

---

15 Artículo 15. II. Todas las personas, en particular las mujeres, tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad.

o segundo artigo (art. 16) trata do direito à água,<sup>16</sup> que motivou uma das maiores lutas sociais do século XXI na Bolívia, passando a tratar dos direitos civis e políticos só no capítulo terceiro, demonstrando uma inversão de prioridade no que se refere aos direitos humanos.

Para além dos elementos materiais que fundamentam o novo paradigma, são de extrema relevância alguns fundamentos de efetividade formal que irão ordenar o novo paradigma, comunitário-participativo, como é o caso da reordenação do espaço público, que está vinculada a uma política democrática que consiga, além de organizar, representar a sociedade, de forma descentralizada e participativa (1994, p. 216). No que diz respeito a esse elemento, a Constituição boliviana de 2009 é rica em artigos que promovem uma completa reestruturação de tal espaço, como por exemplo:

Artículo 30. II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos (...)

4. A la libre determinación y territorialidad.
5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.
6. A la titulación colectiva de tierras y territorios.
7. A la protección de sus lugares sagrados.
8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios.

Na mesma direção, com o objetivo de concretizar a efetividade formal e tornar possível o pluralismo jurídico comunitário-participativo, fez-se necessário formular uma nova ordem de valores éticos, que comprometessem tanto as instituições estatais como toda coletividade. E esse é um dos aspectos mais radicais da Nova Constituição Política do Estado boliviano, pois parte-se de princípios ancestrais dos povos originários, apontando a um giro epistemológico, descolonial:

Artículo 8. I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida

---

16 Artículo 16. I. Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación.

armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

Em compasso com os novos valores éticos, está a racionalidade, como pilar final enquanto efetividade formal do novo paradigma. Este deve ser de caráter emancipatório, que não nasce de fundamentos universais, mas de interesses e necessidades dos sujeitos em permanente interação/conflitividade. Assim, a intenção da Constituição boliviana foi fomentar uma racionalidade que esteja afastada da instrumentalização das relações sociais, se aproximando de uma maior responsabilidade na alteridade, com objetivo de responsabilizar os cidadãos pela necessidade de consciência do outro/ diálogo com o outro:

- Artículo 108. Son deberes de las bolivianas y los bolivianos: (...)
- 3. Promover y difundir la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución.
  - 4. Defender, promover y contribuir al derecho a la paz y fomentar la cultura de paz. (...)
  - 9. Asistir, alimentar y educar a las hijas e hijos.
  - 10. Asistir, proteger y socorrer a sus ascendientes.
  - 11. Socorrer con todo el apoyo necesario, en casos de desastres naturales y otras contingencias. (...)
  - 14. Resguardar, defender y proteger el patrimonio natural, económico y cultural de Bolivia.
  - 15. Proteger y defender los recursos naturales y contribuir a su uso sustentable, para preservar los derechos de las futuras generaciones.
  - 16. Proteger y defender un medio ambiente adecuado para el desarrollo de los seres vivos.

No que tange às estruturas jurídicas estatais, verifica-se que o Poder Judiciário restou reconfigurado para abranger as formas de juridicidade dos povos e nações originárias campesinas, outorgando-lhes igual hierarquia dentro do sistema judicial, como se pode retirar do seguinte artigo:

Artículo 179. I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley.

**II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.**

III. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

IV. El Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial.

Frente às inúmeras discussões geradas pelo texto constitucional no que se refere ao igualitarismo judicial, o legislador boliviano acabou elaborando a lei nº 73, de 29 de dezembro de 2010 (*Ley de Deslinde Jurisdiccional*) para regulamentar disposições de igual hierarquia da função judicial.

Além disso, a conformação de um Tribunal Constitucional Pluricultural irá permitir a realização da justiça constitucional, a forma mais política do direito, dentro de uma concepção intercultural, respeitando os valores e princípios dos distintos segmentos culturais e políticos da sociedade boliviana, o que se observa a partir da própria forma de organização dos seus magistrados, estes eleitos de forma direta, democrática, retirando o poder do executivo para tanto:

Artículo 196. I. El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

Artículo 198. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia.

Verifica-se, portanto, um giro descolonizador no constitucionalismo boliviano, no sentido de fomentar um pluralismo jurídico de

caráter comunitário-participativo, capaz de transformar as relações entre o Estado e a sociedade e garantir que a democracia não fique apenas institucionalizada, mas que seja parte da práxis social latino-americana, a partir sobretudo dos sempre excluídos dos campos de poder.

#### **4. O pluralismo jurídico comunitário-participativo e a descolonização do direito latino-americano**

A experiência do descobrimento e, especialmente, da conquista é essencial para a constituição do “ego” moderno, não somente como subjetividade, mas como subjetividade central e final da história (DUSSEL: 1994, p. 20). Neste sentido, a América Latina é, desde 1492, constitutiva da modernidade, a “outra-face”, a alteridade essencial à modernidade, pois foi a primeira periferia da Europa moderna, isso quer dizer, sofreu globalmente desde sua origem enquanto tal —latino-americana— um processo constitutivo de modernização, que depois será aplicado à África e Ásia (1994, p. 21). A colonização da vida cotidiana do índio e, posteriormente, do escravo africano, foi o primeiro processo europeu de modernização, de civilização, através do que Dussel denomina “práxis erótica, pedagógica, cultural, política e econômica” (1994, p. 49).

A modernidade é, assim, um processo prático e violento que inclui dialeticamente o “outro” como o “mesmo”; pois o outro, em sua diferença, é negado como outro e é obrigado, subsumido, alienando a incorporar-se à totalidade dominadora como coisa, instrumento, como oprimido, ou como bem afirma Dussel “a primeira experiência moderna foi a superioridade quase divina do eu europeu sobre o outro primitivo, rústico, inferior” (1994, pp. 41-43),

Europa ha constituido a las otras culturas, mundos, personas como objeto: como lo “arrojado” (*-jacere*) “ante” (*ob-*) sus ojos. El “cubierto” ha sido “des-cubierto”: *ego cogito cogitatum*, europeizado, pero inmediatamente “en-cubierto” como Otro. El Otro constituido como lo Mismo (1994, p. 36). Sobre el efecto de aquella colonización del mundo de la vida se construirá la América Latina posterior: una raza mestiza, una cultura sincrética, híbrida, un Estado colonial, una economía capitalista dependiente e periférica desde su inicio, desde el origen da la modernidad (su otra-cara: *te-ixtli*). El

mundo de la vida cotidiana conquistadora-europea colonizará el mundo de la vida del indio, de la india, de América (1994, p. 50).

Assim estabelecida, a América Latina padeceu, desde sempre, com este padrão de poder a que Quijano denominou colonialidade, onde a idéia de raça permitiu a classificação social básica da população, entre colonizadores (brancos) e colonizados (indíos, negros, etc..), permitindo a distinção fenotípica através da cor e a legitimação das relações de dominação através da naturalização da ideia de que os brancos seriam os modernos/civilizados e os colonizados (demais cores) seriam os primitivos/inferiores.<sup>17</sup> Esse foi um dos fatores fundamentais para que a perspectiva eurocêntrica de conhecimento pudesse se disseminar como “o” conhecimento moderno em escala mundial.

O eurocentrismo, importado para as instituições jurídicas latino-americanas, como vimos, cumpre com a função de manutenção do projeto moderno-capitalista ao ser plenamente aplicado ao direito, sobretudo ao constitucionalismo que se viu expressão fiel das cartas européias e norte-americana, ignorando a realidade de nossos povos, razão pela qual o pluralismo jurídico, este de caráter comunitário-participativo, surge como bandeira de luta dos movimentos sociais bolivianos para fazer frente à europeização do direito —ou sua colonialidade— e, resgatando a pluriculturalidade existente, estabelecer um paradigma outro a partir da interculturalidade.

Assim, trata-se de um novo paradigma, pensado a partir da práxis política —e sempre desde a diferença— desviando-se das normas dominantes, desafiando e abrindo portas à descolonização. Mais que um discurso, é uma lógica construída a partir da colonialidade e das diferenças que esta criou, que subalternizam os povos, linguagens e conhecimentos.

Contudo, não é exterior e nem muito menos está isolada dos paradigmas e estruturas dominantes, pois a necessidade —gerada como resultado da própria colonialidade— levou o movimento social boliviano a conhecer todos os paradigmas e estruturas hegemônicas e é por meio deste conhecimento que se gera um outro pensamento,

---

17 Cf. Quijano, *op. cit.*

que vai orientar o movimento em todas as esferas. Nota-se, assim, que a diferença não é mais aditiva, mas constitutiva da práxis política destes grupos (WALSH: 2006, pp. 33-34).

Dessa forma, a Constituição boliviana de 2009 aparece como a primeira Constituição latino-americana que tem uma posição claramente anticolonial, rompendo de forma decidida com os antecedentes constitucionais, que só fizeram mascarar o colonialismo que seguia imperando no país, ao reconhecer constitucionalmente a persistência do colonialismo interno durante décadas e colocar todos os mecanismos constitucionais para erradicá-los definitivamente, entre eles o reconhecimento do pluralismo jurídico, de viés comunitário e participativo.

Isso porque ao reconhecer outros sujeitos como plenamente aptos à tomada de decisões políticas, sobretudo, ao reconhecer a capacidade de sujeitos coletivos —sejam as próprias comunidades e nações originárias indígenas ou mesmo movimentos sociais organizados— como elemento de efetividade material para o direito, permite às culturas diversas sua práxis cotidiana de ação enquanto grupo, de forma comunitária e solidária, e se afasta do sujeito atomizado, aquele livre apenas à participação no mercado, capitalista.

Na Bolívia, as identidades coletivas normativas por bairros, *ayllus*, comunidade, associação trabalhista, precedem, em sua maioria, qualquer manifestação de individualidade e são utilizadas cotidianamente para exercer controle social, para reivindicar demandas, para eleger representantes, para introduzir querelas igualitárias, para formar uma moral cívica de responsabilidade cidadã (LINERA: 2010, p. 216).

Da mesma forma, ao reconhecer como direitos fundamentais prioritários direitos outros, como é o caso do direito à água por exemplo, rompe com a europeização dos direitos humanos, agregando àqueles que satisfazem de forma mais concreta as necessidades dos povos latino-americanos, novo elemento de efetividade material para o direito.

A possibilidade de que um leque tão plural de organizações e sujeitos sociais possa se mobilizar garante-se pela seletividade de fins que permite concentrar vontades coletivas diversas em torno de algumas reivindicações específicas. Isso exigiu descentralizar as reivindicações da problemática do salário direto, próprio do antigo movimento operário, para situá-las em uma política de necessidades vitais (água, território, serviços e recursos públicos, hidrocarbonetos, educação, etc), que envolvem os múltiplos segmentos sociais subalternos (...) (2010, p. 305).

Por outro lado, ao possibilitar a reordenação do espaço público boliviano, a nova Constituição Política de 2009 reconhece o elemento formal participativo deste novo paradigma para o direito, ao garantir o exercício da auto-determinação dos povos e nações originárias indígenas dentro de seus territórios e dar a estes a capacidade de autogestão, e integração plena ao Estado, agora Plurinacional. Ao mesmo tempo, a capacidade de participação política é ampliada,<sup>18</sup> pois ao se respeitar as formas de eleição de suas autoridades e permitir a participação na política estatal geral, por meio da representatividade dos grupos originários, dá-se a democracia maior concretude e efetividade dentro do sistema político estatal. Como bem aponta Linera,

A contribuição da comunidade às práticas políticas não é tanto a democracia direta, tampouco se contrapõe irremediavelmente à democracia representativa —embora seja certo que a primeira é inerente às relações comunais, a segunda lhe permite, em certas ocasiões, articular critérios a uma escala territorial e populacional mais ampla. A autêntica contribuição da comunidade em rebelião é a evidente reapropriação, por parte das pessoas comunalmente organizadas, das prerrogativas, poderes públicos, dos comandos e a da força legítima anteriormente delegada em mãos de funcionários e especialistas (2010, p. 166).

18 Cf. Constitución boliviana de 2009: Artículo 11. II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley. 2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley. 3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley.

Contudo, é com respeito à nova ética —da alteridade— e à busca por uma racionalidade outra é que o novo paradigma para o direito, descolonizador, encontra seu aspecto mais comunitário e radical, transformador e descolonizador, pois se leva em conta tanto princípios de origem ancestral dos povos e nações originárias, como se agregam aos direitos fundamentais, deveres para com o “outro”, responsabilidade do ser em conexão com os demais cidadãos bolivianos, inclusive para com o futuro desta sociedade, no respeito ao meio ambiente de forma mais integrada e menos mercantilizada, por exemplo, fomentando as características comunitárias e solidárias dos grupos existentes no país.

## 5. Conclusão

Se, por um lado, o direito latino-americano contribui para assegurar o projeto moderno/colonial, o Estado-Nação e as relações de propriedade, capitalistas; por outro, se vê reivindicado como ideal de justiça pelos que pretendem assegurar a sua sobrevivência e a de seus grupos. Assim configurado, o direito enquanto campo, onde são travadas as relações sociais de força, diversos grupos passam a reivindicar mudanças em sua realidade concreta a partir da aquisição de direitos, criação de novos e ampliados direitos, realização de justiça em sentido amplo. Alguns desses grupos passam a perceber também que, enquanto ação a partir do direito, podem tensionar para a transformação das próprias estruturas sociais, reivindicando voz, participação política<sup>19</sup> enquanto diferença, numa tentativa de alargar a cidadania dentro de um contexto de transformação e rompimento com os projetos moderno/coloniais.

Isso porque democracia não pode ser entendida como mera técnica, que para o direito serviria de condão para elaboração de normas, bem como não deveria corresponder à mera atribuição, formal, do poder constituinte ao povo, já que o povo é a origem e o detentor último do poder político, como destaca Dussel, exercendo ele mesmo o domínio político, tornando mais concreta a soberania popular (2006, pp. 43-44).

---

19 Participação política aqui entendida como possibilidade de tensionar o campo das relações de poder ativamente e não no caráter de representação que se toma hoje o conceito de política.

A autenticidade e normatividade de um sistema constitucional, portanto, se alicerça na democracia, que visa tanto a limitação do poder dos representantes, como a capacidade de estabelecer regras consensuais para toda a comunidade política, entrelaçando validade e legitimidade. Neste sentido, “a Constituição não só deve ter origem democrática como deve organizar um Estado que assegure a soberania popular” (BERCOVICI: 2008, p. 18).

Sendo assim, a Constituição boliviana de 2009, ainda que não seja resposta definitiva e resultado de uma radical transformação das relações sociais no país, possui elementos outros que trazem, definitivamente, o rosto e cosmovisão do outro, do excluído latino-americano, para dentro das estruturas de poder, remodelando todo o Estado que, por isso, se conforma como Plurinacional, realizando uma mudança transcendental no padrão de poder —a colonialidade— pelo menos no que diz respeito a uma de suas importantes faces: a diferença racial.

No que se refere ao rompimento com o que Dussel chamou de “encobrimento do outro”, o pluralismo jurídico comunitário-participativo inserto nesta carta constitucional tem papel fundamental, pois alberga consigo novos elementos de efetividade material e formal que são condizentes com a realidade multiétnica e pluricultural da Bolívia e, principalmente, com as formas comunitárias de realização da vida que ali existem.

Segundo Linera,

(...) o comunitário pode ser ponto de partida de uma renovação geral da sociedade, uma vez que a própria sociedade moderna tende também, como contrafinalidade do progresso, a formas superiores e universalizadas de vida comunal (...) De fato, em países como os latino-americanos, nos tempos atuais, a possibilidade de uma insurgência autêntica contra o domínio do capital é impensável se estiver à margem da classe comunal e de sua luta por universalizar a racionalidade que a caracteriza (2010, p. 62).

Parece certo que essa reformulação das estruturas do Estado e, com ele, das relações de força na política, podem dar abertura à novas

formas de produção da vida, pois a partir de então o bloco dominante, agora representado por muitos outros, poderá dar um novo rumo às relações econômicas que serão estabelecidas dentro do contexto estatal, como é o caso da estatização dos hidrcarburetos e os benefícios que são criados a partir de fundos advindos destes recursos naturais.

Como bem aponta Linera, “quando uma sociedade passa a controlar de um a três dólares de cada quatro gerados pela principal fonte de exportação do país, está-se, primeiro, diante de uma modificação nos mecanismos de controle e apropriação do excedente e, com isso, da estrutura econômica de poder da sociedade” (2010, p. 342).

Em síntese, a ideia que se propõe e que resta clara é que a presença do pluralismo jurídico comunitário-participativo no constitucionalismo, como realidade para o direito latino-americano, no que diz respeito ao rompimento de uma das facetas da colonialidade, a diferença de raça, incluindo então a pluralidade real concreta de diversidade étnica e cultural, poderá auxiliar no rompimento com outra face da modernidade/colonialidade a ser rompida, que está imbricada não apenas no aparato estatal, mas na vida concreta de todos os bolivianos, que é a dependência ao mercado mundial e ao capitalismo.

## 6. Referências Bibliográficas

- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1991.
- BOLÍVIA. Constituição (2009). *Nueva Constitución Política de Estado*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/cpe.pdf>.
- CORREAS, Oscar (coord). *Pluralismo Jurídico: otros horizontes*. México D.F: Ed. Coyoacán. 2007.
- DUSSEL, Enrique. *1492: el encubrimiento del Otro. Hacia la origen del mito de la modernidad*. La Paz: Plural Editores. 1994.
- 
- \_\_\_\_\_. *20 Tesis de Política*. Buenos Aires: CLACSO. 2006.

- LANDER, Edgardo (org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.* Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. set 2005. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Apresentacao.rtf>.
- LINERA, Álvaro García. *A potência plebeia: ação coletiva e identidades indígenas, operárias e populares na Bolívia.* São Paulo: Boitempo. 2010.
- \_\_\_\_\_. *El “oenegismo” la enfermedad infantil del derichismo: o cómo la “reconducción” del Proceso de Cambio es la restauración neoliberal.* La Paz: Vicepresidencia del Estado. 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Transformação e Conflito Social: uma paisagem das Justiças em Moçambique.* Porto: Ed. Afrontamento. 84 ed. 2003.
- VARGAS, Idón Moisés Chivi. *Constitucionalismo Emancipatorio y Desarrollo Normativo: Desafíos de la Asamblea Legislativa Plurinacional.* mimeo. 2010.
- VERDUM, Ricardo (org.). *Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina.* Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos. 2009.
- WALSH, Catherine. *Interculturalidad, descolonización del Estado y del conocimiento.* Buenos Aires: Del Signo. 2006.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina.* Texto inédito. 2011.
- \_\_\_\_\_. *História do Direito no Brasil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.
- \_\_\_\_\_. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito.* São Paulo: Alfa Ômega. 1994.

## El Pensamiento Libertario de William Godwin: Utilitarismo y Racionalidad Instrumental. (The Libertarian Thought of William Godwin: Utilitarianism and Instrumental Rationality)

*Maria Emilia Barreyro<sup>1</sup>*

**Resumen:** El presente trabajo intenta rebatir la lectura frecuente que se hace de la Teoría Política de William Godwin, la cual lo señala como perteneciente a la tradición del Utilitarismo Anglosajón. En primer lugar, y con aquel propósito se muestra cómo el Principio de Utilidad tal como fuera pensado por Jeremy Bentham está fuertemente imbricado con el Principio de Autoridad. Luego, se expone cómo ambos principios son irreconciliables con la idea Autonomía Individual, si ésta es entendida en términos radicales, tal como lo hiciera el propio Godwin. Por último, se señala cómo son incompatibles con la Racionalidad No instrumental presupuesta en la Teoría Política godwiniana. En consecuencia, resultará más acertado situar a Godwin en la tradición del pensamiento político de corte revolucionario-rousseauniano.

**Palabras clave:** Teoría política, William Godwin, Utilitarismo, Autonomía individual, Principio de Autoridad.

**Abstract:** My intention in this paper is to dismantle the common reading of William Godwin's Political Theory which says that he belongs to the Anglo-Saxon Utilitarian Tradition. In the first place, and for that purpose, it's showed how The Principle of Utility (as it was conceived by Jeremy Bentham) is strongly tied to The Authority Principle. Then, it's exposed why both principles are irreconcilable with idea of Individual Autonomy understood radically, as Godwin did. Lastly, it's pointed out how those principles are incompatible with the Non-Instrumental Rationality assumed in the Godwin's Political Theory. In consequence, it would be more adequate to locate Godwin in the revolutionary and rousseauian Political Thought Tradition.

**Key-Words:** Political Theory, William Godwin, Utilitarianism, Individual Autonomy, Principle of Authority.

### Introducción

Frecuentemente se ha emparentado el pensamiento de William Godwin (1756-1836) al de Jeremy Bentham (1748-1832), ambos ingleses han sido señalados como padres teóricos del Utilitarismo. Ciertamente, el lenguaje de Godwin está plagado de términos que abundan en las obras de los pensadores utilitaristas del periodo. Algunos<sup>2</sup> han defendido el carácter utilitarista de Godwin pese a las posturas que lo señalaban como ajeno a dicha corriente. Otros, incluso, han sugerido la posibilidad de una lectura libertaria de su utilitarismo. Es indudable que a lo largo de la obra de Godwin se plantean cuestiones típicamente utilitaristas, tal como el

45

<sup>1</sup> Investigadora Adscrita del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja”, Facultad de Derecho, UBA, emilia\_barreyro@hotmail.com. Recibido el 15 de agosto de 2012, aceptado el 25 de septiembre de 2012.

<sup>2</sup> Lamb, Robert. *Was William Godwin an Utilitarian?* *Journal of the History of Ideas*-Vol. 70 No.1- Enero de 2009, pp. 119-141. [http://muse.jhu.edu/journals/journal\\_of\\_the\\_history\\_of\\_ideas/toc/jhi.70.1.html](http://muse.jhu.edu/journals/journal_of_the_history_of_ideas/toc/jhi.70.1.html)

famoso “*fire case*”.<sup>3</sup> De hecho, los debates en torno a su calidad de utilitarista discurren acerca de si la variable cualitativa de los placeres lo desenmarca de dicha corriente, o si realmente recogía la tradición hedonista —considerándola a ésta troncal para el Utilitarismo Clásico.

Sin embargo, me interesa analizar si es posible una lectura de su obra en términos utilitario-libertarios, o si, por el contrario, el Utilitarismo es incompatible con una visión libertaria de la sociedad, y, a su vez, si una lectura utilitarista es consistente con una visión de la racionalidad no instrumental, como la que, creo, sostiene Godwin. Para este propósito trabajaré sobre algunos de los planteamientos ético-políticos de Godwin contraponiéndolos con otros similares de Bentham, este último señalado como exponente más representativo del Utilitarismo Clásico.

Si en términos esquemáticos puede plantearse la existencia de dos caminos teóricos entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX: un camino axiomático, jurídico deductivo, un discurso asociado a la Revolución Francesa, vinculado a la noción de soberanía y otro camino referido estrictamente a la práctica gubernamental y a los límites que de hecho pueden ponérsele al gobierno —en términos de Utilidad—; en otras palabras, el camino rousseauiano y el camino utilitarista,<sup>4</sup> la tradición francesa y la anglosajona, advertimos lo problemático que resulta etiquetar o clasificar a W. Godwin en la medida en que se encuentra en medio de ambas tradiciones. La influencia del pensamiento político de Rousseau en Godwin es innegable, pero también lo es la realidad del utilitarismo en muchos de sus planteos éticos.

Si el Utilitarismo nace, según Foucault, como una tecnología de poder, de la práctica gubernamental, de los límites de la intervención del gobierno y de la formación de un Derecho Público y Administrativo,

---

3 Godwin, William (1793). *Investigación acerca de la justicia política y su influencia en la virtud y la dicha generales*. Ed. 1945, Buenos Aires-Argentina. Editorial Tupac, p. 55. “Un hombre es de más valor que una bestia, porque en posesión de más altas facultades, es capaz de una felicidad más refinada y genuina. Del mismo modo el ilustre arzobispo Cambrai tiene más valor que su criada y hay pocos entre nosotros que vacilarían en fallar, si su palacio estuviera en llamas y sólo la vida de uno de ellos pudiera ser salvada, sobre cuál de ellos debería ser preferido”.

4 Así lo sugiere Foucault: Foucault, Michel (1979). *Nacimiento de la biopolítica* (trad. De Pons Horacio). Buenos Aires, Argentina. Ed. Fondo de Cultura Económica 2008 - pp. 43-67, clase del 17 de enero de 1979.

peca en su origen de aceptar la legitimidad del gobierno y difícilmente tendrá que ver con la tradición libertaria. Se desembaraza del problema acerca de los fundamentos de la soberanía. Particularmente, el Utilitarismo Clásico, especialmente en la versión de J. Bentham, se preocupa antes que del fundamento de la obediencia<sup>5</sup> de las cuestiones de la naturaleza y los requisitos del buen gobierno, dando por sentada la posibilidad de que haya un *buen gobierno*. Godwin, por su parte, se mete de lleno en la cuestión de la constitución política de la sociedad, sus bases, fundamento y naturaleza, y arremete contra el principio mismo de autoridad.

Más allá de las condiciones históricas del surgimiento del Utilitarismo, de la función que este tipo de discurso desempeñó en los hechos, quiero adentrarme en la problemática de la consistencia interna que podría tener un *utilitarismo libertario* a partir de sus presupuestos más arraigados. Para tal fin desarrollaré primero lo que entiendo por el *Principio de Autonomía Radical* en Godwin ligado a la idea de primacía del juicio propio.

### **Principio de Autonomía Individual Radical**

Según Godwin: “*Para un ser racional sólo puede haber una regla de conducta: la Justicia. Y sólo un medio de practicar esa regla: el ejercicio del juicio personal*”.<sup>6</sup> En esta afirmación —nodal para entender la propuesta godwiniana— el autor dice, entre otras cosas, que la norma de conducta es una sola, o dicho de otro modo, no hace distinción entre normas morales y normas jurídicas. Los hombres deben conducirse de acuerdo con la *Justicia*, a pesar de otras normas o reglas de conducta que puedan estar vigentes en la sociedad en que viven. Y el juicio sobre lo justo y lo injusto recae en *última instancia* en cada individuo.

En *última instancia*, porque la formación del juicio práctico, como la de todo juicio —según Godwin—, tiene lugar intersubjetivamente a través de la comunicación. En numerosas oportunidades el autor destaca la calidad humana como aquella que se constituye a partir de

---

5 Cfr. Pocklington, Thomas C. *Political Philosophy and Political Obligation*. Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique, Vol. 8, No. 4 (Dec., 1975), pp. 495-509. Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/3230681>.

6 Godwin, William, *La justicia política*, p. 76.

esta interacción. El *juicio personal* no es producto de la meditación solitaria ni del cálculo de medios y fines. No se mueve el autor en el marco de una concepción instrumental de la racionalidad, sino que entiende que la formación del juicio, esté referido al mundo de la Naturaleza, al mundo de las relaciones interpersonales, o a sí mismo, se lleva a cabo a partir de la continua ilustración sobre tales asuntos, y a partir, fundamentalmente de la conversación, discusión y deliberación con sus semejantes en condiciones de igualdad y libertad.

En efecto, el autor ensalza la instrucción a través de la lectura, en el entendimiento de que a través de ella se da un diálogo entre el autor y el lector. Al igual que el “camaleón”<sup>7</sup> que asume el color de las sustancias sobre las que descansa, el lector se posiciona en el lugar del otro, concede a sus argumentos, acepta –aunque sea temporalmente– sus puntos de vista. El individuo vuelve su intelecto más dúctil, más comprensivo del otro a través de la lectura, se convierte en alguna medida en “criatura” del autor de la obra leída.

También el juicio se forma a partir de la discusión “en tiempo real” con los semejantes. En el prefacio a *The Enquirer* (1797), cuatro años más tarde de la primera edición de *Political Justice*, Godwin advierte que ha abandonado el método de investigación de la verdad utilizado en su primer obra, que consistía en formular un principio y deducir a partir de él sus consecuencias para adoptar un nuevo método de acceso a la Verdad, cual es la discusión coloquial. Efectivamente, presenta sus ensayos como resultado de conversaciones de las que él mismo ha participado a lo largo de los años.

Si el juicio personal se forma a través de la ilustración y la conversación (o dicho de otro modo, del diálogo diferido en el tiempo y el diálogo actual) no nos puede resultar extraño que el autor elogie, por ejemplo, la idoneidad de los *viejos clubes ingleses*, donde se realizaban periódicas reuniones de círculos pequeños e independientes para la formación del propio juicio, donde los miembros se encontraban en un plano de plena libertad e igualdad para expresar sus opiniones. Rechaza de lleno las grandes asambleas donde la expresión del propio

<sup>7</sup> Godwin William, 1797. *The Enquirer; Reflections on Education, Manners and Literature*. Printed for G.G. and J. Robinson, Paternoster-Row, London, England, p. 33. El libro se encuentra digitalizado completo en <http://books.google.com.ar>

juicio u opinión se ve coartada por la fuerza del número. Confía en el hábito de la “conversación amistosa”, que *nos habitúa a escuchar diversidad de ideas y de opiniones, nos obliga a ejercitar la atención y la paciencia (...)* Si rememora su propia historia intelectual, todo hombre pensante reconocerá que debe las sugerencias más fecundas a ideas captadas en animados coloquios.<sup>8</sup>

En efecto, Godwin considera que la regla moral por excelencia es aquella por la cual el individuo se escapa de su propio punto de vista, se coloca en lugar del otro respecto del cual debe actuar o decidir. Señala el autor que el agente debe formarse una adecuada idea de los placeres y placeres del otro, entendiendo, claro, que pueden ser distintos de los propios. Opera una especie de “transmigración” voluntaria entre los individuos involucrados, que será más perfecta cuanto más conozcamos las opiniones del otro. Tarde o temprano siempre habrá tiempo para la deliberación, pero mientras no sea posible, puede el agente “evocar” en su propia mente las preocupaciones, sentimientos, prejuicios, motivos del otro para formarse el juicio personal y así proceder. No porque el Hombre pueda formarse juicios *a priori* sobre asuntos morales, sino porque en un buen hombre, en un hombre educado, ilustrado, ya se encuentran los valores de la sociedad en que vive, valores de los otros, opiniones de los otros, sentimientos de los otros; por ello, el buen hombre avezado ya en esta transmigración actúe probablemente con rectitud aun en aquellos momentos en que la deliberación no sea posible —pero solamente, cuando no sea posible.<sup>9</sup>

Por otra parte, sabido es que Godwin, al igual que sus contemporáneos utilitaristas, hacía una defensa irrestricta a la libertad de conciencia, de expresión y de pensamiento. Pero me interesa resaltar que, a diferencia de la más famosa defensa que se ha hecho de estas libertades desde el Utilitarismo,<sup>10</sup> la defensa godwiniana se fundamenta no ya en la Utilidad de garantizarlas sino en la ilegitimidad intrínseca de toda acción tendiente a restringir, suprimir o afectar la Voluntad del individuo por medio alguno que implique la utilización de cualquier cosa distinta que la palabra. La única coerción válida contra la opinión de un individuo, es la del *mejor argumento*:

---

8 Godwin, *La Justicia Política*, p. 129.

9 Godwin, *The Enquirer*, p. 298 y ss.

10 Mill, John Stuart. *Sobre la Libertad* (traducción de G. Cantera). Madrid, España. Ed. Edaf 2004 —sin menoscabar la publicación de Bentham *On the Liberty of the Press and Public Discussion*, de 1820.

Cuando descendemos al terreno de la lucha violenta, abandonamos de hecho el campo de la verdad y libramos la decisión al azar y al ciego capricho. La falange de la razón es invencible. Sus avances son lentos pero incontenibles: nada puede resistirla. Pero cuando dejamos de lado los argumentos y echamos mano a la espada la situación cambia por completo.<sup>11</sup>

Pero si bien, el pensamiento humano, las ideas morales, las intuiciones y las inclinaciones distan mucho de ser un producto de una concepción solipsista del hombre, independiente de toda influencia externa ni perteneciente a un hombre aislado; también es cierto que el autor está lejos de receptar una posición donde la individualidad sea suprimida en su interacción con los otros. El hombre es, en todo caso y bajo cualquier circunstancia, un ser irreductible. Y su juicio, en cuanto expresión de sí mismo, también lo es. Irreductible en el sentido de que ninguna circunstancia extraordinaria legitimará una intervención coactiva sobre él, ni sobre sus opiniones, ideas, o preferencias. Su individualidad no debe ser suprimida en nombre de un bien mayor. Irreductible también, porque tampoco será legítima intromisión alguna en sus acciones, y aquí reside la radicalidad de la autonomía individual tal como él la entiende. No hay intervención coactiva sobre lo que otros denominarían su *fuerro interno* pero tampoco sobre su *fuerro externo*. En efecto, sus reflexiones en torno al Martiricidio<sup>12</sup> y al Castigo así lo confirman: jamás será legítimo el sacrificio forzado de un individuo para el bien del conjunto. La facultad de autodeterminación del hombre en los términos en los que lo plantea el propio Godwin, una facultad insustituible e inalienable, es incompatible con toda autoridad de la sociedad sobre el individuo.<sup>13</sup>

En contraste con la concepción liberal de *autonomía*, Godwin no distingue dos órbitas de acción: una privada y una pública, donde una queda reservada a la conciencia sin que sea posible de intromi-

---

11 Godwin, William, *La Justicia Política*, p. 123.

12 Godwin, William. *An Enquiry Concerning Political Justice and Its Influence on General Virtue and Happiness*. Printed for GJ and J. Robinson, Paternoster – Row. London, England (Of Suicide, Appendix No. I. p. 87) p. 92. El Apéndice acerca del Suicidio no se encuentra en la versión castellana citada previamente, sino en la versión digitalizada de la primera edición de la obra en idioma original (el libro se encuentra digitalizado completo en <http://books.google.com.ar>).

13 Godwin ensayarán, sin embargo, un esquema político provisorio de democracia representativa y deliberativa en territorios pequeños, pero nunca dejará de impugnar la base misma del poder político. La democracia, será en términos del propio Godwin, como el mal menor en materia de Gobiernos.

sión, y la segunda, donde el individuo debe dar cuenta de sus acciones a la sociedad o al gobierno. Pero tampoco, como podría suponerse, hay en Godwin una reducción del ámbito reservado a la conciencia junto a una ampliación de la esfera susceptible de intromisión por parte de la sociedad. Muy por el contrario, Godwin afirma que no hay ámbito de acción humana del que no se deba rendir cuentas a la propia conciencia ni ámbito de acción en el que sea legítima la intervención coactiva de la sociedad. Godwin ni reduce ni amplía las esferas de acción privada y pública, sino que disuelve esa distinción y reclama para el individuo la máxima libertad. Libertad que no consiste en acción caprichosa y arbitraria del individuo sino en acción racional, esto es, de acuerdo con la regla de justicia a la que se accede por medio de la ilustración, la reflexión y la perpetua deliberación entre hombres libres e iguales. Es por ello que el fundamento último de semejante radicalidad en la concepción de la autonomía, para Godwin reside en la condición del hombre en tanto ser racional:

¿Cuál es el fundamento de la moral y del deber? La Justicia (...) Pero las reglas de la justicia son a menudo obscuras, dudosas y contradictorias; ¿Qué criterio empleamos para librarnos de la incertidumbre? Sólo hay dos criterios posibles; la decisión por el juicio ajeno y la decisión por nuestra propia conciencia (...) si abdicamos de nuestro entendimiento habremos renunciado a nuestra condición de seres racionales y por tanto habremos abandonado también la condición de seres morales (...).<sup>14</sup>

Esta concepción de *autonomía radical* del hombre se condice con la concepción de una rationalidad constituida, como se ha señalado, a partir de la interacción comunicativa entre seres morales. Es por ello que, aun cuando se pueda vislumbrar en Godwin visos de Utilitarismo, lo cierto es que este *Principio de Autonomía Radical* que atraviesa toda su obra impide una lectura lisa y llanamente utilitarista.

---

14 Godwin, William, *La Justicia Política*. pp. 322/3.

## Principio de Utilidad y Racionalidad Instrumental

Tomemos una definición clásica de la Teoría Utilitarista: El Utilitarismo como la corriente ética y política que adopta por fundamento el Principio de la Mayor Felicidad del Mayor Número, según el cual

las acciones son correctas en la medida en que tienden a promover la felicidad, incorrectas en cuanto tienden a producir lo contrario a la felicidad. Por felicidad se entiende el placer y la ausencia de dolor; por infelicidad el dolor y la falta de placer (...) tal criterio no lo constituye la felicidad del propio agente, sino de la mayor cantidad total de felicidad.<sup>15</sup>

Para un utilitarista clásico, entonces, existe el deber moral de orientar la conducta de modo tal que frente a un abanico de posibilidades de acción, se realice aquella cuyas consecuencias sean las mayormente benéficas para la Felicidad General sin consideración acerca de la distribución de ese cúmulo de Felicidad, ni tampoco de la distribución de algún eventual sacrificio (siempre y cuando la suma neta se conforme al Principio de Mayor Felicidad) que algún o algunos individuos deban padecer. Concibe, por tanto, la acción moral como un tipo especial de acción: aquella que se realiza con arreglo a fines, una acción que previo cálculo de medios y consecuencias es llevada a cabo con una finalidad determinada. Supone, asimismo, que la acción de afectar negativamente a otro individuo —por ejemplo, quitándole la vida, la libertad o los bienes— en pos de la Utilidad puede —y en su caso, debe— realizarse forzosamente, es decir, sin el consentimiento del afectado. El “otro” es incorporado al cálculo de Utilidad como un dato más de la realidad. Esto es válido no sólo para el Utilitarismo Clásico sino para el Utilitarismo en cualquiera de sus formas, ya que simplemente se deduce del Principio de Utilidad.<sup>16</sup>

15 Mill, John Stuart (1863). *El Utilitarismo* (trad. Esperanza Guizán, 1983). Madrid-España. Editorial Alianza-pp. 49-50/57.

16 Es cierto que han habido intentos de formular un Utilitarismo compatible con una Teoría de los derechos individuales, esto es una especie de Utilitarismo *restringido*, en el que el Principio de Utilidad encuentra un límite cuando se topa con derechos, como el que formula M.D. Farrell en *Utilitarismo, Ética y Política*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot 1983, pp. 358-372. Pero el propio autor reconoce que cuando

Para un utilitarista *típico*, entonces, no solamente es posible, sino encomiable, orientar las acciones de todos los hombres con arreglo al principio de utilidad sin otra consideración. La institucionalización de ese principio no hará otra cosa que garantizar la reducción de las conductas que se consideran contrarias a él —a partir del castigo— y, por tanto, la cristalización del Principio en Ley, en Norma Jurídica incrementará la Utilidad General. Lo que para Bentham eran instrumentos eficientes para vehiculizar el progreso social —las leyes y las instituciones—, para Godwin no eran otra cosa que resabios de la *barbarie* humana que debían extinguirse.<sup>17</sup>

Efectivamente, si se exalta toda acción que procure el Bien General —sea en términos hedonistas, de bienestar, etc.— independientemente de la voluntad o consentimiento de los afectados, y esto es lo que hace el Utilitarismo, entonces el *Principio de Utilidad* está enteramente imbricado con el *Principio de Autoridad*. La cual es aquí entendida como desplazamiento de la autonomía individual a favor de la potestad de un individuo o conjunto de individuos de *decidir por el otro, en nombre del otro, en lugar del otro*.

No sólo una *buena acción* para un utilitarista, es decir, una acción conforme al principio de utilidad, no precisa para ser tal de la aprobación de los afectados, ni aun de una mayoría de ellos, ni tampoco de una *potencial* aprobación, sino que seguirá siendo buena cuando se realice a pesar y contrariamente a su voluntad. Tampoco requiere la regla bajo la cual cae una buena acción de *forma* alguna que permita deducir su posible aceptabilidad por los involucrados. El principio de utilidad manda a actuar *estratégicamente*, a orientar la conducta con arreglo a fines, a maximizar beneficios, a actuar eficientemente una vez que se ha fijado el propósito deseado. El individuo, y el gobierno, han de proceder estratégicamente respecto de los objetos que lo rodean, también deben hacerlo de este modo respecto de los demás individuos como si también éstos fueran objetos. Impera

no existen alternativas disponibles en las que un derecho prevalezca aun perdiendo cierto grado de utilidad, entonces prevalece el cálculo utilitarista por sobre el derecho (p. 367). En la misma línea, Smart señala cómo todo utilitarismo restringido, si es utilitarismo, colapsa en un utilitarismo extremo (en el que prevalece siempre el principio de utilidad), en definitiva el único utilitarismo. Véase en J.J.C. Smart, *Extreme and Restricted Utilitarianism*, The Philosophical Quarterly, Vol. 6, No. 25. (Oct., 1956), pp. 344-354. (<http://links.jstor.org>).

17 Cfr. Häyry Matti, *Liberal Utilitarianism and Applied Ethics*. Londres, Inglaterra. Ed. Routledge, 1994, p. 42.

la racionalidad instrumental. El *otro* y los *otros* se incorporan al cálculo de la utilidad como un objeto más de la realidad sobre la cual se debe actuar. La consideración acerca de la *mayor felicidad* o bienestar o placer de ese colectivo no hace más que confirmar su realidad como simples depositarios de placer y dolor, sin voz, sin opinión, sin autonomía. El *otro*, a los ojos del agente, no es más que un instrumento para lograr fines, sea el agente un individuo o el gobierno mismo. Tan ligada está con el utilitarismo clásico la noción de *acción estratégica* que la definición misma de la tarea del gobierno está expresada por Bentham en esos términos: “*La tarea del gobierno es promover la felicidad de la sociedad, por medio de castigos y recompensas*”.<sup>18</sup> El gobierno, ha de actuar respecto de los ciudadanos de la misma manera que el científico ha de actuar respecto de la naturaleza: ha de disponer de ella, influir sobre ella, manipularla y controlarla.

Bentham estaba tan interesado en el consentimiento del detenido ubicado en una estructura arquitectónica panóptica como Godwin lo hubiera estado en aceptar el ingreso de alguien allí. “*Facúlteseme a construir una prisión con ese modelo y yo seré su carcelero*”,<sup>19</sup> reclamaba Bentham a un diputado de la Asamblea Nacional de Francia, renunciando a todo salario. Pero no se trata de una especulación sobre la psicología de cada uno de los autores, sino de comprender las consecuencias en que derivan sus supuestos. Recuérdese la presentación que del *Panóptico* hace Bentham:

Si fuéramos capaces de encontrar el modo de controlar todo lo que a cierto número de hombres les puede suceder; de disponer de todo lo que los rodea a fin de causar en cada uno de ellos la impresión que quisiéramos producir; de cerciorarnos de sus movimientos, de sus relaciones, de todas las circunstancias de su vida, de modo que nada pudiera escapar ni entorpecer el efecto deseado, es indudable que un medio de esta índole sería un instrumento muy potente y ventajoso, que los gobiernos podrían aplicar a diferentes propósitos, según su trascendencia.<sup>20</sup>

18 Bentham, Jeremy, *Los Principios de la Moral y la Legislación* (trad. Margarita Costa); Buenos Aires, Argentina, Editorial Claridad, 2008. Capítulo VII “Acerca de las Acciones Humanas en general”, p. 73.

19 Carta de Jeremy Bentham a J. Ph. Garran, diputado ante la Asamblea Nacional, del 25 de noviembre de 1791: en Bentham, Jeremy, *El Panóptico* (trad. De Levit Fanny D.); Buenos Aires, Argentina, Ed. Quadrata, 2004.

20 Bentham, J. *El Panóptico* (trad. De Levit Fanny D.); Buenos Aires, Argentina, Ed. Quadrata, 2004, p. 15.

Nada más gráfico de la racionalidad instrumental, propia del Utilitarismo Clásico, que la idea del Panóptico en el cual el hombre no es más que algo de lo que se dispone, se controla, se vigila, se observa, se estudia, se manipula. No hay posibilidad alguna de concebir al carcelero y al detenido en pie de igualdad. Ya el diseño arquitectónico del panóptico, en cuanto dispositivo de poder, presupone la mirada objetivante de un *sujeto* que se ubica por encima de otro, que no le presta oído sino en la medida en que pueda extraer de él algo *útil* para un nuevo sometimiento, para perfeccionar el ejercicio mismo de poder, para hacerlo más *eficientemente*.

No sólo en la concepción benthamiana de la tarea de todo gobierno ni en la concepción del criminal se evidencia el tipo de racionalidad que está detrás del cálculo utilitarista. También en su concepción de la educación podemos advertirlo: dice Bentham que “*velar por la educación de un hombre es cuidar de todas sus acciones; es situarlo en una posición en la que se pueda influir sobre él como se desee, seleccionando los objetos de los que se rodea y las ideas que en él se siembran*”<sup>21</sup> aquí el contraste con Godwin es abismal. En Teoría Política, ha habido quien ha tomado el modelo de poder paterno para legitimar la autoridad o poder político (*v. gr.* Robert Filmer), también quien ha contrapuesto ambos modelos para legitimar el poder político sobre un fundamento distinto (*v. gr.* Rousseau); pero Godwin, los ha equiparado para impugnar el fundamento de la autoridad tanto de uno como del otro a la vez. La educación paterna, según Godwin, retoma la línea que veníamos viendo:

Los argumentos aducidos contra la coerción política son igualmente válidos contra la que se ejerce entre amo y esclavo o entre padre o hijo (...) En suma, podemos plantear este irresistible dilema. El derecho del padre sobre el hijo reside o bien en su mayor fuerza o en la superioridad de su razón. Si reside en la fuerza, hemos de aplicar ese derecho universalmente, hasta eliminar toda moralidad de la faz de la tierra. Si reside en la razón, confiemos en ella como principio universal. Es harto lamentable que no seamos capaces de hacer sentir y comprender la justicia más que a fuerza de golpes. Consideraremos la violencia sobre el espíritu de quien la sufre.

---

<sup>21</sup> *Ibid.*

Comienza causando una sensación de dolor y una impresión de repugnancia. Aleja definitivamente del espíritu toda posibilidad de comprender los justos motivos que en principio justificaron el acto coercitivo, entrañando una confesión tácita de inepticia. Si quien emplea contra mí la violencia, dispusiera de otras razones para imponerme sus fines, sin duda las haría valer. Pretende castigarme porque posee una razón muy poderosa, pero en realidad lo hace sólo porque es muy endeble.<sup>22</sup>

Por su parte, en su obra *The Enquirer*, advierte que el objeto de la educación es la felicidad. La del individuo, en primer término, y luego (consecuentemente) la de la especie humana. El hombre debe ser útil en su sociedad, pero no en los términos en que lo piensa Bentham, sino que para Godwin, ser útil significa ser *virtuoso*, hacer uso de las facultades más *elevadas* del hombre.<sup>23</sup>

Queda en evidencia el abismo en la concepción del poder entre Bentham y Godwin, así como la incompatibilidad de ambos sistemas. Para Godwin, ni siquiera el niño, en tanto ser *capaz de lenguaje*, puede ser avasallado por la fuerza, sino que debe ser tratado como un interlocutor legítimo.

## Conclusión

Hemos visto cómo, en Godwin, aparece otro principio regulativo además del principio de utilidad: el *principio de la autonomía individual*, entendiéndola, radicalmente, hasta sus últimas consecuencias. Una autonomía por la cual el hombre es un ser moral, capaz de autodeterminarse, pero también, capaz de comprender la autonomía de los demás hombres y, junto con ellos, a partir de la mutua y recíproca acción, formarse el propio juicio acerca de lo justo y lo injusto. Una autonomía irreductible, en la medida en que no puede dejar de ser individual, que no se funde en una autonomía superior ni colectiva, sino que siempre persista. Irreductible, también, porque no es transigible. Está planteada en términos tan radicales que no hay cálculo de utilidad alguno que habilite avasallar coactivamente la

---

22 Godwin, William. *La Justicia Política*. p. 325.

23 Godwin, William, *The Enquirer*, p. 1.

autonomía del otro.<sup>24</sup> Radical, también, porque asiste al hombre desde su niñez, en la medida que se constituye como un *ser capaz de lenguaje* y sentimiento moral, de comprender razones y argumentos, de cuestionar y reflexionar.

Cabe preguntarse si la *autonomía*, entendida en estos términos, puede compatibilizarse con el principio de utilidad.

Sabemos ya que no se trata de un utilitarismo *típico*, por cuanto la persecución de la mayor utilidad encuentra un freno insalvable en la autonomía de los otros. Esto quiere decir que, aun cuando mi juicio personal me indique que es conforme a la regla de utilidad —o justicia— actuar de determinada manera, no podré proceder así si esto envuelve coerción sobre los otros. Deberé, en su caso, intentar convencerlos de lo justo en mi actuar, por medio de una libre discusión y deliberación, de modo que no deba servirme de la fuerza para lograr mi propósito —el que de acuerdo con mi juicio, conformado a partir de la discusión misma, sea el más acorde a la Regla de Justicia— y que, en su caso, variará también en la medida en que los demás hayan podido convencerme, eventualmente, de mi error.

También se trata, en todo caso, de un utilitarismo atípico, en la medida en que la *utilidad* no es producto de la razón instrumental-cognitiva de un sujeto que procede respecto de sus semejantes estratégicamente. Las acciones de los hombres no son concebidas por Godwin mecánicamente, esto es, como efecto de seres biológicos sometidos a sus dos amos: el placer y el dolor,<sup>25</sup> frente a cuyo influjo

---

24 En la hipótesis que plantea Godwin del Incendio —conocido como “*fire case*” por el Utilitarismo— donde indefectiblemente debe decidirse a quién salvar bajo un cálculo de utilidad, que ha sido reformulado en diversas oportunidades por el autor, el supuesto es de extrema necesidad y urgencia, donde hay una situación fortuita, que a mi entender no puede ser tomada como paradigma de una regla o norma de acción ya que el mismo autor se encarga de impugnar semejantes reglas de acción al discurrir, por ejemplo, sobre el martiricio. Por su parte, Godwin admite casos de coacción legítima para evitar un mal mayor, como el caso de limitar la libertad del criminal que ha cometido homicidio, más no como castigo sino como medida preventiva. Otros casos mencionados por el autor, son los casos de peligro externo o interno, pero en todo caso quedará a consideración del individuo decidir resistir a mandatos coactivos o actuar según ellos.

25 Bentham, J. *Los principios de la moral y la legislación* (trad. Margarita Costa); Buenos Aires, Argentina, Editorial Claridad, 2008. Capítulo I “*Acerca del Principio de Utilidad*”, p. 11. “*La naturaleza ha puesto a la humanidad bajo el gobierno de dos amos soberanos: el dolor y el placer. Sólo ellos nos indican lo que debemos hacer; así como determinan lo que haremos (...) El principio de Utilidad reconoce esta sujeción y la asume para el fundamento de ese sistema, cuyo objeto es erigir la estructura de la felicidad por obra de la razón y la ley*”.

respondemos como por acto reflejo. Godwin, aun receptando en algún punto presupuestos hedonistas, concibe la utilidad, no ya desde esa racionalidad instrumental, sino como aquel principio al que se accede intersubjetivamente, por medio de la ilustración, de la comunicación, de la deliberación en condiciones de igualdad y libertad, de la argumentación y de la contraargumentación. En todo caso, como hemos visto, la determinación de su significado último queda en la cabeza de cada hombre individual, pero no ya a partir de la reflexión solitaria sino a partir del libre debate de ideas.

También atípico su utilitarismo, en la medida en que es incompatible con el principio de autoridad, el cual estaba, como hemos visto más arriba, profundamente imbricado con el principio de utilidad.

La pregunta sobre el utilitarismo de Godwin, reside entonces en la delimitación de lo que se considera Utilitarismo. Si por tal entendemos la definición citada de Mill, o bien, los rasgos más salientes de la obra benthamiana, según hemos descrito, entonces, Godwin difícilmente podrá ser tildado de utilitarista y deberemos inclinarnos por situarlo como un verdadero heredero de esa tradición a caballo de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX que Foucault llamaba, axiomática, revolucionaria, rousseauiana.

## **Política legislativa penal. Una propuesta de re-codificación del derecho penal vigente en Cuba. (Legislative Penal Policy. A Proposal of re-codification of the valid Penal Law in Cuba)<sup>1</sup>**

***Yoel Carrillo García<sup>2</sup>***

**Resumen:** ¿Qué es la política legislativa? ¿Qué es la política del Derecho? ¿Cómo utilizar esos conceptos para el estudio de un sector específico del ordenamiento jurídico? En este trabajo el autor ensaya una respuesta a esas preguntas y las vincula al estudio del Derecho Penal vigente en Cuba con el objetivo de identificar los principales elementos que, desde el punto de vista teórico, metodológico y de la técnica legislativa deberían tomarse en cuenta en una futura reforma de ese sector del ordenamiento jurídico. El trabajo termina con una propuesta de re-codificación como alternativa para eliminar muchas incertidumbres que rodean a la política legislativa en materia penal.

**Palabras clave:** Política legislativa, Política de Derecho, Política legislativa penal, Re-codificación, Cuba.

**Abstract:** What is a legislative policy? What is a policy of Law? How to use these concepts for the analysis of a specific sector of the legal system? In this paper the author puts forward an answer to these questions and relates them to the study of the Penal Law valid in Cuba, with the objective of identifying the main elements that, from the theoretical, methodological and of the legislative technique point of view should be considered in a future reform of this sector of the legal system. This work ends with a proposal of re-codification as an alternative to eliminate many uncertainties that surround the legislative policy in penal matter.

**Key-words:** Legislative policy, Policy of Law, Penal legislative policy, re-codification, Cuba.

**SUMARIO. I- Introducción. II- Política y Derecho: política legislativa y dinámica legislativa. III- Política legislativa en materia penal; IV- Re-codificación: líneas generales de una propuesta**

### **Abreviaturas utilizadas:**

CPv: Código Penal vigente (Ley No. 62/1987).

CP: Código Penal (Ley 21/1979) derogado por el CPv.

CDS: Código de Defensa Social (vigente en Cuba desde 1938 hasta 1979) derogado por el CP.

ANPP: Asamblea Nacional del Poder Popular (órgano legislativo dentro de la estructura del régimen político cubano).

---

1 Una versión de este trabajo, escrito en colaboración con la Doctora Mirna Méndez López, será publicada en *Legislacão, Cadernos de Ciêncie de Legislacão*, INA, Portugal.

2 Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, yoeldavid67@gmail.com, recibido 25 de abril de 2012, aceptado 10 de diciembre de 2012.

## I- Introducción

Hablar de códigos y codificación hoy, incluso cuando los estudios sobre la legislación ocupan un sitio de preferencia entre las publicaciones jurídicas periódicas, puede parecer fuera de lugar. En Cuba el tema dejó de ser de interés teórico y político en cuanto fueron promulgados el Código Civil (Ley No. 59/1987) y el CPv. Una comprensión coherente de los hechos relacionados con ese desinterés merece ensayar algunas reflexiones que permitan ubicarlos en una perspectiva más general entre la *política* y el *derecho*, por un lado, y entre la *política legislativa* y la *dinámica legislativa* por otro, a los efectos de alcanzar un mejor conocimiento de ese fragmento de la cultura que es el Derecho.

Mas no se trata sólo de describir el estado de la ciencia en el tema, sino que, a partir de un estudio basado en algunas fuentes de conocimiento disponibles y utilizando instrumentos analíticos delineados por los estudios de teoría y técnica legislativa, puedan formularse conclusiones que, a modo de sugerencias para los individuos que directa o indirectamente tienen poder o autoridad para influir en la política o la práctica legislativa, o prestan sus buenos oficios en las instituciones donde esa actividad se realiza, puedan servir de modesta contribución a la revisión sistemática del ordenamiento jurídico cubano, particularmente en el proceso de producción legislativa del Derecho.

También sería muy interesante si otros individuos, sin más poder o autoridad que aquel que les confiere el noble ejercicio del estudio de la política y el Derecho desde una perspectiva teórica, prestaran algún interés a estas cuestiones cuya actualidad, lamentablemente, ha dependido siempre de la dirección que el discurso político le ha impuesto a la política legislativa y a la práctica en que ésta se materializa.

Las páginas que siguen tienden a aquel objetivo y pretenden llamar la atención sobre un tema de la mayor actualidad en el ámbito específico del Derecho Penal.

## II- Política y Derecho: política legislativa y dinámica legislativa

Uno de los tópicos que más atrae la atención en los estudios relacionados con la legislación en los últimos años es su aparente separación de

la política, tanto en su aspecto teórico como práctico.<sup>3</sup> Pareciera que se olvida que la política es determinante del contenido y forma del Derecho, sino de manera expresa al menos sí por omisión, ya que aunque el político no actúa siempre directa y materialmente sobre el contenido y la forma detalladas de las leyes, es lógico pensar que tanto uno como la otra deben estar, en principio, en consonancia con las directrices de política legislativa del momento.

Esa relación se comprende mejor cuando se desciende de la “Política” y el “Derecho” en abstracto a la *política legislativa*, como manifestación inmediata del lugar que le concede el gobierno de turno (o la política de turno del gobierno) a la legislación como medio a través del cual conseguir sus objetivos políticos, y a la *dinámica legislativa*, como forma específica de materialización de aquella política. Política y Derecho en abstracto son términos que se utilizan para hacer referencia a universos de la realidad como entes que, en una representación ingenua, pero no exenta de ideología y seducción, están-ahí-desde-siempre, que son competencia exclusiva de los políticos y los juristas, y que están por encima de la cruda realidad de las prácticas políticas y jurídicas cotidianas.

Y entre políticos abstractos y juristas etéreos se sitúa un ente no menos impreciso y misterioso: el *legislador*. Éste, sucedáneo del político, representa para el cándido jurista y el teórico inexperto la autoridad en el Derecho; de ahí que el primero se refiera a él como un sujeto omnípotente, omnisciente y temerario cuyos mandatos traducidos en leyes deben ser cumplidos irremisiblemente; y el segundo haya dedicado infinitas páginas a desentrañar la “voluntad”, el “espíritu” o la “intención” del legislador. De esa representación lineal y amorfa de la relación política-derecho son presa tanto algunos teóricos del derecho o de la política como los ciudadanos en general: los primeros se centran en un aspecto teórico más o menos amplio de ese universo

---

3 Ésa es precisamente una de las características de los estudios publicados en *La calidad de las leyes* (Parlamento Vasco, Vitoria, 1989) un libro pionero sobre la materia en lengua española. En sus comentarios a esta obra Manuel Bretal Vázquez (“La calidad de las leyes”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, No. 31, enero-abril 1989, p. 274) escribió: “A pesar de las invocaciones al pragmatismo y al realismo, no es difícil apreciar un cierto predominio de los enfoques teóricos (...) Una manifestación de este teoricismo es la virtual falta de referencias en casi todas las comunicaciones analizadas (...) al fenómeno del Poder y su influencia, no sólo en las cuestiones de fondo reglamentadas por las normas, sino también en las cuestiones de forma, de técnica jurídica” p. 274.

ideológico sustituto de la realidad, y elaboran conceptos, teorías, explicaciones y justificaciones que, quieran o no, contribuyen a la legitimación y ampliación del velo, de la “máscara” escribió H. Kelsen,<sup>4</sup> que encubre la realidad política y jurídica de una sociedad.

Los segundos se someten pacíficamente (en circunstancias políticas normales) a esos entes que los trascienden, que determinan el curso de sus días, de sus actos y de sus relaciones sociales; pero no hay sólo una actitud pasiva de sumisión, lo cual es explicable y necesario para que una sociedad funcione sin poner en riesgo su estabilidad y continuidad: también los ciudadanos contribuyen de diversas maneras con la política y el derecho abstractos a su propia sumisión y dominación, mediante acciones u omisiones a las que se hace referencia bajo el término *legitimación*, y a través del reconocimiento e imputación al *estado* de acciones realizadas por los individuos que actúan en su nombre y representación.

Los teóricos de la Política y el Derecho generalmente escriben sobre Política y Derecho, pero no sobre *políticos*, *legisladores* y *juristas*; éstos se representan en la teoría, cuando aparecen, como figuras históricas que en otro tiempo influyeron de alguna manera sobre el curso de la historia —y entonces los remiten a los estudios históricos— o como individuos actuales que ocupan un lugar contingente dentro de la estructura política y jurídica de la sociedad y carecen de una influencia personal determinante: los políticos, legisladores y juristas de la hora actual son *en la teoría*, innominados, instrumentos de una *realidad divinizada* llamada Estado que los trasciende.<sup>5</sup> Sus actos no son actos de un individuo, sino actos del (o que se atribuyen al) Estado, un ente supuestamente impersonal, supuestamente neutral y a veces supuestamente natural dentro de la sociedad política.

Esa imagen viene reforzada por otras ideas asociadas como soberanía popular, democracia, derechos humanos, representación popular... de las que el Estado se presenta como garante y los políticos de turno como sus defensores más cualificados. Sólo cuando un político es sometido a juicio, cuando se le exige responsabilidad pú-

---

4 Hans Kelsen, “Dios y Estado” en Oscar Correas (Comp.), *El otro Kelsen*, UNAM, 1989, p. 250.

5 Cfr. Yoel Carrillo García, “Régimen político y calidad de las leyes en Cuba”, en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, No. 128/2010, pp. 624 y ss.

blicamente por hechos o actos ordenados o realizados, aparece en su simple humanidad, en su individualidad; pero antes de ser sometido a un proceso judicial es despojado de su cualidad de político, de individuo *políticamente correcto*, ya no es más representante de su pueblo, garante de su soberanía y defensor de sus derechos.

Ahí es cuando se ve que, detrás de la aureola de integridad, de títulos y honores (a veces legítimos, a veces de dudosa moralidad), también los políticos son hombres y no dioses, y que lo que llamamos Estado, gobierno, partidos... son corporaciones de hombres con fines, intereses, objetivos, aspiraciones, metas... como cualquier individuo, si bien en ellos probablemente esas cuestiones se presentan en un nivel más elaborado y, es de esperar, desde un punto de vista ético, que, sino sus intereses individuales, por lo menos los resultados de sus acciones en tanto que políticos, estén encaminados a satisfacer los intereses y expectativas de los individuos que integran la sociedad.

La distinción entre Estado y Gobierno permite aclarar un poco más las cosas, pero esta distinción tampoco se encuentra con mucha frecuencia en los estudios sobre la política o el derecho, aunque tiene referentes imprescindibles dentro del marxismo de principios del siglo XX.<sup>6</sup> Estado, como sugiere el término, hace referencia a lo que está, a lo que permanece en el tiempo, aclarando siempre que no es un ente natural, eterno, antes bien es una forma histórica de organización social contingente y sujeta también a la voluntad de los hombres-políticos.

Gobierno, por su parte, hace referencia al grupo de hombres que durante un periodo ejercen efectivamente el poder político dentro de la sociedad; aquí el tiempo es esencial: el Estado (o, más específicamente, la forma concreta de organización de un Estado), aunque no

6 En la conferencia de V. I. Lenin *Acerca del Estado* (obras escogidas en 3 tomos, Tomo 3, pp. 258-274) la distinción entre Estado y gobierno es fundamental: el Estado es “un aparato especial para aplicar sistemáticamente la violencia y someter a los hombres a dicha violencia (...) una máquina para mantener el dominio de una clase sobre otra... una máquina ante la cual la gente se detiene con respeto supersticioso...”; y el gobierno es “un grupo especial de hombres que no se ocupa de otra cosa que de gobernar y que para hacerlo necesita un aparato especial de coerción, de sometimiento de la voluntad ajena a la violencia (...) un grupo de personas destacas *ex profeso* para gobernar...”. El Estado es el *medio* que utiliza ese grupo especial de hombres para ejercer el poder, y en nombre del cual actúan. Esta distinción ha sido olvidada por la teoría marxista del Estado que circula en Cuba, perdiéndose con ello la perspectiva realista en el tratamiento de estas cuestiones. Un análisis más detallado puede verse en Yoel Carrillo García y Walter Mondelo García, “Del voluntarismo ontológico al positivismo ideológico. Una lectura del pensamiento jurídico cubano”, en *Crítica Jurídica* No. 29 enero/junio 2010, pp. 181- 217.

intemporal, suele durar más tiempo que el gobierno: diríase que *desde el gobierno* se ejerce el poder político dentro del Estado; en consecuencia dentro de un mismo Estado suelen existir varios gobiernos *sucesivos* en el tiempo, pero no pueden coexistir más de un gobierno; cuando dos grupos de hombres reclaman para sí, dentro de un Estado, el reconocimiento de ser el gobierno verdadero y legítimo surge el problema del reconocimiento de gobiernos, remitido académicamente al Derecho Internacional Público.

No obstante, de la misma manera que un Estado admite una sucesión de gobiernos, un mismo gobierno, o al menos el *leader* de un gobierno (que en los casos extremos de las monarquías absolutas ese individuo llegó a ser *el Estado y el Gobierno*), puede ser titular del poder en más de una forma concreta de organización del mismo Estado.

Mientras que Política y Derecho remiten a entes abstractos sabiamente custodiados por sus teóricos, las expresiones *política legislativa* y *dinámica legislativa* permiten mirar más de cerca la realidad a que se hace referencia con aquellos términos. Si a esas distinciones se asocia la realizada últimamente entre Estado y gobierno, se comprenderá que con la expresión “política legislativa” se hace referencia a la concepción del Derecho, al lugar que se le atribuye a las leyes como medio de realización de las concepciones políticas del gobierno de turno y las formas diferentes en que pueden constituir un instrumento efectivo, en tanto con la expresión “dinámica legislativa” se hace referencia a la traducción de esa política en disposiciones jurídicas para legitimar el ejercicio del poder y actuar en la dirección que se le quiere dar a los asuntos públicos.

Definir la política legislativa de un gobierno y determinar la velocidad con que se realiza es un propósito complejo que exige identificar los elementos de continuidad y de ruptura con el gobierno precedente, analizar los espacios de confluencias donde se adoptan las decisiones de política legislativa y las interacciones entre los diferentes intereses en pugna (tanto hacia el interior de las propias instituciones del gobierno como hacia el exterior entre el gobierno y la sociedad organizada), y porque en el juego político democrático un gobierno en el sentido aquí definido suele durar un breve periodo.

Esa realidad exige refinar un poco más los instrumentos analíticos: en lugar de definir los elementos propios de la política legislativa de un gobierno en un periodo, a veces es preferible extender los periodos en busca de tendencias en la regulación de ciertas materias, y a partir de ahí identificar qué hizo un gobierno, o una sucesión de ellos, en cuanto a ese específico ámbito de relaciones sociales o en cuanto a la forma de expresión concreta del Derecho.

La política legislativa se manifiesta, en principio, en dos vertientes básicas:<sup>7</sup> 1. La relacionada con la regulación o no de determinadas materias, la forma específica de regulación y el momento oportuno de hacerlo, y; 2. La relacionada con la aplicación de disposiciones jurídicas vigentes. La primera es la política legislativa en sentido propio: la de un gobierno concreto se identifica a través de los principios, las concepciones, la forma procesal, la autoridad correspondiente, la oportunidad, el tipo, la jerarquía y el alcance de las disposiciones jurídicas mediante las que regula las relaciones sociales más apremiantes; suele expresarse a través del discurso público y la propaganda con una doble finalidad: para medir las posibilidades de éxito o el grado de apoyo que podría conseguirse de acuerdo con las reacciones de sus potenciales destinatarios (y para evaluar las reacciones probables de la otra parte de la “clase política activa” que, *por el momento*, no es gobierno y pretende serlo), pero también para persuadir a los destinatarios, cuya colaboración en la dominación es imprescindible, de la bondad potencial de la futura regulación comparándola con la regulación vigente —o su no-regulación.

Ese discurso precede, por una parte, a la labor legislativa concreta y, por otra, influye en la aplicación del Derecho vigente; es esa precisamente la segunda vertiente en que se expresa la política legislativa: la “política del Derecho”; con esa expresión se hace referencia a los principios, orientaciones y directivas políticas acerca del modo de aplicación del Derecho vigente —como la suspensión de regulaciones jurídicas vigentes, la prórroga de vigencia de leyes temporales, la no derogación de otras que han perdido su *ratio legis* o las instrucciones para la aplicación uniforme del Derecho.

7 Cfr. Yoel Carrillo García, “Principios para una teoría de la legislación”, *Ambiente Jurídico* No. 11/2009 Universidad de Manizales, Colombia, pp. 15-44.

### III- Política legislativa penal en Cuba

Hablaré a partir de aquí sobre *política legislativa penal*,<sup>8</sup> adoptando en relación con ese sector del ordenamiento jurídico una perspectiva externa: en principio, no es de mi interés analizar lo que establece el CPv, cuestión que es propia de los estudios que realizan los “penalistas”, sino el proceso de elaboración previo a su entrada en vigor y sus cualidades desde el punto de vista de la teoría y la técnica legislativa, considerándolo como unidad textual con un universo discursivo a través del que se expresa la posición del Gobierno en relación con los binomios delitos-sanciones, estados peligrosos-medidas de seguridad.

De esa manera pretendo diferenciar la *política legislativa en materia penal* de la *política penal* (o política criminal) a que hacen referencia aquellos estudiosos para indicar “la estrategia a adoptar dentro del Estado respecto de la criminalidad y el control [social]”,<sup>9</sup> “la actitud que asume el Estado frente al delito, el conjunto de medidas o concepciones que establece en su lucha contra ese tipo de manifestaciones (...)”<sup>10</sup> o “las formas de lucha contra el delito y la delincuencia”;<sup>11</sup> esa estrategia, actitud y formas de lucha serán más relevantes para la teoría y la técnica legislativa en la medida en que se expresen *legislativamente*.

Hay varias perspectivas desde las que el discurso sobre la política legislativa en materia penal se hace público: la de los políticos, la de los juristas del foro, la de los “penalistas” y la de los legistas, a las que deben unirse, para un análisis integral, los resultados de la aplicación judicial y administrativa de las disposiciones jurídicas y la impresión que todo eso crea en el imaginario colectivo; en lo que sigue utilizaremos indistintamente argumentos provenientes de esas diferentes formas de discurso para fundamentar nuestras conclusiones.

Metodológicamente se puede estudiar la política legislativa de un gobierno en relación con el universo de la legislación o en cuanto a la utilización de una particular forma de expresión del Derecho o una rama específica de la legislación en un determinado periodo.

8 Sólo trataré de la política legislativa penal en cuanto al Derecho Penal sustantivo, quedando para un estudio posterior, ya en ejecución, el Derecho Penal adjetivo o procesal, cuya dinámica en Cuba va en sentido opuesto a la de aquél.

9 Ramón De la Cruz Ochoa, “Política Penal”, en *Revista Cubana de Derecho* No.27/1986, p. 7.

10 Jorge Bodes Torres, “Política penal”, en *Revista Cubana de Derecho* No. 27/1986, p.17.

11 CPv, “Por Cuanto” primero.

Aquí seguiré esta última posibilidad: estudiare la política legislativa penal en Cuba durante un largo período de tiempo: el comprendido entre 1959 y 1987; ambas fechas representan hitos fundamentales en el proceso que analizo; la primera: el triunfo de la Revolución Cubana con la nueva visión de la sociedad, la política, el Derecho y las formas de ejercicio del poder político que declararon y practicaron sus artífices;<sup>12</sup> la segunda: el año en que fueron adoptados los últimos códigos producidos por el Gobierno Revolucionario, entre ellos el CPv; el análisis se extenderá hasta la actualidad para contextualizar las diferentes reformas de que ha sido objeto el CPv y las orientaciones de política legislativa asociadas a su aplicación.

No obstante, es preciso trasladarse a los inicios del siglo XX para señalar una práctica política muy recomendable que curiosamente fue abandonada en los años en que se enmarca el estudio. Me refiero a las “leyes para hacer leyes”, un tipo de ley cuyo único o principal objetivo es crear una comisión *ad hoc* para hacer estudios de la legislación vigente (o de un sector específico) y recomendar al gobierno las medidas de política legislativa, o redactar proyectos de disposiciones jurídicas como resultado de dichos estudios.

A ese criterio responde una serie de disposiciones jurídicas adoptadas a lo largo del siglo XX, entre las que cabe mencionar el Decreto No. 284/1906,<sup>13</sup> el Decreto No.13 de 6/1/1908,<sup>14</sup> la Ley de 9/3/1922,<sup>15</sup> y el Decreto 1608 de 30/7/1925 a través del que se creó la Oficina de Proyectos Legislativos en la Secretaría de Justicia.<sup>16</sup>

---

12 Diferentes interpretaciones de ese proceso pueden leerse en Hugo Azcuy, “Revolución y Derechos”, en *Cuadernos de Nuestra América*, Vol. XII, No. 23, 1995, pp. 145-155; Julio Fernández Bulté, “Tras las pistas de la Revolución en 40 años de Derecho”, *Temas*, no. 16-17, octubre/1998-junio/1999, pp. 100-119 y Yoel Carrillo García y Walter Mondelo García, *op. cit., passim*.

13 A través del que se creó una “Comisión Consultiva” con el objetivo de revisar varias leyes, entre ellas la Ley Orgánica Judicial y otras de igual importancia.

14 A través del que se creó una “Comisión” con el objetivo de “informar al Gobierno sobre las reformas, modificaciones o instituciones que se necesitan con urgencia en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigentes”.

15 A través de la que se creó la “Comisión Nacional Codificadora” con el objetivo de elaborar “nuevos códigos y leyes que refundan las nuevas normas de derecho ya vigentes y las que para completarlas sea conveniente dictar con las tradicionales que deban mantenerse”; fue modificado a través del Decreto No. 1608 de 30/7/1925 y finalmente derogado mediante el Decreto No. 1653 de 16/9/1933.

16 Como Director fue designado el Dr. Mariano Aramburo Machado. Sobre su labor legislativa puede verse el estudio biográfico realizado por José E. Casasús y publicado como introducción a Mariano Aramburo Machado, *Divulgaciones*. Editorial Trópico, La Habana, 1943, pp. 105-132.

Una práctica que sólo fue seguida hasta 1959: ese año se crearon el Ministerio para la Ponencia y Estudio de las Leyes Revolucionarias<sup>17</sup> y la Comisión Nacional Codificadora;<sup>18</sup> esa fue la última “ley para hacer leyes”; de ahí en adelante ha habido mandatos políticos sin una expresión jurídico-formal que los sustente, como la creación de las Comisiones de Estudios Jurídicos (CEJ), sin duda, la comisión *ad hoc* de mayores pretensiones que se haya establecido hasta el presente.<sup>19</sup>

Una de las comisiones fue encargada de “realizar cuantos estudios e investigaciones se precisen a fin de proponer las medidas prácticas y las modificaciones, adiciones o supresiones que necesite dicha legislación, para que todo el sistema penal cubano se aadecue a nuestra realidad actual en su dinámica y desarrollo social hacia el socialismo y el comunismo”, y como resultado de su trabajo se pusieron en vigor algunas leyes a través de las que se modificó o derogó lo que quedaba vigente del Social (CDS) de 1936; no obstante, parece que el resultado esencial que se esperaba debía ser un proyecto de Código Penal que sustituyera a aquél.

Oficialmente no hubo una declaración en ese sentido, pero en discursos de políticos y juristas de la época se encuentran referencias muy optimistas sobre el avance del proyecto:<sup>20</sup> mas, a pesar del optimismo del otrora Fiscal General de la República y el Secretario de las CEJ, el ansiado Código Penal no llegó hasta 1979: y a pesar de la larga espera,

17 El Ministerio... fue creado por un Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de enero de 1959; después que su Ministro, el Dr. Osvaldo Dorticós Torrado fue designado Presidente de la República por el Consejo de Ministros, el cargo quedó vacante; esa circunstancia, unida a la consideración de que en “los momentos actuales no se estima necesario el mantenimiento de dicho cargo” determinó que el personal técnico y administrativo y el presupuesto asignado al Ministerio fueran reasignados a la Secretaría técnico- jurídica de la Presidencia de la República. Cfr. Ley No. 467 de 29/71959.

18 Mediante la Ley No. 163 de 20/31/1959.

19 Fueron establecidas en 1969 y trabajaron hasta aproximadamente 1974. Un resumen parcial de su trabajo hasta 1972 puede verse en Héctor Garcini Guerra, “Las Comisiones de Estudios Jurídicos”, *Revista Cubana de Derecho* No. 1/1972, pp. 21-34. De ese proceso apenas se publicó algo; en la tesis doctoral, “El proceso legislativo interno en Cuba. Un modelo para su análisis”, 2008 (inedita), de Yoel Carrillo García se pueden encontrar algunos detalles adicionales obtenidos de extensas conversaciones con el Dr. Fernando Cañizares, que fue miembro de aquellas comisiones.

20 En su discurso en la jornada “Desde la Historia me Absolverá al XX Aniversario”, (*Revista Cubana de Derecho*, No. 9/1975, p. 26) José Santiago Cuba Fernández expresó: “muy adelantada (...) se encuentra la elaboración del proyecto de Código Penal de acuerdo a los principios de la Revolución...”. En el mismo sentido Blas Roca. “Discurso al recibir el título de *Doctor Honoris Causa* por la Universidad de la Habana”, en *Revista Cubana de Derecho* No. 9/1975, p. 50.

el primer Código Penal de la Revolución tuvo una efímera vigencia de ocho años.<sup>21</sup>

Antecedido por un muy publicitado<sup>22</sup> “proceso de despenalización”, en 1988 se puso en vigor la Ley No. 62, Código Penal vigente (CPv), mediante la que se derogó su homólogo de 1979; a través de aquél se extrajeron “de la esfera penal las conductas que por su naturaleza no constituyen propiamente delitos, y que por su carácter, a los efectos de su tratamiento, deben pasar a otras ramas jurídicas”;<sup>23</sup> esas conductas se recondujeron a disposiciones de carácter administrativo, al régimen de las contravenciones —o a la imprecisa figura del “estado peligroso”.

No se trató únicamente de sustituir una ley por otra, sino de un hecho social y político cuyos alcances no se comprenden bien sino es desde el punto de vista de sus resultados y su proyección en la imaginación popular: con la adopción del nuevo código fueron revisadas 36.155 causas penales para determinar si procedía o no la aplicación retroactiva de las nuevas regulaciones; fueron beneficiados 30.415 sancionados, de los cuales 20.102 quedaron en libertad, en tanto a 1.013 se les adecuó la pena que se le había impuesto con anterioridad.<sup>24</sup>

---

21 En este punto hay dos opiniones encontradas: una, sostenida por Juan Vega Vega, considera positiva la efímera vigencia de aquel CP, añadiendo que “la aspiración a la permanencia de los códigos, sin modificación alguna, es típica aspiración de la burguesía (...) los revolucionarios sabemos que las leyes deben ser objeto de continua revisión, que lo permanente debe ser no la intangibilidad de lo legislado, sino por el contrario, su modificación”. Para él, aquel CP inició en Cuba el “proceso de despenalización al acoger el concepto socialista del delito (...); su derogación representó ‘un salto hacia una nueva política penal’, ‘un salto adelante’, ‘un gran cambio...’” Cfr. “El primer encuentro de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales” en *Revista Cubana de Derecho* No. 27/1986, pp. 4-5. La otra, sostenida por los políticos y autoridades del momento (Fidel Castro Ruz; José Abrahantes Fernández; Juan Escalona Reguera...) considera que aquel CP fue una ley demasiado represiva. En la legislación los “Por cuanto” del CPv son elocuentes sobre desacertada de las regulaciones del CP derogado; entre los penalistas más recientes Arnel Medina Cuenca, considera que la efímera vigencia de aquel CP se debió a que “...muy pronto se vio superado por la realidad social (...) [fue aprobado] diez años después del inicio de su redacción... [razones que] lo hicieron envejecer antes de tiempo”. Cfr. “Las penas privativas de libertad y sus alternativas” en *La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil*, la Habana, julio del 2006, pp. 125-126. La opinión defensiva de Vega Vega se comprende al constatar que él fue uno de los redactores de aquel malogrado CP.

22 A juicio del Dr. José Raúl Amaro Salup, una de las autoridades de la época, la divulgación fue “deficiente por una parte, e insuficiente por otra...” lo que contribuyó a crear una “impresión de benignidad en la represión del delito, generando la idea, por supuesto errónea, de que no había una respuesta correcta a las actividades delictivas...”. Cfr. Informe de Dr. José Raúl Amaro Salup, Presidente del Tribunal Supremo Popular a la ANPP en la sesión ordinaria de julio/1987 en *Legalidad Socialista*, No. 4/1989, pp. 7-10.

23 Segundo “Por Cuanto” del CPv.

24 *Informe de Dr. José Raúl Amaro Salup...* Otros detalles en Félix Pérez Milian, “Discurso en el acto central por el día del trabajador jurídico”, Cienfuegos, 8/6/1989, en *Legalidad Socialista*, No. 3/1989.

#### IV- Re-codificación: líneas generales de una propuesta

Desde su puesta en vigor hasta el presente, al CPv se le han hecho aproximadamente 135 modificaciones<sup>25</sup> a través de disposiciones jurídicas de diferentes niveles de jerarquía normativa y con alcances también diferentes;<sup>26</sup> esas modificaciones lo han afectado en varios sentidos:

- a) En sentido formal: lo que implica la ruptura de la estructura interna del CPv con la modificación adición y/o derogación de artículos, secciones y capítulos;
- b) En sentido material: con la agravación de los marcos sancionadores de algunos delitos, inclusión de nuevos delitos, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de la posibilidad de aplicar la sanción de privación de libertad más allá de 30 años, de la privación perpetua de libertad, de la sanción de muerte en algunos delitos que no la tenían prevista;
- c) En sentido axiológico: con el establecimiento de similares escalas de valoración para delitos que afectan bienes jurídicos diferentes, o de una escala de valoración diferente para delitos que afectan bienes jurídicos similares.

Todo ello salpicado con medidas de política del Derecho, algunas de cuyas consecuencias resultan cuando menos anecdóticas; en síntesis, las disposiciones jurídicas vigentes en materia penal configuran un régimen jurídico en el que se puede encontrar el catálogo casi completo de los principales problemas que afectan la calidad de las leyes en la actualidad.<sup>27</sup> Con un ambiente legislativo tan complicado y

---

25 Aquí incluimos sólo a las modificaciones realizadas *directamente* sobre el texto de 1987, dejando de lado otras que, basadas en recursos de política del Derecho, pueden eventualmente suspender la aplicación de éste en beneficio de otras regulaciones, como ha sido en el caso de la sanción de muerte. Excluimos también aquellas pseudos-reformas que, bajo la figura de Instrucciones o Acuerdos del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, si bien no implican una modificación *sobre el texto* del código, operan a veces sutiles modificaciones en el *sentido del texto* y en las directrices relativas a su aplicación en sede judicial.

26 Las modificaciones se han hecho a través de las disposiciones jurídicas siguientes: Decreto Ley 140 de 13/8/1993; Decreto Ley 150/ de 6/6/1994; Decreto Ley 175 de 17/7/1997; Ley No. 72/1992, Ley Electoral (no modificó el CPv pero introdujo los ilícitos electorales); Ley No. 88 de 1999, De Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba y Ley No. 93/2001, Ley contra actos de terrorismo.

27 Un catálogo de los principales problemas que afectan la calidad de las leyes en la actualidad, casi todos aplicables al CPv, puede verse en Yoel Carrillo García, “Calidad de las leyes. Algunos puntos críticos” en *Legislação, Cadernos de Ciéncia de Legislação*, No. 52/2010, pp. 5-41.

después de 23 años de vigencia no es necesario hacer un ejercicio de erudición para reconocer que el CPv está necesitado de algo más que nuevos parches en sus ya rasgadas vestiduras.

Obviamente no corresponde al teórico hacer propuestas concretas sobre el sentido, alcance, contenido y profundidad de las regulaciones específicas que eventualmente pudieran adoptarse en la materia, pero sí le corresponde exponer cuáles son, a su juicio y en vista de los hechos y sus consecuencias, los cauces teóricos y metodológicos por los que tales reformas deberían discurrir, y cuáles los principios que desde el punto de vista de la teoría y la técnica legislativa deberían orientarlas.

Excluyendo la posibilidad teórica de que sea redactado un proyecto de código *ex novo*,<sup>28</sup> y aunque no he podido identificar en las directrices de política legislativa penal o en el discurso público en que se expresa siquiera un asomo de medidas concretas o proyecciones a mediano plazo para reducir a cierta unidad la dispersión vigente,<sup>29</sup> analizaré la compilación, la consolidación y la re-codificación como posibles opciones viables en las actuales circunstancias; antes, expondré algunas objeciones a los caminos seguidos hasta el presente e identificaré los principales requisitos teóricos y metodológicos que debieran tenerse en cuenta previo a la adopción de cualquiera de ellas.

**I. *Definir y hacer explícitos los elementos básicos de la filosofía y/o la ideología en que se sustenta la política legislativa en materia penal y el ejercicio del ius puniendi del Gobierno y el***

---

28 Hablar de un “código nuevo” o una “ley nueva” desde el punto de vista de la teoría o la técnica legislativa sólo es correcto para referirse a un conjunto de relaciones sociales que son reguladas jurídicamente por primera vez; después de la primera regulación solo se puede hablar de derogación, modificación, compilación consolidación, sustitución...: en la ley o código sucesivo se deberá tomar siempre como referente la disposición jurídica que le antecede, y su novedad será siempre *relativa*.

29 Por ejemplo, en la Rendición de Cuentas del 2011 del Tribunal Supremo Popular a la ANPP se hace referencia, por un lado a la política del Derecho en el sentido aquí identificado, cuando se informa a los diputados sobre el “proceso de transformación y evolución de algunas prácticas y procederes judiciales, obsoletos e ineficaces, que impulsamos o implementamos...”), y a la política legislativa: “Tenemos claro que algunas de las transformaciones sustanciales que requieren los procedimientos sólo son factibles mediante modificaciones de las leyes...”. En el primer caso se informa lo que se ha hecho o se está haciendo, en el segundo sólo se reconoce el hecho, sin que se informe una proyección sobre el tema o acciones concretas a corto o mediano plazo. Tampoco en el Informe de Rendición de Cuentas de la Fiscalía General de la República hay alguna proyección sobre la política legislativa, aunque sí abunda en las medidas de política del Derecho. Ambos informes pueden verse en el diario *Granma* de 26 de diciembre de 2011.

resto de las instituciones y organizaciones políticas y sociales que influyen en la conformación ideológica y legitimación de las prácticas político-penales. Como hipótesis de trabajo adelanto que el elemento característico que resulta de la interpretación de diferentes discursos de políticos, informes, reportajes periodísticos o actitudes hacia la delincuencia como fenómeno social es el uso del Derecho Penal como medio privilegiado de represión de los individuos que incurren en las conductas delictivas, un medio que constituye “una respuesta adecuada y energética” cuando se advierte “un incremento de determinadas modalidades de la actividad delictiva [o el] surgimiento de nuevas formas de comisión de delitos”<sup>30</sup> y las circunstancias así lo aconsejan, considerando en algunos casos a los delincuentes como “enemigos de la Revolución”.<sup>31</sup>

- II.** *Definir los elementos invariables de la política legislativa en materia penal y separarlos de aquellos que eventualmente pudieran aparecer y condicionar su desarrollo;* uno de los invariables es la necesidad de “mano dura”, de “actuación energética” contra toda manifestación delictiva que afecte la tranquilidad de la población y los intereses del Estado. Ese carácter represivo, propio de cualquier Derecho Penal, es atenuado por la incorporación de diversas posibilidades de adecuación de las sanciones y medidas alternativas a la de privación de libertad y/o la prisión preventiva,<sup>32</sup> el principio

30 Cfr. Por Cuanto [único!] de la Ley 87/1999, Modificativa del CPv.

31 En los trabajos y discursos de los principales teóricos y dirigentes políticos de las primeras décadas de la Revolución la delincuencia era considerada un rezago de la vieja sociedad burguesa, y los delincuentes enemigos de la Revolución. Como una traducción de esa ideología al plano legislativo puede considerarse la Ley 21/1979, Código Penal. Una directriz de política legislativa y política del Derecho en esa dirección puede encontrarse en este fragmento de discurso: “el delito, sigue siendo el factor negativo que más ha crecido en estos tiempos a la vez que han surgido nuevas formas de delitos a los que no estábamos habituados y posiblemente ni siquiera suficientemente preparados para combatirlos... hoy, sin abandonar las demás tareas, se debe combatir al delito. Vencer al delito no significa el sueño de que el delito desaparezca de la faz de nuestra sociedad, sino reducirlo a aquella mínima expresión, que resulte incapaz de golpear económicamente, de manera grave y políticamente, también de manera grave a la Revolución”. Castro Ruz, Fidel, “Discurso pronunciado por el 40 Aniversario de la constitución de la Policía Nacional Revolucionaria”, 5 de enero de 1999 publicado como suplemento especial del periódico *Juventud Rebelde*, 7 de enero de 1999, p. 3.

32 Cfr. Por todos, *La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil*, La Habana, julio del 2006. Esas posibilidades se insertan en una concepción más amplia de la política penal que incluye la creación legislativa penal, la organización y funcionamiento del sistema penal y la prevención. Cfr. Ramón De la Cruz Ochoa, “Política Penal”, *op. cit.*, p. 8 y ss., si bien el propio autor, en un trabajo posterior, considera que esas posibilidades “no se han desarrollado con la celeridad necesaria”, Cfr. “Intervención” en *La implementación de penas alternativas...* p. 9.

de progresividad en su ejecución y la consideración sociológica de que las causas del delito son sociales y no individuales; cuando el equilibrio entre esos dos polos es entorpecido aparecen las respuestas correspondientes, que pueden ir desde la utilización medidas propiamente legislativas hasta las de política del Derecho: las primeras suelen ser públicas, las segundas corren por los canales internos de las instituciones encargadas de su ejecución.

- III. *Definir la función que corresponde a la regulación jurídico-penal dentro del universo de posibles medios de regulación de la conducta individual en la sociedad;* si el Derecho es el último recurso entre las opciones posibles para ejercer el control social, y el Derecho Penal es el último recurso cuando el resto de los medios de control social han sido insuficientes, la *última ratio* entre todas, habría que definir explícitamente en qué casos es dable recurrir a esa opción, con qué intensidad, en qué ámbitos, con qué consecuencias y a qué instituciones u órganos dentro de la estructura política le corresponde hacerlo. En materia legislativa es claro que sólo a la ANPP debería corresponderle esa función; en materia penal más que en ninguna otra es exigible el principio de seguridad jurídica, de transparencia en las actuaciones y de legalidad: y los tres pasan por una definición expresa de quién puede hacer o decidir qué cosas, bajo qué circunstancias y con qué consecuencias dentro de ese ámbito.
- IV. *Analizar y confrontar los principales tipos de discursos sobre la política legislativa en materia penal para identificar convergencias, divergencias y tendencias;* como cualquier otro asunto de interés público, la política legislativa en materia penal se expresa a través de diferentes vías: el discurso político, el discurso legislativo, el discurso teórico, el discurso judicial y administrativo y el imaginario colectivo que se construye a partir de ellos. Cada uno tiene sus propias formas de expresión, sus autoridades, su función, su fuerza persuasiva y sus espacios de influencia. Conviene al investigador en trance de

legislador, o al legislador en trance de legista, tener presentes los elementos provenientes de todas esas fuentes, con el fin de reconstruir una concepción global de la política legislativa y traducir en un texto normativo técnicamente coherente y socialmente pertinente las directrices de política legislativa que deben orientar su trabajo. Es una opción metodológica que lamentablemente muy rara vez siguen unos y otros: no la siguieron las CEJ (en su metodología no estaba previsto estudiar los discursos de los dirigentes políticos sobre la materia penal ni las percepciones sociales relacionadas),<sup>33</sup> y en las investigaciones jurídicas concretas utilizadas como fuente para este ensayo tampoco.<sup>34</sup> Si la ley resultante es mala, la culpa será del legislador, el sujeto etéreo del que se habló al principio, las consecuencias negativas para sus destinatarios, y la solución será una nueva ley para corregir los defectos de la anterior, previa expiación de culpas que caen al vacío porque el legislador es un ser innominado.

- V. *Abandonar en el ámbito penal la práctica legislativa errónea de crear comisiones ad hoc para la ejecución del proceso legislativo interno sin una ley de Bases que la establezca; una práctica que ha tenido como consecuencias que una vez elaborada y puesta en vigor la ley no haya autoridad o institución, distinta y separada de la responsabilizada con su ejecución, que le preste atención sistemática y coherente a los resultados de su aplicación para evaluar con suficiente ponderación y elementos de juicio las necesarias modificaciones o adecuaciones que deberían hacerse a las regulaciones vigentes, de acuerdo a principios de política penal y política legislativa previamente definidos y*

---

33 Pero sí lo consideraron pertinente los redactores de la Ley 163, de 23/3/1959, a través de la que se creó la Comisión Nacional Codificadora: allí se manda a los comisionados a tener “a la vista” los “trabajos valiosos” realizados por “notables juristas cubanos” para “facilitar las tareas de la comisión...” cfr. Último “Por Cuanto”.

34 Esas limitaciones metodológicas, con influencia notable en la pertinencia de los resultados, es común en las investigaciones jurídicas en Cuba, incluso las que se realizan para tesis doctorales. Cfr. Carrillo García, Yoel. *El proceso legislativo...* (Tesis doctoral inédita). Un resumen de las conclusiones allí presentadas puede verse en Yoel Carrillo García y Rolando Pavó Acosta, “Un punto de vista sobre las investigaciones jurídicas en Cuba”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* No. 107/2007, Universidad Pontificia Bolivariana de Colombia, pp. 409-439.

declarados.<sup>35</sup> Esa práctica no es negativa en sí misma: ¿quién más competente para hacer un proyecto de ley que los mejores conocedores de la materia?<sup>36</sup> Sin embargo, cuando carecen de una guía adecuada definida desde el principio las cosas no marchan con la calidad y celeridad necesarias; y esa guía no deben ser una arenga política, un tratado teórico o “conveniencias ideales”:<sup>37</sup> debe ser una Ley de Bases, discutida y aprobada por la autoridad competente donde se fijen los principios generales, las concepciones teóricas que se asumen, los requisitos del trabajo a realizar, el procedimiento, el tiempo para ejecutarlo y las previsiones necesarias para evaluar la eficacia posterior a la entrada en vigor de la ley resultante.<sup>38</sup> El otro saldo positivo que podría arrojar el trabajo de una comisión especializada serían los resultados de sus discusiones, trabajos teóricos y trabajos preparatorios de los proyectos de ley; sin embargo, nada de eso se ha publicado o se publica en el presente,<sup>39</sup> privando a los estudiosos de material para sus reflexiones, al profesional

35 Cfr. Yoel Carrillo García, “El proceso legislativo interno. Un modelo para su análisis” en *Ratio Juris*, No.9/2009, Facultad de Derecho UNAULA, Colombia, pp. 9-39.

36 Por ejemplo, el 6 de febrero de 2012 la agencia Prensa Latina informó de una reunión sostenida por 150 especialistas en Derecho Agrario donde se analizó “el cumplimiento de las legislaciones (sic) y su actualización, y el papel del asesor jurídico...”, en tanto otras agencias reportaron que la reunión tenía como objetivo “evaluar la legislación agraria para proponer modificaciones, actualizaciones y nuevas normativas...”.

37 René Quirós Pérez, “Despenalización”, *op. cit.*, p. 23.

38 En 1979 el profesor Cañizares (*Teoría del Estado*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1979, página 192) escribió una afirmación que aún tiene plena vigencia: “la técnica legislativa en la elaboración de códigos debe tener como presupuesto la elaboración de bases, contentivas de los principios fundamentales que debe presidir la creación de las instituciones jurídicas a través de las cuales se regula la vida social”, p. 192. En la práctica legislativa cubana posterior a 1959 no se ha utilizado esa técnica; dicen Miguel A. D’Estéfano Pisani y Julio Fernández Bulté (*El sistema de Derecho socialista cubano*, en AA. VV., *Manual de Teoría del Estado y el Derecho*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1988, página 440) lo que explica que no se hayan formulado “leyes de bases [en Cuba] es que el proceso codificador ha estado exento de toda conceptualización idealista y racionalista: en pureza, cada código ha respondido a exigencias normativas correspondientes a un ámbito de relaciones jurídicas consagradas objetivamente por el avance revolucionario...”.

39 Lo que suele publicarse del proceso legislativo interno son comentarios de algunos los miembros de la comisión encargada de realizarlo cuyo contenido tampoco permite formarse un juicio completo del proceso. Algunos ejemplos son los siguientes: Héctor Garcini Guerra, *op. cit. passim*; Enrique Anavitarte Losada, “Prólogo” a *Comentarios a la Ley General de la Vivienda*, de Juan Vega Vega, Editorial de Ciencias Sociales, 1985; del mismo autor “Prólogo” a *La nueva Ley General de la Vivienda*, de Rodolfo Dávalos Fernández, s/e, 1990; Francisco Guillén Landrián, *La codificación del Derecho Laboral en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1987; Fausto Clavijo Aguilera, “El nuevo Código Civil de Cuba: Recuento y reflexiones”, *Revista Cubana de Derecho* No.4/1991, pp. 33-52 y Vicente Rapa Álvarez, “La codificación del Derecho Civil”. *Revista Jurídica* #11/1986, pp. 82-116.

del foro de una guía en su práctica y al público en general de los antecedentes de una ley que no tendrán más opción que cumplir sin comprender en muchos casos. Si a eso se añadiera el nombre de los participantes en los trabajos preparatorios para formarse una opinión de sus cualidades como legista y sus aportes individuales en la conformación del proyecto de disposición jurídica sería ideal, y se despejaría de paso el incómodo recurso de hablar del Legislador y su supuesta voluntad unitaria, coherente y monolítica, y el estudioso podría tener un interlocutor a quien dirigir sus observaciones. Todo eso con el fin último de rasgar el velo, de quitar las máscaras detrás de las que se ocultan los autores materiales de las leyes, una burocracia legislativa<sup>40</sup> que carece de legitimidad de origen, debiendo buscarse ésta en la calidad del trabajo que realizan y sus cualidades técnicas y científicas en materia de legislación.

- VI. Los resultados del estudio sistemático y coherente de la aplicación del CPv que podría ejercer una comisión legislativa especializada y permanente debería ser útil también para *evitar la práctica poco recomendable de hacer modificaciones a las regulaciones vigentes con intervalos de tiempo tan breves entre unas y otras*, mucho peor cuando se hace sobre los mismos artículos, atentando así contra el principio de seguridad jurídica que tiene en el Derecho Penal especial relevancia. En lugar de eso, deberían hacerse proyecciones a largo plazo de las posibles modificaciones de acuerdo al desarrollo perspectivo de las relaciones sociales y el contexto social: el voluntarismo en política legislativa ha tenido siempre consecuencias funestas; a ello habría que añadir los resultados de las investigaciones jurídicas independientes que se realizan en el país para conseguir una fundamentación más coherente

---

40 Utilizo la expresión “burocracia” en el sentido original que tiene el término en Max Weber (Cfr. *Economía y Sociedad*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1971 (2 tomos), Tomo 2, pp. 1048 y ss.) como funcionarios encargados de la dirección técnica y la ejecución de la política, “funcionarios profesionales basados en el empleo, sueldo, pensión, preparación profesional, división del trabajo, competencias fijas, formalismo documental jerarquía y subordinación...”. Esa expresión tiene un significado exclusivamente peyorativo en la actualidad periodística cubana en sus diatribas contra la burocracia, diatribas que obviamente deben ser autorizadas por la burocracia en el sentido de M. Weber.

de las reformas que eventualmente se realicen, poniendo así a contribución el esfuerzo de los más calificados en la solución de un problema multifacético. Pero no existe un mecanismo efectivo de coordinación a través del que esos resultados sean consultados al momento de realizar modificaciones al Derecho vigente, y por esa razón las propuestas concretas no ejercen sobre el órgano legislativo la persuasión que cabría esperar de ellas;<sup>41</sup> por otro lado, las investigaciones jurídicas accesibles de mayor profundidad que se realizan en el país (las tesis doctorales) no se publican y en consecuencia, los resultados de la investigación que la antecede no pasan al dominio público; el acceso a copias en formato digital crea dificultades insalvables en cuanto a la autenticidad del trabajo, la certeza de lo que afirma o niega su autor, de los resultados obtenidos, la posible manipulación del texto y la cita oportuna que pudiera hacerse. Quizás la solución no sea necesariamente el establecimiento de una comisión especializada y permanente al modo en que C. Filangieri concibió su *censor de las leyes*, sino el establecimiento de un plazo máximo razonable, pero determinado, dentro del que la ANPP estaría obligada a revisar el Código Penal para adecuarlo a las nuevas circunstancias en caso de que fuera necesario, de acuerdo a los resultados obtenidos durante el tiempo de su aplicación.<sup>42</sup>

**VII.** *Abandonar la práctica recurrente de poner en vigor las disposiciones jurídicas que modifican al CPv “a partir de su publicación en la Gaceta Oficial”* (GO); ese recurso, reprochable desde todo punto de vista en los estudios de técnica legislativa, deja en suspenso en momento en que entrará en

---

41 Cfr. “...una música lejana y, para colmo, nada culta” entrevista del Dr. Yoel Carrillo al Dr. Leonardo Pérez Gallardo en su condición de Presidente del Tribunal Nacional de Grados Científicos para las Ciencias Jurídicas en *Critica Jurídica*, UNAM, No. 31/2011, pp. 195-213.

42 Se trata de seguir una técnica utilizada en otros ámbitos legislativos como el Decreto Ley No. 128/2011, de 23 de febrero, Del sistema de información del Gobierno, al establecer que “El Consejo de Ministros, en el transcurso de los dos años de la entrada en vigor del presente Decreto-Ley, presenta, a partir de las experiencias adquiridas en su aplicación, las modificaciones correspondientes, y modifica o sustituye las normas complementarias que haya dictado para su implementación.” Cfr. GO. Extraordinaria de 23/2/2011.

vigor una disposición jurídica aprobada y promulgada por el órgano correspondiente.<sup>43</sup> Probablemente el origen de esa práctica está en la Constitución de 1976,<sup>44</sup> cuyos autores no establecieron tampoco un criterio fijo sobre ese particular, dejándolo sujeto a un acontecimiento futuro e incierto, en lugar de establecer una sucesión ininterrumpida entre promulgación y publicación, aunque fuera diferida la entrada en vigor en aquellos casos que sea necesaria la *vacatio legis*. En este aspecto política legislativa y política del Derecho convergen en un mismo punto: la primera implica la aprobación y promulgación de la nueva disposición jurídica; la segunda una decisión discrecional en cuanto a la fecha de entrada en vigor de una disposición jurídica válida pero no vigente porque carece del requisito de publicación en la *GO*. Mas, habría que preguntarse si en ese trance la nueva disposición, aun en suspenso, no influye, desde su discusión y promulgación, en la práctica jurídica en las materias a que se hace referencia con ella.

Los requisitos teóricos y metodológicos que van del **I** al **IV** y el **VI** tienen un carácter temporal; en consecuencia, cada cierto tiempo deberán ser revisados a los efectos de identificar su contenido específico en diferentes momentos. En cambio, los marcados con los números **V** y **VII** requieren una solución definitiva, toda vez que si se adoptase la propuesta enunciada en ellos sería válida su aplicación para cualquier concepción de política legislativa posterior. El carácter temporal o definitivo de unos y otros depende de que los primeros (**I- IV y VI**) son de carácter esencialmente material, en tanto los segundos (**V y VII**) son de carácter esencialmente formal; no obstante, materia y forma se relacionan estrechamente.

---

43 La Ley 21 fue aprobada por la ANPP en 30 de diciembre de 1978, se publicó en la *GO* el 1 de marzo de 1979 y entró en vigor ocho meses después; en el CPv sí se estableció fecha (30 de abril de 1988); en los decretos-leyes 140/1993, 150/1994 y 175/1997 y la Ley 87/1999 la fecha de entrada en vigor fue su publicación en la *GO*.

44 “ARTÍCULO 77: Las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional del Poder Popular entran en vigor que en cada caso determine la propia ley.” La redacción de este artículo es criticable desde los presupuestos asumidos en este ensayo: la ley no determina su entrada en vigor, ella carece de voluntad para hacerlo, la determinan sus autores o la autoridad política competente, discrecionalmente, pero el recurso literario de personalizar la ley como ente con voluntad encubre ideológicamente esa realidad.

Excluida la posibilidad de un nuevo proyecto de código y establecidos los criterios anteriores, conviene ahora detenerse en una práctica seguida para dar cierto orden a las disposiciones jurídicas a través de las que se modificó el CPv: esa práctica es la consolidación por incorporaciones sucesivas al texto original, unas ordenadas directamente a través de las leyes y otras hechas presumiblemente con fines didácticos o instrumentales; consiste en integrar al texto original las modificaciones realizadas en momentos diferentes, con el objetivo de evitar la necesidad de revisar constantemente varias disposiciones jurídicas vigentes y publicar el texto así unificado.

La ventaja de esa técnica desde el punto de vista didáctico e instrumental es evidente: se cuenta en cada momento con un código “actualizado y concordado” para el estudio del Derecho Penal y la práctica forense; pero las desventajas también deben tomarse en consideración: una consolidación así realizada impide ver al estudiante los fundamentos que explican y/o justifican las reformas vistas en su contexto legislativo, y al profesional del foro las directrices interpretativas que acaso son diferentes a las que pueden extraerse del sentido general del texto primitivo. Mas la peor desventaja es que ese texto carece de valor legal en un doble sentido: no ha sido revisado y aprobado por la autoridad legislativa competente y, en consecuencia, no ha sido publicado en la *GO*, única publicación con valor legal y oficial en materia legislativa.

Frente esas desventajas de la consolidación no oficial o privada los estudiosos de la técnica legislativa contemporánea están aún elaborando el concepto de re-codificación; partiendo del hecho de que los códigos, aunque regulan relaciones sociales de gran estabilidad, requieren también de sucesivas adecuaciones al desarrollo general de la sociedad y a las demandas cada vez más refinadas de la sociedad contemporánea, y del principio de que los códigos, allí donde existen encierran un valor positivo, constituyen una expresión sistemática del Derecho y forman parte del acervo cultural de una nación, es preciso reconocer que la re-codificación constituye una opción viable allí donde, por imperativos de la política legislativa y necesidades de la dinámica social es preciso modificar los códigos para adecuarlos a esos cambios.

La propuesta consiste básicamente en consolidar en un texto único las modificaciones directas o indirectas que se le han hecho al CPv a lo largo del tiempo, y luego someterlas a la discusión y aprobación por la ANPP como si se tratara de un nuevo proyecto de ley; de ser aprobada, su promulgación, publicación y entrada en vigor se haría por el procedimiento legalmente establecido.

Pudiera pensarse que fue esa la técnica utilizada cuando fue derogado el antiguo CP por el CPv, pero es una percepción errónea porque lo que se hizo fue una *sustitución íntegra*; no hubo re-codificación porque el CPv sólo derogó tres disposiciones jurídicas, una de ellas de finales del siglo XIX, no había pluralidad de disposiciones sobre la misma materia, como sucede en relación con el CPv, uno de los argumentos más fuertes que aconsejan la re-codificación; no obstante, se prefirió no presentar todas las modificaciones en un texto aparte como ley modificativa del CP, sino promulgarlas como un nuevo código.

Para el CPv la re-codificación sería la opción más conveniente desde el punto de vista de la teoría y la técnica de la legislación: se contraría con un texto único, basado en unos mismos fundamentos de política y técnica legislativa, con una misma *ratio legis*, de una sola jerarquía normativa, con unas pautas unitarias para su interpretación y publicado como tal en la *GO*, con todo el valor legal y carácter oficial que ese hecho le confiere, todo ello reforzado con la experiencia obtenida en veintitres años de vigencia del CPv.

Con su re-codificación probablemente quedarían saldadas muchas incertidumbres que rodean a la política legislativa en materia penal.

## ¿Hacia la “falsa conciencia” o hacia la “conciencia de clase”? Apuntes en torno a la ideología en la obra de Marx. (¿Towards “False Consciousness” or towards “Class Consciousness”? Notes concerning ideology in Marx’s Works)

***Mauro Cristeche***<sup>1</sup>

**Resumen:** Este trabajo se propone intervenir en la discusión sobre la noción de ideología en la obra de Marx, tratando de seguir el curso del desarrollo que realiza el autor para desentrañar su significación. Se toman como referencia los textos: *La ideología alemana*, que produjo junto a Engels, y *El Capital*, en particular los primeros capítulos.

Se proponen dos ejes de discusión. Por un lado, partiendo de la hipótesis de que *El Capital* es la obra en que Marx alcanza el mayor desarrollo científico en torno a la ideología como forma de la conciencia de los individuos, se plantea que la ideología es la enajenación de la conciencia en el capital como relación social general en el modo de producción capitalista; y, en consecuencia, la clase obrera, como portadora de la necesidad de superación del capitalismo, no necesita desarrollar su ideología de clase, sino avanzar críticamente sobre su enajenación. Por otro lado, el ordenamiento jurídico es el conjunto de formas jurídicas en que se expresa la relación social capitalista, y tiene una función ideológica; para una “crítica de raíz” a tal relación social, no cabe formular una teoría crítica del derecho, sino una crítica del derecho.

**Palabras clave:** Marxismo – Ideología – Conciencia – Crítica – Derecho

**Summary:** The purpose of this paper is to contribute to the discussion on the notion of ideology in Marx’s work, and it attempts to follow the development carried out by the author in order to unravel its significance. The following texts are used as reference material: *The German ideology*, written with Engels, and *Capital*, the first chapters in particular.

Two focuses of analysis are proposed. On the one hand, starting from the assumption that *Capital* is the work with which Marx achieves the highest level of scientific development around the concept of ideology as the individual’s mode of consciousness, ideology is presented as the estrangement of consciousness within capital as the general social relation within the capitalist mode of production; and consequently, the working class, as holder of the need to supersede capitalism, does not need to develop its own class ideology but move forward critically over its estrangement. On the other hand, the legal system constitutes the set of legal forms in which the capitalist social relation is expressed, and has an ideological function; for a criticism of the “roots” of such social relation, it will not be worth formulating a critical theory of law but a critique of law instead.

**Key-words:** Marxism – Ideology – Consciousness – Criticism - Law

81

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Breve contextualización. 3. La ideología alemana. 4. El capital y la conciencia enajenada. 5. El derecho y la ideología. 6. Conclusiones. Hacia una conciencia crítica

---

<sup>1</sup> Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Dirección de correo electrónico maurocristeche@yahoo.com.ar, recibido 10 de octubre de 2012, aceptado 6 de diciembre de 2012.

## 1. Introducción

Este trabajo se propone intervenir en la discusión sobre la noción de ideología que se desarrolla en las obras de Marx, tratando de seguir el curso que realiza el autor para desentrañar su significación.

Va de suyo que un fenómeno de tal magnitud no puede agotarse en un trabajo de las características del presente, ni tampoco presentarse en toda su complejidad. No obstante, se cumplirá la pretensión del autor, si puede ser utilizado como un insumo en la tarea de avanzar críticamente en el desarrollo de una conciencia que exprese los intereses históricos de la clase obrera.

La experiencia propia en el estudio de su obra ha permitido arribar a la conclusión de que la ideología es lo contrario al conocimiento objetivo y, como tal, una conciencia aparente. Eso es lo que se encuentra desplegado en *El Capital*. Allí se exponen de manera organizada las determinaciones históricas de la conciencia de los productores de mercancías en el modo de producción capitalista, lo que se conoce como el *fetichismo de la mercancía*. De modo que, a la hora de encarar la cuestión de “la ideología según Marx”, necesariamente debe desembocarse en el desarrollo del *fetichismo de la mercancía y las formas de la conciencia*.

En consonancia, Correas plantea:

Conforme con el fundamento teórico aceptado, que es la teoría marxiana de la sociedad capitalista, resulta que el derecho moderno, su sentido ideológico, ‘oculta’ las *verdaderas* relaciones sociales. Para explicar el ocultamiento, Marx proporciona una auténtica teoría, condensada en lo que denominó ‘fetichismo de la mercancía’ y que en su juventud llamó *alienación*.<sup>2</sup>

No obstante, es sentido común la idea de que no toda ideología se encontraría reñida con el desarrollo de una conciencia objetiva. La ideología habría existido siempre, distinguiéndose a *groso modo* la de

---

<sup>2</sup> Oscar Correas. *Crítica de la ideología jurídica*. México, UNAM-Coyoacán. 2005. p. 21.

los dominantes y la de los dominados.<sup>3</sup> De hecho, en varias producciones marxistas se utiliza el término ideología como si fuera expresión necesaria de la conciencia, y se invocan términos como “ideología obrera”, “ideología revolucionaria” y otros por el estilo, incluso citando textos de Marx, invitando a desarrollar algún tipo de ideología, más “progresista”, más “revolucionaria”.

En definitiva, tanto este fenómeno como otros muchos de la obra de Marx han provocado enormes debates, muchas veces utilizando al autor original como autoridad para fundar los planteos propios. Pero aquí no se va a encarar el desarrollo con ese método,<sup>4</sup> que tanto Marx como Engels rechazaban expresamente.

La concepción materialista de la historia también tiene ahora muchos amigos de éhos, para los cuales no es más que un pretexto para no estudiar la historia. Marx había dicho a fines de la década del 70, refiriéndose a los “marxistas” franceses, que “tout ce que je sais, c'est que je ne suis pas marxiste”.<sup>5</sup>

Simplemente se van a tomar como referencia los textos *La ideología alemana* —que produjo junto a Engels—, y *El Capital* —en particular los primeros capítulos—, para realizar un recorrido propio, sin necesidad de contrastar con el que han hecho otros autores.

Se proponen dos ejes de discusión. Por un lado, se afirma que la ideología es la enajenación de la conciencia en el capital como relación social general en el modo de producción capitalista, y, en consecuencia, la acción política revolucionaria de la clase obrera como portadora de la necesidad de superación del capitalismo, debe orientarse, no a desarrollar una ideología de clase, sino a avanzar críticamente sobre

3 La naturalización de la dominación y sus ideologías puede apreciarse, entre muchos otros, en Antonio Gramsci. “Opresores y oprimidos”, en *Antología*. Buenos Aires, Siglo XXI. 2011, y en Louis Althusser. “Ideología y aparatos ideológicos del Estado”; en *La filosofía como arma de la revolución*. México, Ediciones Pasado y Presente. 1988. pp. 97-141. Además de plantear que el desarrollo de este fenómeno está ausente en *El Capital* (y de recomendar no leer los primeros cuatro capítulos!) afirma que la ideología es *omnihilística*, es decir, eterna; siempre habrá ideología.

4 Puede verse Juan Íñigo Carrera. *Conocer el capital hoy. Usar críticamente El Capital*. Buenos Aires, Imago Mundi, 2007.

5 Friedrich Engels. “Carta a Konrad Schmidt”, en Karl Marx y Friedrich Engels, *Obras Escogidas*. Moscú, Editorial Progreso. 1974. La frase en francés: “Lo único que sé es que no soy marxista” (NdelA).

la enajenación de la conciencia. Luego, al ser el ordenamiento jurídico el conjunto de formas jurídicas en que se expresa la relación social capitalista, para una “crítica de raíz” a tal relación social y a la función ideológica del derecho, no cabe formular una teoría jurídica crítica, sino una crítica del derecho.

## 2. Breve contextualización

### 2.1. La ideología alemana

*La ideología alemana* es un texto escrito por Marx y Engels (en adelante M&E) en Bruselas, entre 1845 y 1846. Marx había sido expulsado de París, bajo la acusación de escribir artículos revolucionarios en el periódico oficial del Partido Obrero Socialdemócrata alemán. Tiempo después llega también Engels a la ciudad belga y viajan juntos a Inglaterra a estudiar a los economistas de dicho país. Ambos caen en la cuenta de que habían arribado, por diferentes caminos, a las mismas conclusiones “teóricas”.

Dice Marx al respecto:

Federico Engels (...) había llegado por distinto camino al mismo resultado que yo. Y cuando, en la primavera de 1845, se estableció también en Bruselas, acordamos contrastar conjuntamente nuestro punto de vista con el ideológico de la filosofía alemana; en realidad, liquidar con nuestra conciencia filosófica anterior. El propósito fue realizado bajo la forma de una crítica a la filosofía posthegeliana (...) entregamos el manuscrito a la crítica roedora de los ratones, muy de buen agrado pues nuestro objetivo principal: esclarecer nuestras propias ideas, estaba ya logrado.<sup>6</sup>

En otros términos, Engels:

Viviendo en Manchester, me había dado yo de narices con el hecho de que los fenómenos económicos, a los que hasta allí los historiadores no

---

<sup>6</sup> Karl Marx. *Contribución a la crítica de la economía política*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores. 2007, p. 6.

habían dado ninguna importancia, o sólo una importancia muy secundaria, son, por lo menos en el mundo moderno, una fuerza histórica decisiva; vi que esos fenómenos son la base sobre la que nacen los antagonismos de clase actuales y que estos antagonismos de clase, en los países en que se hallan plenamente desarrollados gracias a la gran industria, y por tanto, principalmente, en Inglaterra, constituyen a su vez la base para la formación de los partidos políticos, para las luchas de los partidos y, por consiguiente, para toda la historia política. Marx, no sólo había llegado al mismo punto de vista, sino que lo había expuesto ya en los “Anales Franco-Alemanes” en 1844, generalizándolo en el sentido de que no es el Estado el que condiciona y regula la sociedad civil, sino ésta la que condiciona y regula el Estado, y de que, por tanto, la política y su historia hay que explicarlas por las relaciones económicas y su desarrollo, y no a la inversa. Cuando visité a Marx en París, en el verano de 1844, se puso de manifiesto nuestro completo acuerdo en todos los terrenos teóricos, y de allí data nuestra colaboración. Cuando volvimos a reunirnos en Bruselas, en la primavera de 1845, Marx, partiendo de los principios básicos arriba señalados, había desarrollado ya, en líneas generales, su teoría materialista de la historia, y nos pusimos a elaborar en detalle y en las más diversas direcciones la nueva concepción descubierta.<sup>7</sup>

Además de dar cuenta de la necesidad de adoptar un método de investigación determinado —lo que se conoce como materialismo histórico— van a exponer sus ideas frente al conjunto de los ideólogos e intelectuales de la época. Específicamente, con este texto pretenden desarrollar una discusión con determinados ideólogos alemanes: Feuerbach, Stirner, Bruno Bauer (amigos de M&E) y, en definitiva —como surge del prólogo—, consigo mismos, para abandonar por completo su propia filosofía anterior.

Sus autores no lograron publicarlo en vida. Se publica íntegramente por primera vez en 1932, por el Instituto Marx-Engels de la URSS, bajo dirección de Riazanov, luego de publicarse incompleto en 1902 y 1926. Su título completo es: *La ideología alemana. Crítica de la novísima filosofía alemana en las personas de sus representantes*

---

<sup>7</sup> Friedrich Engels. “Contribución a la historia de la Liga de los Comunistas”, en *Obras escogidas*, en dos tomos. Tomo II. Moscú, Ed. en Lenguas Extranjeras. 1980. p. 365.

*Feuerbach, B. Bauer y Stirner, y del socialismo alemán en las de sus diferentes profetas.* Consta de dos partes, conteniendo la primera una crítica de la filosofía “posthegeliana”, y la segunda, la crítica del “socialismo verdadero”.

## 2.2. El capital y la crítica de la economía política

El desarrollo científico más alto alcanzado por Marx está objetivado en su obra *El Capital*. Es allí donde vuelca sus “conclusiones” de más de 20 años de estudio y de producción científica; donde despliega por primera vez en la historia la reproducción en el pensamiento de la necesidad que determina la razón histórica de existir del modo de producción capitalista y a la acción de la clase obrera como portadora de la superación revolucionaria del mismo en el desarrollo de la comunidad de los individuos libremente asociados.<sup>8</sup> Es decir, expresa la reproducción ideal en el pensamiento del movimiento de la materia, avanzando desde sus determinaciones más simples.

En rigor, sólo el Libro I, de los tres que constituyen la obra, se publica en vida de Marx, en el año 1867. Los dos libros II y III serían publicados entre 1885 y 1894, editados por Engels a partir de los manuscritos de Marx.

Asimismo, allí expone de manera organizada las determinaciones históricas de la conciencia de los productores de mercancías en el modo de producción capitalista, lo que se conoce como el *fetichismo de la mercancía*.

Si bien no se trata de seguir por el camino de las citas, para apoyar el pensamiento propio con la autoridad de Marx, sino de desarrollar el propio camino de conocimiento tomando la obra de Marx como una guía, para encontrar respuestas propias a las preguntas también propias, si se ha de hacerle decir algo a Marx, por lo menos se requiere llegar hasta la obra en que, luego de un largo proceso de investigación, expone de manera más organizada los resultados: *El Capital*. Porque es allí donde Marx da cuenta de la potencia histórica de que es portadora la clase obrera para transformar revolucionariamente el modo

<sup>8</sup> Cfr. Juan Íñigo Carrera. *El Capital: razón histórica, sujeto revolucionario y conciencia*. Buenos Aires, Imago Mundi. 2008. p. 7.

de producción capitalista, dando paso a la sociedad de los individuos libremente asociados; es decir, da cuenta de las determinaciones de la conciencia de los sujetos en el capitalismo, que es a lo que refiere la ideología, precisamente como una forma histórica de la conciencia.

Entonces, se arranca por *La ideología alemana* —que es un texto excelente—, donde Marx ya ha logrado superar los límites de la filosofía, mientras que en los primeros textos sobre Hegel incluso identifica la abolición del proletariado con la realización de la filosofía. Luego, ya tomando *El Capital*, se pretende avanzar sobre el contenido de la famosísima máxima: “No es la conciencia del hombre la que determina su ser sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia”. Con ella, avanzar sobre el *fetichismo de la mercancía* como forma enajenada de la conciencia en el modo de producción capitalista.

### 3. La ideología alemana

¿Con qué objetivo se ha escrito este texto? Como se dijo, pretende discutir con algunos “ideólogos” alemanes: los filósofos “neohegelianos” o “poshegelianos”, quienes se presentan a sí mismos como un fenómeno revolucionario, como que sus ideas son revolucionarias y no hacen más que manipular y degradar el pensamiento de Hegel. Quiere discutir con los neohegelianos, no sólo porque representan un retroceso para el pensamiento sino que, además, degradan al propio intelectual que pretenden seguir y al cual reivindican.<sup>9</sup>

---

9 Es archiconocido pero muchas veces olvidado que tanto Marx como Engels han sido ferreos defensores de la altura intelectual de sus adversarios, frente a muchos de sus divulgadores. Marx se declara admirador de Smith y Ricardo, frente a los “neo” y también de Hegel. Respecto de este último, dice: “Mi método dialéctico difiere del hegeliano no sólo por su fundamento, sino que es directamente su opuesto. Para Hegel, el proceso del pensamiento, que incluso transforma en sujeto independiente con el nombre de Idea, es el demiurgo de lo real, que no constituye más que su fenómeno externo. Para mí, por el contrario, lo ideal no es más que lo material transferido y traducido en el cerebro humano. Hace casi treinta años, cuando aún era la moda del día, que critiqué el lado mistificador de la dialéctica hegeliana. Pero justo cuando elaboraba el primer volumen de *El Capital*, los epígonos gruñones, presuntuosos y mediocres que predominan ahora en la Alemania culta, se complacían en tratar a Hegel (...) como a un ‘perro muerto’. Por eso me confieso abiertamente discípulo de ese gran pensador (...) La mistificación que sufre la dialéctica en manos de Hegel no impide en absoluto que fuese el primero en exponer amplia y conscientemente sus formas generales del movimiento. En él se encuentran patas arriba. Sólo hay que darle vuelta para descubrir el núcleo racional en su envoltura mística”. Karl Marx. *El Capital*. Libro I, Tomo I. Madrid, Ediciones Akal. 2000. pp. 29-30.

El punto de partida de la producción teórica de los filósofos neohegelianos es la *idea*, las representaciones, los conceptos, el pensamiento. El pensamiento como algo independiente, autónomo, que tiene vida propia ¿Y cuál es el gran problema que estos filósofos ven en la sociedad? El problema es el propio pensamiento, y explican todas las calamidades que padece la sociedad burguesa a partir de que ésta ha asumido *falsas ideas*, que tiene ideas falsas.

En el prólogo al texto, M&E resumen de esta concepción neohegeliana, reduciéndola a “*inocentes y pueriles fantasías*”.

Hasta ahora los hombres se han formado siempre ideas falsas acerca de sí mismos, acerca de lo que son o deberían de ser. Han ajustado sus relaciones a sus ideas acerca de Dios, del hombre normal, etc. Los frutos de su cabeza han acabado por imponerse a su cabeza. Ellos, los creadores, se han rendido ante sus criaturas. Liberémoslos de los fantasmas cerebrales, de las ideas, de los dogmas, de los seres imaginarios bajo cuyo yugo degeneran. Rebelémonos contra esta tiranía de los pensamientos. Enseñémosles a sustituir esas quimeras por pensamientos que correspondan a la esencia del hombre, dice uno, a adoptar ante ellos una actitud crítica, dice otro, a quitárselos de la cabeza, dice el tercero, y la realidad existente se derrumbará.<sup>10</sup>

Correspondientemente, la estrategia de esta filosofía es combatir las ideas que considera falsas. Combate ideas, frases, con ideas, con frases. Y su propuesta es volver al pensamiento autónomo del ser humano, a su criterio egoísta, al “pensamiento auténtico del ser humano”.

Este punto de partida reduce todo a un problema de orden religioso, colocando incluso en ese orden las esferas metafísica, política, jurídica, moral etc. Partiendo de las “falsas ideas”, con suerte sólo podrá llegarse a “interpretar la realidad de otro modo, que hemos de verla a través de otra ideología”.<sup>11</sup>

M&E van a dar cuenta que esa filosofía no puede salirse de la religión, a partir de criticar el punto de partida mismo con el cual estos filósofos realizan su análisis. Ellos parten de una “compre-

10 Karl Marx y Friedrich Engels. *La ideología alemana*. Buenos Aires, Vida Nueva. 1958. p. 13.

11 *Ibid.* p. 25.

sión” de las ideas, pero lo que no pueden explicar es: de dónde surgen esas ideas, cuál es el motor de esas ideas. Porque las ideas pueden ser falsas, pero el problema es de dónde brotan esas ideas falsas. M&E van a afirmar que todas las ideas, todo pensamiento, todo concepto, toda representación surgen de la realidad. Aunque sea un pensamiento trastocado, oscuro, obnubilado, aunque se presente dando vuelta en la retina del individuo, siempre surge de la realidad.<sup>12</sup>

Hay que proceder al revés que los neohegelianos, es decir, explicar la religión a partir de la realidad. Porque la conciencia no puede ser otra cosa que la conciencia del ser. Luego de desplegar el desarrollo de la conciencia (del ser) como producto del desarrollo de las fuerzas productivas del trabajo social, y el carácter histórico del proceso de metabolismo social, M&E van a concluir:

La filosofía alemana desciende del cielo a la tierra. Parte de lo que el hombre dice, se imagina, se representa, piensa (...) Justo al revés procedemos nosotros. Nosotros ascendemos de la tierra al cielo. Nuestro punto de partida es el hombre real, activo, que vive de cierto y determinado modo. Y en base de su vida real explicamos el desarrollo de su ideología: reflejo y eco de aquélla.<sup>13</sup>

En definitiva, el punto de partida de M&E es que para explicar las representaciones, las ideas, el pensamiento que tienen los hombres de sí mismos y de su entorno, “hay que partir de la realidad misma”.<sup>14</sup> El punto de partida está en la realidad, y es el hombre. No el hombre en abstracto, sino en lo que hace, sus acciones, su forma de vida, su reproducción: el hombre y su historia.

Para que haya historia es necesaria la existencia de individuos vivos ¿Y cómo se desarrolla este proceso de reproducción de la vida humana? Lo que distingue al ser humano de los animales es la con-

12 Haciendo un salto, desde aquí parte Marx para luego afirmar que la conciencia no puede ser más que la “conciencia del ser”, la conciencia como el producto de lo que a uno lo rodea.

13 Karl Marx y Friedrich Engels. *La ideología...*, op. cit., p. 37.

14 Con todo, aquí se observa una contradicción. Porque Marx y Engels afirman que este punto de partida es “arbitrario”, para luego decir que parece arbitrario pero no lo es, porque puede evidenciarse empíricamente. ¿Por qué la contradicción? Porque antes Marx dice que la evidencia empírica no sirve en sí misma para justificar algo.

ciencia. Pero el hombre no se siente distinto de los animales hasta el momento en que comienza a producir; y hasta el momento que comienza a producir de una determinada manera conforme a un momento histórico.

Por eso, en un primer momento la actividad natural reproductiva del ser humano no se distingue del de la vaca más que en el hecho de que la vaca toma el pasto con la lengua y el hombre lo hace con la mano. Ambos están reproduciendo su vida. Pero en el ser humano hay una particularidad —que Marx desarrolla con detenimiento en sus producciones— que lo distingue del resto de los animales, y lo constituye como ser genéricamente humano, que es la *forma* en que el ser humano realiza su proceso de metabolismo natural. Esa particularidad es la actividad propiamente humana del trabajo.

El trabajo, en su determinación más simple, es un gasto de energía física y mental para lanzarse sobre el medio y apropiarse de él. Sin embargo, esto es común al resto de los animales (salvo para formas muy simples): lanzarse al medio para apropiarse de él y reproducirse. Pero en el ser humano esta actividad de lanzarse al medio es distintiva: se lanza al medio, transforma al medio, y recién ahí se apropiá del resultado de esa transformación. Entonces, en un primer momento toma la manzana de un árbol y la consume para reproducirse. Pero llega un momento en que lo que hace es fabricar una computadora en un proceso que va a culminar con la extracción de la manzana del árbol. Y el sujeto es consciente de ello.

La particularidad es que la mediación entre el momento de la acción de lanzarse al medio y el momento de la apropiación del resultado de esa acción es cada vez más vasta.

Entonces, partiendo de que la actividad propiamente humana es el trabajo, hay que avanzar en la relación entre el trabajo y la conciencia. La conciencia es un producto del trabajo humano, y más específicamente del desarrollo de las fuerzas productivas del trabajo humano. Dicho de otro modo: no es que el pensamiento tiene una vida propia, que el ser humano piensa en abstracto. Lo que pretenden M&E es “desnudar la apariencia de la substancia del pensamiento”, de su independencia, no partir de lo que el hombre dice que es, lo que cree que

es, sino de lo que efectivamente es.<sup>15</sup> Para dar cuenta del pensamiento, de la religión, de la moral, de la política, de la ideología, hay que partir de analizar el modo en que el ser humano organiza su actividad constitutiva: el trabajo —en un momento histórico determinado, conforme a un grado de desarrollo de las fuerzas productivas del trabajo determinado.<sup>16</sup>

Luego de dar cuenta del carácter social de la conciencia del ser humano, M&E dedican el apartado *la base real de la ideología (el comercio y las fuerzas productivas)* a realizar un somero estudio sobre las relaciones sociales imperantes en el momento y van a dar cuenta, por primera vez, del carácter universal de estos fenómenos,<sup>17</sup> mirándolos en su devenir histórico: la población, la familia, la ciudad, el campo (y su relación), la división del trabajo social, la expansión del comercio y la industria, la aparición del Estado (como un producto de la acción del ser humano pero que se le presenta como algo exterior, ajeno).

Contra el problema de los filósofos neohegelianos que arrancan explicando los fenómenos por la abstracta voluntad y libertad de los individuos, naturalizando la libertad, y naturalizando también la voluntad de los individuos, el método de M&E abandona por completo “la moral, la religión, la metafísica y el resto de la ideología”, para dar paso a la ciencia, que “no es otra cosa que la exposición desnuda de los hechos”.<sup>18</sup>

#### **4. El Capital y la conciencia enajenada**

Esa “exposición desnuda de los hechos”, que permite explicar las formas de la conciencia, la ideología, alcanza su máximo desarrollo en *El Capital*. A criterio del articulista, en *La ideología...* M&E todavía naturalizan las potencias de la clase obrera como portadora de la

15 M&E siempre van a poner énfasis en esta cuestión, bajo distintas denominaciones. Por ejemplo Engels los va a llamar “fenómenos económicos”.

16 Si bien este fenómeno es central a lo largo del texto, los autores le dedican un apartado específico, que puede ser encontrado bajo distintas denominaciones. En la que se utiliza en este trabajo: *Acerca de los orígenes de la conciencia*.

17 Precisamente una de las críticas a los filósofos hegelianos es su reducir la realidad a la realidad alemana.

18 Karl Marx y Friedrich Engels. *La ideología...*, op. cit., p. 39.

superación histórica del modo de producción capitalista. Su carácter revolucionario queda subsumido a una abstracta “reacción” al proceso de la gran industria, que redundaría en el “odio” de los obreros hacia el capitalismo, y al trabajo que realizan en él.

En *El Capital*, Marx va a seguir el curso de la conciencia de los productores de mercancía como una conciencia que se presenta en apariencia como libre, pero que no es más que la forma de la conciencia enajenada en el capital. Como el capitalismo, a diferencia de todas las formas anteriores de organizarse el trabajo social —en que reinan las relaciones de dependencia personal—, toma la forma de una sociedad de individuos recíprocamente libres, la conciencia correspondiente representa generalmente la libertad no como el resultado del proceso histórico de vida humana, y más concretamente del desarrollo del modo de producción capitalista, sino como un derecho, un principio, o un estado de naturaleza. Aparece entonces el peligro de la naturalización, es decir, de la apología del capital a partir de la reivindicación de la libertad de la conciencia.

Al contrario de lo que quieren creer quienes se detienen en las apariencias, la conciencia simplemente libre, la conciencia que supuestamente se determina por sí misma como libre de toda dependencia personal directa, no ha tenido, ni tiene, existencia objetiva. Es tan sólo una construcción ideológica, producto del fetichismo de la mercancía. Su papel social es la reproducción de este fetichismo mismo, por mucho que quienes cultiven esta inversión la conciban como la crítica absoluta del modo de producción capitalista.<sup>19</sup>

La actividad propiamente humana que determina la conciencia es el trabajo. Lo que hay que mirar es la forma, el modo en que se organiza el trabajo en la sociedad. Por eso en *El Capital* aparece la ideología: el Capítulo I arranca con el desarrollo de la mercancía como la forma más simple que toma la relación social capitalista y con la conciencia que le corresponde.

---

19 Juan Iñigo Carrera. *Conocer el capital...*, op. cit., p. 192.

La forma en que se organiza el trabajo en el modo de producción capitalista es una forma históricamente específica: se organiza de manera privada e independiente. Es decir, que los sujetos son libres para organizar su trabajo y no están sujetos a relaciones de dependencia personal directa. No es una apología del capitalismo, porque así es en su determinación más simple. Los individuos son libres y tienen el control pleno de su trabajo individual.

Pero el problema que se presenta rápidamente es que, así como tienen el control pleno sobre su trabajo individual, no tienen absolutamente ningún control sobre el carácter social de ese trabajo.

Este proceso de metabolismo social que desarrolla el ser humano tiene dos aristas principales: el trabajo y el consumo. Los dos presentan una doble forma: individual y social. Es individual porque nadie puede trabajar por otro ni nadie puede hacer el trabajo de uno. Es uno mismo quien debe realizar el gasto de energía. Pero al mismo tiempo es social, porque nadie puede trabajar si antes otros no trabajaron para que uno pudiera trabajar. Es obvio que uno trabaja en determinadas condiciones históricas que son el producto del trabajo de otros.

Lo mismo ocurre con el consumo. La apropiación del medio es una acción individual, porque nadie puede reponer las propias energías por uno, ni puede consumir si antes otros no consumieron. En fin, tanto el trabajo como el consumo tienen una doble forma de individual y social.

Lo que ahora corresponde dilucidar es la unidad de ese proceso de trabajo y consumo que constituye el metabolismo del ser humano. Dando un salto, decimos que la unidad de ese proceso en el modo de producción capitalista se realiza en el mercado.

Cuando uno realiza un trabajo (que es un trabajo social, porque está hecho para otros), como está organizado de manera privada e independiente, no sabe si el resultado de ese trabajo va a ser reconocido en el mercado. Es decir, si se va a reconocer en el mercado el carácter social de ese trabajo porque produjo un objeto útil para otros; porque esa unidad que se da en el mercado, se da a través del cambio de mercancías. En el capitalismo, la unidad del proceso de metabolismo

mo social (que en otros modos de producción, incluido el feudal, se da por el imperio de relaciones de dependencia personal) se da en el mercado a través del cambio de mercancías.

Lo que Marx está preguntándose todo el tiempo es: ¿cómo es la conciencia de este sujeto que produce mercancías para poder reproducir su vida? ¿Cómo está determinada la conciencia de ese sujeto?<sup>20</sup>

Tanto en el proceso de producción como en el proceso de circulación de las mercancías, el productor de mercancías, que no está atado a ninguna relación de dependencia personal, está atado al producto de su trabajo y, por tanto, va a tener que poner toda su conciencia y voluntad al servicio de ese producto, porque es éste quien lo relaciona en el mercado.<sup>21</sup> Dicho de otra manera: si no lleva algo en el bolsillo (que debe transformar en dinero), el ser humano no es nada en el mercado.

Nuevamente, cómo se expresa la conciencia del sujeto. En otras sociedades está atado a relaciones de dependencia personal. En esta sociedad no está sujeto a ninguna potestad personal, pero está sujeto a las potencias del producto de su propio trabajo. Eso es lo que Marx llama el *fetichismo de la mercancía*, que transforma al sujeto y a su voluntad (porque todo esto es el producto de la libre voluntad) en dominados por el producto de su propio trabajo.

Esta relación del sujeto con el producto de su trabajo es lo que lo convierte en una *personificación de mercancía*, en un sujeto cuya conciencia está enajenada en su mercancía.<sup>22</sup>

La enajenación de la conciencia en la mercancía es la forma que le corresponde a la conciencia de los sujetos en una sociedad en la que el trabajo se realiza de manera privada e independiente y en la que el proceso de trabajo social no tiene como finalidad la satisfacción de necesidades humanas sino la producción de valor.

20 En *La ideología alemana* todavía M&E naturalizan la conciencia de las personas, expresada en su “interés egoísta”, como brotando abstractamente de su pensamiento.

21 Esto incluso tomando al sujeto como simple productor de mercancías, como titular pleno del proceso productivo individual, sin necesidad de tener que considerar la situación de las clases sociales.

22 “No puede ser de otra manera en un modo de producción en el que el obrero existe para las necesidades de revalorización de los valores existentes en vez de que, por el contrario, la riqueza material exista para las necesidades de desarrollo del obrero. Igual que en la religión el hombre es dominado por el producto de su propia cabeza, en la producción capitalista lo es por el producto de su propia mano”.

La crítica de la economía política arranca descubriendo a la mercancía como la forma más simple de la relación social general en el modo de producción capitalista. Con lo cual, descubre a la conciencia y a la voluntad libres como atributos históricamente específicos de la producción de mercancías, que las engendra como formas concretas necesarias de la conciencia y la voluntad enajenadas en la mercancía. Por lo tanto, descubre a la conciencia y la voluntad libres en que se realiza la conciencia y la voluntad enajenada de los productores de mercancías, como la forma general de la conciencia y la voluntad propias de dicho modo de producción.<sup>23</sup>

No se trata de un problema subjetivo del pensamiento, sino de una relación social objetiva. Que el sujeto tenga que poner en funcionamiento toda su acción y toda su voluntad al servicio de una cosa no es algo subjetivo, sino objetivo. No importa que tome conciencia de su enajenación. La conciencia sobre la enajenación no borra esa enajenación.<sup>24</sup>

Pero los sujetos no personifican las mismas necesidades del capital y, por tanto, su conciencia no tiene las mismas determinaciones. Si, en tanto propietarios de mercancías, los seres humanos son iguales unos a otros, surgen diferencias cualitativas entre ellos en función del tipo de mercancía que poseen: medios de producción o fuerza de trabajo. El origen (y el resultado) del modo de producción capitalista se encuentra en esta distinción, pues no se trata de un proceso de producción de valores de uso, ni de un simple proceso de producción de mercancías, sino de un proceso de valorización: de producción de valor y más valor. El capital, como valor que se valoriza, se convierte en la relación social dominante.

El capital no es una cosa, sino una relación social entre personas mediatisadas por las cosas. Un negro es un negro. Sólo en determinadas condiciones se convierte en esclavo. Una máquina de hilar algodón es una máquina para hilar el algodón. Sólo en determinadas condiciones se convierte en

---

23 Juan Íñigo Carrea. *Conocer el capital...*, op. cit. p. 189.

24 Por eso el conocimiento científico, que es un momento histórico de la conciencia —resultado del desarrollo de las fuerzas productivas del trabajo social—, es un conocimiento consciente de que está conociendo. La conciencia objetiva es avanzar sobre la enajenación de la conciencia, porque no se trata de que con la conciencia desapareció la enajenación, sino de la posibilidad de avanzar sobre la enajenación porque se es consciente de ella.

capital. Sustraída a estas condiciones, no tiene nada de capital, como tampoco el oro es en y de por sí dinero, ni el azúcar es el precio del azúcar... El capital es una relación social de producción. Es una relación histórica de producción.<sup>25</sup>

## 5. El derecho y la ideología

El proceso de trabajo se convierte en el proceso por el cual el capitalista, en tanto propietario de los medios de producción, consume la mercancía fuerza de trabajo, pues en ella reside la capacidad de crear valor. La particularidad de la mercancía fuerza de trabajo es, precisamente, que su valor de uso es su capacidad de producir valor y más valor. La venta de la fuerza de trabajo implica, por una parte, que el trabajador desarrolla su actividad laboral bajo el control del capitalista a quien pertenece su trabajo en tanto mercancía que ha comprado y, por el otro, que el producto del trabajo pasa a ser propiedad de este último.

El tiempo de la jornada de trabajo, que el obrero trabaja para reproducir el valor de su fuerza de trabajo, es el tiempo de trabajo necesario. Todo lo que trabaja por encima de esta necesidad, es el tiempo de trabajo excedente, tiempo que trabaja gratis para el capitalista y que éste tiene la potestad de apropiarse en virtud de ser el dueño de los medios de producción. Este trabajo excedente se expresa en producto excedente y en creación de nuevo valor, de plusvalor. La relación laboral entre capitalista y obrero tiene por contenido el ser una relación de explotación, una relación de apropiación gratuita del producto del trabajo ajeno.

Pero el derecho cumple una función muy particular en este proceso. Como formas jurídicas que toma la relación social capitalista en tanto contenido, puede dotar de clarificación el avanzar sobre la ideología. Su papel es muy importante para denotar el contraste entre apariencia y esencia. Los principios que gobiernan el ordenamiento jurídico en el sistema social capitalista tienen por finalidad, principal y última, el establecimiento de formas para regular las relaciones sociales, a partir de la negación de su contenido.

---

<sup>25</sup> Karl Marx. *El Capital...*, op. cit., L.I, T.III. p. 263.

Para verificar esta cuestión, basta con proceder en términos coloquiales. ¿Qué es la “autonomía de la voluntad”? La negación del capital como relación social. Como ilusión, supone que todos los individuos son libres y, por tanto, responsables de sus propias acciones. Los capitalistas y los obreros son para el derecho, entonces, hombres libres. El capitalista puede elegir entre explotar a los obreros o no. Pero, el capitalista ¿puede elegir entre explotar a los obreros o no explotarlos? Si no los explota: ¿de dónde sale su ganancia, es decir, la extracción de plusvalía? Si el capitalista no compite con otros capitalistas y no produce ganancias, está muerto. Si no explota obreros está muerto. Por eso, la libertad del capitalista (su autonomía de voluntad) consiste en elegir entre dos opciones: o explota obreros para seguir siendo capitalista, o renuncia de hecho como tal, pereciendo en la competencia. Para el obrero, en cambio, su libertad se debate entre dos alternativas: o dejarse explotar por un capitalista u oponerse a ello. Pero, otra vez, el obrero ¿puede elegir entre dejarse explotar por un capitalista o no dejarse? Si no se deja explotar: ¿de dónde saca los medios para reproducir su vida? Si el obrero no compite con otros obreros y no se deja extraer plusvalía, está muerto. Si no se deja explotar, no puede reproducir su vida. Por eso Marx plantea que en realidad “todo esclavo debe seguir a su amo”.<sup>26</sup> La libertad del obrero (su autonomía de voluntad) consiste, en definitiva, en elegir entre dos opciones: o se deja explotar por capitalistas para seguir viviendo, o se muere de hambre.

¿Qué es, en realidad, la “libertad contractual”? La negación de la dictadura de la necesidad. Como ilusión, supone que cuando dos sujetos celebran un contrato están expresando su más absoluta libertad (su libertad contractual). Entonces, para el derecho, cuando a un sujeto no le queda otra que pagar un alquiler elevadísimo por una vivienda que se parece más a una cárcel, es feliz, porque es libre, y porque se salva de dormir en la calle. Para el derecho, cuando un sujeto va al (super)mercado y paga cualquier barbaridad por una caja de leche o un bolsón de pañales, es feliz, porque es libre, y porque se salva de que

---

26 “La reproducción de la fuerza de trabajo (...) tiene que incorporarse incesantemente al capital como medio de valorización, no puede separarse de él, y (su) servidumbre al capital no hace sino ocultar el cambio de los capitalistas individuales a los que se vende”. Karl Marx. *El Capital, op. cit.*, Libro I, Tomo III. p. 71.

su hijo no se muera de hambre o de aguantarse olores desagradables. Y ya se sabe que, para el derecho, cuando un sujeto va a pedir trabajo (a rogar para que lo exploten), es feliz, porque es libre, y se salva de morirse de hambre.

¿Qué es, en realidad, la “igualdad ante la ley”? La negación de las contradicciones intrínsecas al modo de producción capitalista. Como ilusión, supone que, como todo el mundo es libre, y como la ley es igual para todos, todo el mundo debe respetarla. En el caso de los obreros, respetar la ley es todo un desafío, porque vivir es caro. Y el mercado, que es muy democrático, invita a todos a su fiestita, pero el que no tiene para la entrada, se queda afuera. Por eso, los obreros se debaten cotidianamente entre respetar una ley que no hicieron y que otros violan o, de vez en cuando, colarse a la fiesta por la puerta de atrás, a riesgo de caer en las manos del personal de seguridad. Para los capitalistas, respetar la ley, tampoco es una empresa fácil. Porque el mercado, que es muy democrático, invita a todos a su fiestita, pero el que no tiene para la entrada, se queda afuera. Ya se dijo de dónde saca la plata el capitalista para pagar la entrada; pero el problema es cómo lo hace. El mercado (muy democrático) no es un sujeto al que le simpaticen la “moral”, el “honor”, las “buenas costumbres”, o artíulos por el estilo. Al mercado no le importa quién es bueno y quién es malo; sólo premia a los eficientes. Los eficientes, para el mercado, son aquellos que sobreviven en la competencia capitalista. Para sobrevivir en esa competencia, hay que reducir costos, y para ello, si estorba, hay que hacer la ley a un lado: violar convenios colectivos de trabajo, evadir impuestos, desechar normas antimonopolio o de “lealtad comercial”, reprimir a los trabajadores, desconocer derechos sindicales. Además, violar la ley siempre es más fácil si se es amigo del juez (y de la policía).

Se pretende, en fin, que las relaciones jurídicas son las generadoras de las relaciones materiales: si la Constitución dice que todos son iguales, entonces en la realidad también lo son. Si el Código Civil dice que todos son libres para contratar, entonces todo contrato es justo porque expresa la libertad de quienes lo celebran.

El derecho es un especialista en esconder la basura debajo de la alfombra: a la desigualdad material, opone la igualdad formal: los capitalistas y los sujetos explotados por ellos, son iguales ante la ley, porque son todos “ciudadanos”. A la dictadura de la necesidad, opone la democracia de la libertad: los capitalistas tienen la necesidad de explotar obreros y los obreros de no morirse de hambre, pero ambos son libres en esa relación.

Pero las cosas son bien al revés: las relaciones materiales preceden a las relaciones jurídicas, y las determinan. Esas relaciones materiales determinan que unos explotan y otros son explotados, y el derecho no puede borrar con el codo lo que la realidad escribe con la mano. Sólo puede construir ilusiones.

Visto desde el punto de vista de los “derechos humanos”, lo primero que impera en un contrato de compraventa es la libertad, porque comprador y vendedor son individuos libres. Lo segundo es la igualdad, porque lo que se hace es cambiar equivalentes. En condiciones normales se vende una mercancía por su valor, se recibe una cantidad de dinero equivalente al valor de esa mercancía. En tercer lugar, la propiedad privada, porque cada uno dispone libremente de lo que es suyo, no puede disponer de lo que no es suyo, el capitalista no puede disponer de la fuerza de trabajo del obrero a su antojo, el obrero no puede disponer del dinero del capitalista a su antojo.

Impera también el interés personal. ¿Qué quiere el obrero? ¿Por qué quiere vender su fuerza de trabajo? Porque lo que quiere son valores de uso para sí.

Estas apariencias propias de la circulación de mercancías pueden ser sintetizadas en lo que Marx denominó el “reino de los derechos del hombre”: libertad, igualdad, propiedad privada e interés personal, y que luego va a contrastar explícita o implícitamente.<sup>27</sup>

Frente a este panorama, las construcciones de tipo contractualistas toman el contrato de compraventa y dicen que en la naturaleza de los seres humanos están estas cuatro características: libertad, igualdad, propiedad privada y fraternidad, y por eso la sociedad se organiza así.

---

27 Falta la fraternidad. La relación de solidaridad es la que podría simbolizar la fraternidad, pero aquí no se trata de relaciones personales directas, y la fraternidad viene de un vínculo personal directo. Es una relación que sólo existe como forma de existencia de la competencia, e implica que los obreros entran en una relación directa entre sí de forma consciente y voluntaria vendiendo la fuerza de trabajo en bloque.

Por eso, incluso, es tan predominante la impronta *iustnaturalista* en el ámbito de los derechos humanos, porque se naturalizan “derechos” y formas jurídicas que son el producto del desarrollo histórico.<sup>28</sup>

Luego, en el orden jurídico va a aparecer la necesidad de una relación social en la cual quede borrado el antagonismo de clase, y que aparezca como una relación de solidaridad universal. Se trata de una relación social en la cual, para que quede borrado el antagonismo de clase, tiene que quedar borrado el carácter de personificaciones de mercancías. Tiene que aparecer como una relación entre personas, pese a que sólo puede ser una relación entre personificaciones, porque no hay relaciones directas entre las personas.

Para que la relación social pueda satisfacer esta doble determinación de una relación que parece entre personas, pero que en realidad es entre personificaciones, tiene que tener la misma forma que tiene la relación del cambio de las mercancías, la forma más simple de esta relación. Tiene que aparecer como una relación social que tiene una existencia objetiva exterior a los individuos y a la cual los individuos están subordinados.

¿Qué relación expresa la unidad de este proceso? Una relación directa entre las clases (que no deja de ser la lucha de clases), que ahora toma la forma de una relación que parece de solidaridad entre personas, pero que en realidad es una relación social entre personificaciones. Y esa relación de solidaridad es la relación de ciudadanía.

¿Qué es lo que expresa esa relación de ciudadanía? Expresa la unidad del proceso de metabolismo social, en la que la ciudadanía parece brotar de un atributo natural de las personas —porque se es ciudadano por el suelo o por la sangre—, pero en realidad se entra en la condición de individuo libre. Y se es individuo libre cuando se es personificación de mercancías. Por tanto, sólo se entra en esa relación en la condición de personificación.

Parece ser una relación entre personas, pero en realidad es entre personificaciones, en la cual aparece borrado el antagonismo de clase. O sea, se presenta como una relación de solidaridad en la cual el único antagonismo que cabe es respecto del interés general.

---

28 Y que tienen un carácter indiscutiblemente reaccionario, porque consideran que en sociedades anteriores los hombres no eran “humanos” al adoptar una “filosofía jurídica” absolutamente diferente.

Así, en el mundo de la ideología del capital, la relación antagonista entre las clases aparece suplantada por el interés general, que puede ser perseguido por distintos caminos. No se puede plantear el antagonismo de clase, éste debe estar superado por el movimiento del interés general.

## **6. Conclusiones. ¿Hacia la “falsa conciencia” o hacia la “conciencia de clase”?**

La crítica del modo de producción capitalista nos coloca ante la necesidad de avanzar críticamente sobre la conciencia específica general que le corresponde a tal modo de producción.

Históricamente, por ser el producto del desarrollo de las fuerzas productivas del trabajo social, la conciencia de los seres humanos ha evolucionado crecientemente en su actividad propiamente humana de apropiarse del medio, transformarlo en un medio para sí, para poder reproducirse. La creciente separación del momento del trabajo respecto del momento del consumo ha desarrollado la necesidad de que, para poder regir la acción productiva, el conocimiento individual necesite conocerse a sí mismo como un proceso de conocimiento de la potencialidad de la propia acción transformadora del medio. Así, mediante el desarrollo de sus potencias productivas, el ser humano se ha ido determinando a sí mismo como un sujeto poseedor de conciencia, como un sujeto consciente. Este impresionante desarrollo de las fuerzas productivas del trabajo social como atributo portado directamente en la persona del trabajador individual es el resultado de un lento proceso de transformación de la vida animal en vida humana.

En cuanto al modo capitalista de producción, de ser una conciencia regida por la religión, la conciencia de los productores de mercancías se ha transformado con carácter general en una conciencia científica que opera sobre el medio con una habilidad creciente. Estas potencias que va desarrollando la conciencia de los sujetos se expresan en todas las manifestaciones de las potencias del capitalismo para revolucionar las fuerzas productivas y para intensificar el dominio sobre la naturaleza. La potencia que han adquirido los estados nacionales como

expresión de la concentración de capital, es decir, como potencia para desarrollar la capacidad para poner en marcha el trabajo social, es quizá una de las pruebas más fieles de este proceso. Luego, es la clase obrera la que va tomando un lugar cada vez más preponderante en ese proceso, en tanto portadora de esas potencias para organizar el trabajo social, sobre una base científica y colectiva.

Llegados a este punto, el desarrollo hacia delante de la conciencia científica de la clase obrera, de su conciencia de sí misma en tanto clase social portadora de la necesidad de la superación revolucionaria del modo de producción capitalista, no es el desarrollo de una ideología propia. Eso es precisamente lo contrario, el retroceso de una conciencia científica para operar cada vez con más capacidad sobre el medio a una conciencia política ideológica, presa del fetichismo de la mercancía y, por tanto, impotente para encarnar esa necesidad.

En cuanto al derecho, en tanto expresión del fetichismo de la mercancía, por lo mismo no hay que abonar a construirle una teoría crítica, sino hacerle una crítica radical.

*El Capital* de Marx es precisamente la conciencia que por primera vez en la historia avanza conscientemente sobre su enajenación. No cabe entonces retroceder a la “falsa” conciencia propia de los individuos libres, o sea, la conciencia que se detiene en las apariencias de la relación social capitalista, sino el desarrollar el conocimiento de las determinaciones propias de la clase obrera, para abonar a su realización bajo el dominio de la propia voluntad. El desarrollo de la libertad no es el desarrollo de una conciencia simplemente libre, sino de una conciencia que se conoce en su enajenación para avanzar conscientemente sobre ella.

## **Contribuição à crítica da ideologia do direito: Os direitos fundamentais em debate. (A Contribuition to a Critique of the Ideology of Law: A Debate on Fundamental rights)**

**Éder Ferreira<sup>1</sup>**

**Resumen:** El presente artículo constituye un trabajo de teoría sociológica del derecho del trabajo y de sociología jurídica de los derechos fundamentales del trabajador, partiendo de la metodología jurídica crítica de Oscar Correas. La tarea de la sociología del derecho del trabajo consiste en la descripción y la modalización deontica de las conductas necesarias para la compra-venta y el uso de la fuerza de trabajo y los modalizadores deonticos del derecho constitucional brasileño del trabajo (derechos fundamentales del trabajador en la CRFB/1988).

**Palabras clave:** Ideología del derecho, Constitución brasileña de 1988, Marxismo, Crítica Jurídica, Sociología del derecho del trabajo.

**Resumo:** Neste artigo procedeu-se ao trabalho da teoria sociológica do direito do trabalho e da sociologia jurídica dos direitos fundamentais do trabalhador, conforme metodologia da crítica jurídica de Oscar Correas. A tarefa da teoria sociológica do direito do trabalho consiste na descrição e modalização deontica das condutas necessárias ao intercâmbio e uso da mercadoria força de trabalho. E a tarefa da sociologia jurídica do direito do trabalho consistiu na verificação da compatibilidade entre os modais deonticos das condutas necessárias à compra-e-venda e uso da força de trabalho e os modais deonticos do direito constitucional brasileiro do trabalho (direitos fundamentais do trabalhador na CRFB/1988).

**Palavras-chave:** Ideologia do direito. Constituição brasileira de 1988. Marxismo. Crítica jurídica. Sociologia do direito do trabalho.

**Abstract:** This paper is centered in the sociological theory of labor law and legal sociology of workers' fundamental rights, according to the methodology of critical legal theory of Oscar Correas. The task of sociological theory of labor law is a description of deontic modalities and the behaviors needed for commercial exchange and the use of the labor force. On the other hand, the task of legal sociology of labor law is to verify the compatibility between the deontic modalizers of behavior necessary for the purchase and sale and the use of labor force and constitutional law deontic modalizers in the Brazilian constitutional labor rights (the basic rights of workers in CRFB/1988).

**Key-words:** Ideology of law. Brazilian Constitution of 1988. Marxism. Legal Critique, Sociology of Labor Law.

### **1. Introdução: as condutas necessárias ao intercâmbio e uso da mercadoria força de trabalho 103**

*[...] a existência da forma jurídica depende do surgimento de uma esfera de circulação que só o modo de produção capitalista pode constituir. Se a mercadoria é um produto típico da sociedade burguesa, isto é, das relações de produção específicas dessa sociedade, o direito*

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Professor de “Filosofia do Direito” e “Direitos Fundamentais” na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – FACIH/FUCAMP, onde coordena o Núcleo de Pesquisa Jurídica E.B. Pachukanis, o Observatório do TST e a Revista Jurídica DIREITO & REALIDADE. Coordenador do GEJUM/CNPq – Grupo de Estudos Jurídicos Marxistas. Pesquisador do CEBEPEJ, drederferreira@hotmail.com, recibido 14 de abril de 2012, aceptado en 7 de noviembre de 2012.

*também pode ser entendido como o resultado, em última instância, dessas mesmas relações de produção.* Márcio Bilharinho Naves (2008b, p. 77).

Para a realização da mais-valia no processo de circulação mercantil são necessárias algumas condições e/ou condutas humanas, as quais resultam da esfera de produção e, ao mesmo tempo, preservam-na.

Tais condutas podem ser encontradas na explicação das relações jurídicas, uma vez que elas correspondem ao “outro lado” das relações entre produtos do trabalho tornados mercadoria.

Assim, pode-se afirmar que “[...] a esfera da circulação das mercadorias que ‘produz’ as diversas figuras do direito, como uma decorrência necessária de seu próprio movimento” (NAVES, 2008b, p. 54).

Disso decorre que primeiro vem a troca e, depois, surge o direito correspondente. (Cf. PACHUKANIS, 1989; NAVES, 2008b; MASCARO, 2003; KASHIURA JÚNIOR, 2009; 2011).

[...] no comércio de trocas desenvolvido, os indivíduos que trocam se reconhecem tacitamente como pessoas e proprietários iguais dos respectivos bens que eles possuem para trocar; isso ocorre já no momento em que eles oferecem seus bens uns para os outros e se põem de acordo para negociar. É essa relação de fato que surge primeiro, como resultado da troca como tal, recebendo depois uma forma jurídica no contrato, etc.; porém, esta forma não produz nem o seu conteúdo, a troca, nem a recíproca relação entre as pessoas nela compreendida, mas vice-versa. (MARX; ENGELS, 1962, p. 377 apud NAVES, 2008b, p. 55).

Assim, a circulação mercantil exige que comprador e vendedor sejam unidades distintas, portadoras da propriedade de mercadorias das quais haja uma necessidade recíproca. Tais unidades —indivíduos— devem reconhecer uma na outra a liberdade de dispor cada uma de sua mercadoria e devem apresentar-se como equivalentes, pois a troca pressupõe igualdade de valor entre as mercadorias e entre seus guardiões.<sup>2</sup>

2 “É preciso ver para além do lugar-comum segundo o qual todo homem é, por ‘natureza’, um sujeito de direito: é apenas no capitalismo que a universalização desta categoria se torna essencial. Tanto no escravismo quanto no feudalismo, a desigualdade entre os indivíduos era da essência das relações sociais dominantes. Em ambos, a diferença de *status* entre dominantes e dominados operava papel primário na organização do processo produtivo, ao contrário do que virá a ocorrer no capitalismo, no qual a igualdade formal universal dos indivíduos se torna condição de toda a produção”. (KASHIURA JÚNIOR, 2009, pp. 52-53).

As mercadorias não podem por si mesmas ir ao mercado e se trocar. Devemos, portanto, voltar a vista para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. As mercadorias são coisas e, consequentemente, não opõem resistência ao homem. Se elas não se submetem a ele de boa vontade, ele pode usar de violência, em outras palavras, tomá-las. Para que essas coisas se refiram umas às outras como mercadorias, é necessário que os seus guardiões se relacionem entre si como pessoas, cuja vontade reside nessas coisas, de tal modo que um, somente de acordo com a vontade do outro, portando cada um apenas mediante um ato de vontade comum a ambos, se aproprie da mercadoria alheia enquanto aliena a própria. Eles devem, portanto, reconhecer-se reciprocamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, desenvolvida legalmente ou não, é uma relação de vontade, em que se reflete a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou de vontade é dada por meio da relação econômica mesma. As pessoas aqui só existem, reciprocamente, como representantes de mercadorias e, por isso, como possuidores de mercadorias. (MARX, 1983, pp. 79-80).

De início, constata-se que as relações econômicas numa sociedade mercantil se expressam em relações jurídicas que, se não criam tais relações econômicas, ao menos as garante e preserva. É nesse sentido que Pachukanis aborda a questão da cobrança judicial de dívidas:

Não se pode afirmar, com efeito, que a relação entre o credor e o devedor é criada pelo sistema coativo de cobrança de dívidas que existe no Estado em tela. Esta ordem objetivamente existente, certamente, garante a relação, preserva-a, mas não a cria de forma alguma. (PACHUKANIS, 1989, p. 59).

Assim, dada a precedência da relação sobre a norma, o estudo do direito ou do modelo normativo do modo de produção capitalista deve partir das relações jurídicas, ou seja, de relações sociais<sup>3</sup> que aparecem como “[...] o avesso da relação entre os produtos do trabalho tornados mercadoria”, pois assim “[...] como a riqueza da sociedade capitalista tem a forma de uma enorme acumulação de mercadorias, a sociedade, em seu conjunto, apresenta-se como uma cadeia ininterrupta de relações jurídicas”. (PACHUKANIS, 1989, p. 55).

3 “O estudo científico, vale dizer, teórico, só pode levar em consideração realidades de fato. Se certas relações constituíram-se em concreto, isto significa que um direito correspondente nasceu; mas se uma lei ou decreto foram editados sem que nenhuma relação correspondente tenha aparecido, na prática, isto significa que foi feito um ensaio, mas sem nenhum sucesso”. Do mesmo modo, “[...] afirmamos que o projeto de edificar um prédio e a própria planta deste prédio não representam o verdadeiro prédio, isto não quer dizer que a sua construção não precisa de projeto e de planta. Mas, se a decisão não ultrapassou o plano, não podemos dizer que o prédio tenha sido construído”. (PACHUKANIS, 1989, p. 58).

Nesse sentido, como a mercadoria é a célula econômica da sociedade, a “relação jurídica é a célula central do tecido jurídico e é somente nela que o direito realiza seu movimento real”. (PACHUKANIS, 1989, p. 55). Por isso:

[...] Pachukanis procura identificar a relação social específica que se exprime na forma jurídica [...] [a qual] deve ser encontrada na esfera da circulação mercantil, ali onde os sujeitos-proprietários estabelecem relações mútuas de troca de equivalentes. A relação social da qual a forma jurídica é o ‘reflexo’ é, assim, a relação dos proprietários de mercadorias entre si. (NAVES, 2008b, pp. 56-57).

Ou seja, a esfera da circulação possui uma relação direta de determinação sobre o direito. Mas, como a esfera da circulação é determinada pela esfera da produção, pode-se afirmar que a relação entre a esfera da produção e o direito são de “sobredeterminação” ou de “determinação em última instância”.<sup>4</sup> E é justamente por isso, que a sobredeterminação ou determinação em ultima instância das relações de produção sobre o direito são mediadas pelas figuras da circulação mercantil. (NAVES, 2008b, p. 74).

A exploração capitalista, portanto, é intrínseca ao processo de trabalho. Sendo assim, a reprodução das relações de produção capitalistas é garantida, no fundamental, por um movimento estritamente econômico. No fundamental, porque também interferem nesse processo tanto o direito e a ideologia jurídica, que jogam um papel importante ao possibilitar, através da constituição das categorias do contrato e do sujeito de direito, a compra e venda da força de trabalho, como o Estado, por meio do seu aparato repressivo (como as forças armadas) e ideológico (como a escola). (NAVES, 2008a).

A determinação das relações de produção sobre o direito, desse modo, permite Pachukanis “[...] vincular o direito à específica forma de relação entre o trabalhador direto e os meios de produção, isto é, às relações de produção: o capitalismo”. (NAVES, 2008b, p. 74).

<sup>4</sup> Nesse sentido, Correas (2002, p.152, grifo do autor) critica a posição economicista assumida por Stucka, destacando que: “O principal problema consiste em que a concepção da relação jurídica como ‘expressão’ —no sentido de ‘cópia’—, não consegue salvar outro ponto básico da concepção marxista —ao menos expressa por Engels—; que aquele que sustenta que a superestrutura jurídica tem ‘independência’ relativa em relação com a base econômica, a qual somente *em última instância* determina as formas jurídico-políticas e ideológicas.”

A forma jurídica nasce somente em uma sociedade na qual impõe o princípio da divisão do trabalho, ou seja, em uma sociedade na qual os trabalhos privados só se tornam trabalho social mediante a intervenção de um equivalente geral. Em tal sociedade mercantil, o circuito das trocas exige a mediação jurídica, pois o valor de troca das mercadorias só se realiza se uma operação jurídica –acordo de vontades equivalentes— for introduzida. (NAVES, 2008b, p. 57).

[...]

Marx mostra ao mesmo tempo a condição fundamental, enraizada na própria economia, de existência da forma jurídica, qual seja, a igualdade dos dispêndios de trabalho segundo o princípio da troca de equivalentes, isto é, ele descobre o profundo vínculo interno que existe entre a forma jurídica e a forma da mercadoria. (PACHUKANIS apud NAVES, 2008b, p. 58).

[...]

A forma jurídica, portanto, só se constitui quando o princípio da equivalência se torna dominante, tornando possível distinguir o elemento jurídico do elemento biológico, ritual e religioso. (NAVES, 2008b, pp. 59-60).

Em verdade, as relações econômicas de troca se expressam em relações jurídicas, sob uma forma jurídica, em razão de algumas condições/decorrências mercantis.

[...] o direito como forma do processo de troca mercantil só desenvolve todas as suas determinações na sociedade em que predomina o processo do valor de troca, particularmente porque o direito [...] opera a mediação entre uma troca decisiva para a constituição e reprodução das relações sociais de produção capitalistas: a troca de força de trabalho por salário. (NAVES, 2008b, pp. 62-63).

Desse modo, assim como a mercantilização da força de trabalho implica a universalização da forma mercadoria, também importa a generalização da forma jurídica, uma vez que esta opera a mediação daquela.

A relação de troca mercantil pressupõe sujeitos proprietários de mercadorias livres e iguais, isto é, indivíduos que sejam proprietários de mercadorias e que desejem trocar entre si suas mercadorias na medida em que a mercadoria de um satisfaz uma necessidade do outro.

Se o direito pode aparecer para Pachukanis como uma relação entre sujeitos, isso implica uma posição teórica antinormativista que recusa a prevalência da norma sobre a relação, isto é, que recusa a premissa de que é a norma que gera a relação jurídica. A relação jurídica permite a conexão dos sujeitos privados por meio do contrato, revelando-se, assim como “o outro lado da relação entre os produtos de trabalho transformados em mercadorias”. Ao contrário, **o direito entendido apenas como um**

**conjunto normativo só adquire ‘significação real’ se a ele corresponde determinada relação.** (NAVES, 2008b, p. 64, grifou-se).

Pachukanis, no entanto, ao adotar uma perspectiva antinormativista do direito não recusa a importância do estudo e compreensão das normas jurídicas. Em realidade, o antinormativismo pachukaniano consiste na recusa da precedência da norma sobre a relação jurídica, o que não significa uma recusa ao estudo do conteúdo das normas.

O direito como fenômeno social objetivo não pode esgotar-se na norma, seja ela escrita ou não. A norma, como tal, isto é, o seu conteúdo lógico, ou é deduzida diretamente de relações preexistentes, ou, então, representa, quando promulgada como lei estatal, um sintoma que nos permite prever, com uma certa verossimilhança, o futuro nascimento de relações correspondentes. Para afirmar a existência objetiva do direito não é suficiente conhecer o seu conteúdo normativo, mas é necessário saber se este conteúdo normativo é realizado na vida pelas pessoas. (PACHUKANIS, 1989, p. 57).

Nessa perspectiva, Pachukanis situa a importância do estudo do conteúdo das normas jurídicas em sua relação com a vida das pessoas, isto é, na estrita correspondência entre as condutas humanas e as normas jurídicas que delas decorrem. Por isso, o estudo do direito não pode esgotar-se na norma, já que ela é determinada em última instância pelas relações sociais de produção capitalista, constituindo senão o reflexo imediato das relações de troca mercantil.

Daí, que o centro de análise de uma teoria do direito, em Pachukanis, seja a relação jurídica e por essa consistir numa relação entre sujeitos, eis a categoria de análise mais simples, por onde se deve começar.<sup>5</sup>

## **2. O sujeito de direito na compreensão das relações sociais capitalistas**

“Toda relação jurídica é uma relação entre sujeitos. O sujeito é o átomo da teoria jurídica, seu elemento mais simples, indecomponível. Por isso começaremos nossa análise pelo sujeito.” (PACHUKANIS, 1989, p. 81).

5 Nesse sentido, Naves (2008b, p. 65) afirma que a tarefa inicial de Pachukanis “[...] trata-se de identificar o elemento que concentra em si a especificidade de relações sociais determinadas, e cuja forma permite revelar tal especificidade”. Também Kashiura Júnior (2009, p. 48) assevera que “[...] a análise dialética deve encontrar a sua própria categoria fundamental, aquela que permite lançar luz sobre todas as demais categorias jurídicas”.

Desse modo, a relação jurídica —como expressão de relações econômicas reais— pressupõe uma outra categoria mais simples, o sujeito de direito, uma vez que a relação jurídica é senão a relação entre sujeitos de direito —representação dos indivíduos reais proprietários de mercadorias.

[...] só no modo de produção capitalista é que os indivíduos adquirem o estatuto universal de sujeitos. A forma-sujeito de que se reveste o homem surge como a condição de existência da liberdade e da igualdade que se faz necessária para que se constitua uma esfera geral de trocas mercantis e, consequentemente, para que se constitua a figura do proprietário privado desses bens, objetos da circulação. É na esfera da circulação das mercadorias, como um elemento dela derivado que opera para tornar possível a troca mercantil, que nasce a forma jurídica do sujeito: ‘[...] a realização do valor no processo de troca pressupõe um ato voluntário consciente da parte do possuidor de mercadorias [...]’ . (NAVES, 2008b, p. 65).

Ou seja, a figura do sujeito de direito torna-se essencial na medida em que a troca se fundamenta nas vontades recíprocas dos possuidores de mercadorias, daí porque tal relação carece dos elementos de liberdade de disposição e de igualdade entre os sujeitos.<sup>6</sup>

Esse elemento de ‘equivalência subjetiva’ corresponde ao elemento de equivalência material, isto é, à troca das mercadorias na base da lei do valor [...] [e] sem a presença dessa condição de subjetividade jurídica que permite a circulação de vontades livres e iguais, não se daria a troca de mercadorias. (NAVES, 2008b, p. 67).

Na relação de sujeitos de direito, que se realiza na circulação mercantil, é pressuposta a vontade consciente do indivíduo e é necessário o reconhecimento da propriedade, da liberdade e da igualdade, como condição/decorrência da forma mercadoria.

A liberdade e a igualdade, essenciais para o mercado, o são ainda para a lógica de reprodução econômica, mas ao seu lado o fundamento da apreensão privada dos meios de produção ganha relevo. A propriedade privada como fundamento do direito ganha espaço e passa a constituir, ao lado da igualdade formal e da liberdade negocial, o corpo do direito privado. (MASCARO, 2003, p. 32).

6 “A análise da forma sujeito de direito em Pachukanis permite ver a dependência das formas jurídicas em relação às formas mercantis”, visto que “[...] as formas jurídicas surgem como elementos necessários para a realização dessa esfera da circulação”. (NAVES, 2008b, p. 69).

O sujeito de direito é sempre, pois, um proprietário de mercadoria que pretende trocá-la no mercado, isto é, a propriedade privada é uma premissa das relações sociais na circulação mercantil. Mas também o são a liberdade e a igualdade.<sup>7</sup>

A construção artificial que os coloca [os indivíduos] nessa condição [dotados de vontade e em pé de igualdade e em plena liberdade] é a construção jurídica do sujeito de direito. A mercadoria é uma coisa e, como tal, não possui vontade, mas necessita ser ‘habitada’ por uma vontade para que possa realizar seu valor. A origem dessa vontade não é o homem concreto, que mantém com a coisa uma ligação de utilidade, que nela reconhece o produto de seu trabalho, mas um homem abstrato, juridicamente qualificado como portador universal de direitos. (KASHIURA JÚNIOR, 2009, p. 58).

A troca mercantil pressupõe a liberdade de disposição da mercadoria, ou seja, que o indivíduo comprador/vendedor seja proprietário da mercadoria e como tal possa aliená-la livremente.

Ora, se a liberdade, esse atributo da personalidade, existe por e para a troca, isto é, para que se constitua um circuito de transações mercantis, então o homem só é livre uma vez inserido na esfera da circulação. Se, portanto, é a troca que constitui a liberdade do homem, podemos dizer que quanto mais se alarga a sua esfera de comercialização, mais livre então pode ele ser, de tal modo que a expressão a mais ‘acabada’, a mais completa, a mais absoluta de sua liberdade, é a liberdade de disposição de si mesmo como mercadoria. (NAVES, 2008b, p. 67).

Ou seja, a liberdade, atributo da personalidade, característica ínsita ao sujeito de direito, nada mais é que seu livre consentimento, expressão de sua vontade consciente. Nesse sentido, o alcance máximo da liberdade, para o indivíduo sob o modo do de produção capitalista, é a liberdade de dispor de si mesmo como mercadoria, de vender-se por livre consentimento.

[...] no ato de troca de si mesmo o homem realiza a sua liberdade, portanto, a liberdade do homem aparece no ato de disposição de si como mercadoria, no qual o homem se torna um proprietário que carrega em si, em sua ‘alma’, o objeto de seu comércio, um proprietário que realiza em si mesmo a qualidade de sujeito e de objeto de direito. (NAVES, 2008b, p. 67).

<sup>7</sup> “Para Marx, é a troca que põe a igualdade, ao passo que aquilo que leva à troca põe a liberdade, podendo então concluir que a igualdade e a liberdade ‘não são apenas respeitadas na troca que se baseia em valores de troca, mas a troca de valores de troca é a base real, produtiva, de toda igualdade e liberdade’.” (NAVES, 2008b, p. 71).

Esse é o modo pelo qual a venda da força de trabalho se expressa em sua forma jurídica, como livre disposição de si, como livre consentimento da venda de sua força de trabalho.<sup>8</sup> Assim, o direito “[...] deve pôr a pessoa em termos de propriedade. A estrutura mesma do sujeito de direito [é...] a expressão jurídica da comercialização do homem”. (NAVES, 2008b, pp. 67-68).

Nesse sentido, o nascimento da forma sujeito de direito decorre do aparecimento de certas relações sociais de produção, nas quais a troca mercantil generaliza-se de tal sorte que a própria força de trabalho humana se torna seu objeto.

Então a forma sujeito de direito se realiza quando a força de trabalho pode ser oferecida no mercado, ou seja, quando a força de trabalho se converte em mercadoria, penetra na esfera da circulação, agora sob a expressão jurídica, por meio de categorias como sujeito de direito e contrato, isto é, na forma de uma subjetividade jurídica (Cf. NAVES, 2008b, pp. 68-69; KASHIURA JÚNIOR, 2009, pp. 58-59).

Além disso, deve haver uma equivalência entre as mercadorias trocadas (entre os valores de troca; a quantidade de trabalho socialmente necessário para sua produção) e entre os sujeitos da troca, pois no mercado os indivíduos apresentam-se como portadores de vontades e mercadorias equivalentes, isto é, como sujeitos equivalentes.

[...] tão logo a mercadoria ou o trabalho são determinados como valores de troca e a relação por meio da qual as diferentes mercadorias se referem mutuamente como troca desses valores de troca uns com os outros, sua igualação são os indivíduos, os sujeitos entre os quais este processo ocorre, simplesmente determinados como sujeitos que trocam. (MARX, 1978, p. 3 apud NAVES, 2008b, p. 70).

Assim, a igualdade entre as mercadorias que são trocadas por seus guardiões, seus possuidores, implica a igualdade entre os sujeitos da relação, que se reconhecem como portadores equivalentes de vontades livres, como portadores equivalentes de direitos, enfim, como sujeitos-equivalentes. Desse modo, entre os sujeitos que trocam sua relação deve ser de igualdade.

8 O indivíduo “é livre —pois não é constrangido a vender-se (isto é, vender a mercadoria que ele possui, a sua força de trabalho); ao contrário, a decisão de se vender é fruto de um ato de sua inteira vontade—, ele se vende em condição de plena igualdade ante o comprador —ambos se relacionam na condição de proprietários que trocam equivalentes: a força de trabalho por um salário; e, finalmente, ele aparece no mercado como um proprietário que dispõe do que é seu” (NAVES, 2008b, p. 69).

[...] as condições da circulação dependem da constituição de um processo de produção determinado. [...] A esfera da circulação, que determina diretamente as formas do direito, é por sua vez determinada pela esfera da produção, no sentido preciso de que só o específico processo de organização capitalista do trabalho permite a produção de mercadorias como tais, isto é, como o resultado de um trabalho que se limita a ser puro dispêndio de energia laborativa indiferenciada. (NAVES, 2008b, p. 72).

Desse modo, a equalização da força de trabalho se realiza na circulação mercantil como meio de estabelecer a equivalência entre as mercadorias que se trocam. Assim, tão logo a força de trabalho se converte em mercadoria, ocorre uma generalização da forma mercadoria, isto é, uma subsunção do valor de troca sobre o valor de uso, com consequente redução do trabalho a sua forma abstrata, ou seja, sem consideração qualitativa alguma, apenas como dispêndio de energia homogênea de homens no processo produtivo. Essa equalização do trabalho, com consequências na mercadoria determinam a sua expressão jurídica que aparece nas categorias jurídicas como o sujeito de direito, indivíduo proprietário livre e igual aos demais no mercado.

Até aqui foram expostas algumas determinações do processo produtivo capitalista —e, consequentemente, da circulação mercantil— no plano do direito, isto é, foram expostas as categorias que, uma vez criadas no capitalismo, convertem-se em pressupostos de sua preservação.

Tais categorias constituem a reprodução teórica das condutas originadas e condicionantes das relações sociais no capitalismo. Assim, estão dadas as características sob as quais se pode reconstruir teoricamente —como concreto pensado— um conjunto de condutas/condições originadas na esfera da produção e necessárias à preservação do circuito contínuo do capital (produção/circulação mercantil capitalista).

Isso porque “[...] tais formas [jurídicas] constituem ilusões análogas à ilusão mercantil; [e] como esta, produzem efeitos reais, necessários à reprodução das relações de produção capitalistas”. (SAES, 1998, p. 34).

Nesse exato sentido, procura-se erigir um modelo normativo corresponde às relações de produção e circulação mercantil a partir da forma jurídica dessas relações no modo de produção capitalista, do qual podemos deduzir os respectivos modais deônticos.

### 3. O modelo normativo correspondente às relações sociais capitalistas

Pois bem, foram encontradas na forma jurídica, a partir das categorias relação jurídica e sujeito de direito, os seguintes conteúdos jurídicos decorrentes da circulação mercantil e, ao mesmo tempo, necessários à sua garantia e preservação (reprodução): reconhecimento do indivíduo como titular de um conjunto de direitos; liberdade; igualdade; propriedade privada.

Esses conteúdos ocultam a exploração da força de trabalho na esfera da produção, a mais-valia, que se realiza na esfera da circulação. Tais conteúdos aparecem sob a forma de normas jurídicas positivadas pelo Estado burguês, no qual são considerados direitos fundamentais do homem e do cidadão. (MARX, 2006, p. 346; MASCARO, 2003, p. 33).

Sua organização em modais deônticos pode ser assim definida: 1) Quanto ao reconhecimento dos indivíduos como portadores de direitos; 2) Quanto à liberdade; 3) Quanto à igualdade; 4) Quanto à propriedade privada.

1) Quanto ao reconhecimento dos indivíduos como portadores de direitos, no sentido de ser **obrigatório** o reconhecimento de todo indivíduo como pessoa, isto é, como sujeito titular de direitos abstratos, do que decorre que o indivíduo, enquanto pessoa deva ser protegido.

Assim, da noção de sujeito de direito derivam os comandos **proibitivos** de violação da vida e da integridade física e moral dos indivíduos. Isto porque para que haja relação jurídica, relação entre sujeitos, é preciso que existam os sujeitos e que sejam portadores de uma vontade. Assim, a vida e a integridade física e moral devem ser protegidas, sendo **proibidas** as condutas que as viole.

2) Quanto à liberdade, uma vez que a circulação mercantil pressupõe o livre consentimento em dispor de uma mercadoria em troca de outra equivalente. Desse modo, para que haja relação jurídica entre sujeitos de direito, deve ser **proibida** a intervenção na liberdade individual dos sujeitos, que a expressam por meio da vontade. É, assim, **obrigatório** o reconhecimento da liberdade individual dos sujeitos, que podem dispor de tudo o que lhes pertencer.

3) Quanto à igualdade, as trocas mercantis por envolver objetos equivalentes, pressupõem vontades equivalentes e, portanto,

sujeitos-equivalentes. Nesse sentido, devem ser **proibidas** condutas que violem a igualdade entre os sujeitos, pois a igualdade é uma premissa para a realização da esfera da circulação. Sendo **obrigatório**, pois, o reconhecimento de que todos são iguais perante a lei, isto é, abstratamente todos são portadores de direitos e de vontade.

4) Quanto à propriedade privada, núcleo fundamental do modo de produção capitalista, a troca mercantil capitalista depende de que os meios de produção não sejam propriedade dos produtores direitos, os quais só possuem seu próprio corpo (força de trabalho), única mercadoria de que podem se dispor. Dessa maneira, devem ser **proibidas** as violações à propriedade privada, para que se garanta a expropriação privada da produção coletiva, isto é, para que se mantenha a possibilidade de extração de mais-valia no processo produtivo. Sendo, pois, **permitida** a apropriação privada das coisas, inclusive da força de trabalho alheia e dos meios de produção.

Se esses conteúdos normativos derivam diretamente da esfera da circulação, possuem uma determinação em ultima instância (sobreeterminação) das relações de produção e sobre elas se manifestam no sentido de auxiliar na sua reprodução.

Isso porque:

Pachukanis, na verdade, elabora e põe no centro de toda a sua análise do direito, como vimos, o conceito de forma sujeito, que vai lhe permitir demonstrar a objetividade do fenômeno jurídico: as trocas mercantis, mas, particularmente, e especialmente, a troca da força de trabalho por salário, exigem, como uma condição necessária, inescapável, a emergência da subjetividade jurídica, que opera por meio de um conjunto de representações imaginárias que transformam uma operação do capital no momento da realização dos direitos do homem —a liberdade, a igualdade, a propriedade. A **ideologia jurídica**, assim, para Pachukanis, tem uma existência material, ela está inscrita na esfera objetiva da circulação, é um componente essencial do processo do capital e remete, em última instância, ao domínio da valorização do valor, à exploração da força de trabalho. **Não há aqui qualquer concepção da ideologia como mistificação, como engano, ou como uma falsa idéia, mas como distorção necessária das relações de produção capitalistas, que produzem o efeito de alusão/ilusão, reconhecimento/desconhecimento do real.** (NAVES, 2009, pp. 99-100, grifou-se).

Aqui, faz-se referência ao emprego desses conteúdos normativos (liberdade, igualdade e propriedade) na positivação dos direitos que irão referir-se imediatamente às relações de troca mercantil entre

força de trabalho e dinheiro, que se expressam na forma jurídica como relações de trabalho, entre empregadores e empregados (sujeitos de direito proprietários —respectivamente dos meios de produção e da força de trabalho— livres para dispor de suas mercadorias e iguais na titularidade de direitos e de vontade consciente), e se manifesta em um contrato de trabalho. (FERREIRA, 2011).

Nesse sentido, é necessário **proibir** condutas que impeçam a troca dessas mercadorias específicas (força de trabalho e dinheiro), bem como as condutas que impeçam o uso da mercadoria força de trabalho pelo proprietário dos meios de produção (CORREAS, 1995, p. 272). Assim como deve ser **permitida** a disposição da força de trabalho, a qual **obrigatoriamente** deve ser trocada pelo equivalente, no mínimo, ao valor das mercadorias necessárias à produção e reprodução da referida força de trabalho. Essa troca processa-se mediante do adiantamento do trabalho em um dado período, para depois o trabalhador receber seu equivalente. Desse modo, “fixa-se contratualmente o preço da força de trabalho, o qual só se realiza depois como o preço do aluguel de uma casa”. (MARX, 2006, p. 205).

Já que a transformação de dinheiro em capital, ou seja, o processo de circulação mercantil é contínuo, deve ser **obrigatória** também a criação de condições que favoreçam a reprodução da força de trabalho e sua perpetuação.

A soma dos meios de subsistência necessários à produção da força de trabalho inclui também os meios de subsistência dos substitutos dos trabalhadores, os seus filhos, de modo que se perpetue no mercado essa raça peculiar de possuidores de mercadorias. (MARX, 2006, p. 202).

Disso decorrem a proteção do indivíduo no processo de trabalho (vida, integridade física e moral do trabalhador), a proteção à maternidade (condição para perpetuação pela procriação), a garantia dos chamados direitos sociais (condições que permitem a redução do salário, quer pela garantia pública de algumas mercadorias necessárias à subsistência do trabalhador, quer pela redução de custos na qualificação da força de trabalho).

No que tange à educação, dada sua natureza de qualificação da força de trabalho, veja-se sua vinculação com o processo de produção e, por conseguinte com a circulação mercantil capitalista:

A fim de modificar a natureza humana, de modo que alcance habilidade e destreza em determinada espécie de trabalho e se torne força de trabalho desenvolvida e específica, é mister educação ou treino que custa uma soma maior ou menor de valores em mercadorias. Esta soma varia de acordo com o nível de qualificação da força de trabalho. Os custos de aprendizagem, ínfimos para a força de trabalho comum, entram, portanto, no total dos valores despendidos para sua produção. (MARX, 2006, p. 202).

A educação é um exemplo de meio de produção da força de trabalho e, por isso, é uma das condições necessárias para a reprodução das relações sociais capitalistas.

Nesses termos, pode-se dizer que está caracterizado o modelo normativo capitalista, ou seja, estão descritas as condutas necessárias ao intercâmbio e uso da força de trabalho, as quais podem ser organizadas em pressupostos da circulação mercantil (forma jurídica: relação jurídica cujas partes são sujeitos de direito livres, iguais e proprietários); e condições de compra-e-venda e uso da força de trabalho (reprodução da forma jurídica na relação de trabalho e descrição das condições mínimas para reprodução da força de trabalho).

#### **4. A determinação das relações sociais capitalistas sobre o direito positivo brasileiro (CRFB/88): os direitos fundamentais do trabalhador**

*[...] o direito fundamental do capital é a igualdade na exploração da força de trabalho por todos os capitalistas.* Karl Marx (2006, p. 336).

Até aqui, a preocupação centrou-se na explicação de um modelo-sócio econômico —descrição do modo de produção capitalista, no qual a força de trabalho é convertida em mercadoria, e cujo uso privado pelo proprietário dos meios de produção gera valor e mais-valia— e de um modelo normativo consequente —isto é, descrição de um conjunto de condutas de intercâmbio e de uso de mercadorias (em especial, a força de trabalho) modalizadas, as quais, ao mesmo tempo, tanto decorrem do referido modo de produção como o asseguram e garantem.

Quando apresentamos a relação jurídica como relação organizada e bem regulada, identificando assim o direito e a ordem jurídica, esquecemos que, em realidade, a ordem não é mais que uma tendência e o resultado final (ainda imperfeito), mas nunca o ponto de partida e a condição da relação jurídica. (PACHUKANIS, 1989, p. 110).

Assim, estabelecido o vínculo entre relação jurídica e norma, trata-se de perguntar se no direito positivo brasileiro encontra-se previsto o sentido deôntrico das normas descritas no modelo normativo capitalista, ou seja, trata-se de encontrar “normas que são técnicas jurídicas em relação a essas categorias de compra-e-venda e uso da força de trabalho”. (CORREAS, 1995, p. 272).

Para tanto, vale reforçar que a consolidação do Estado burguês, após a Revolução de 1789, exigiu a elaboração de uma Constituição e leis para regulamentar as novas relações sociais e econômicas, que iam substituindo as feudais. Tudo isso era determinado pelo modo de produção capitalista, que, por sua vez, elaborava uma nova formação social e econômica (CAMPOS, 1990, p. 18), razão pela qual se impôs ao Estado moderno a elaboração de uma Constituição, desde então considerada lei de maior expressão no interior dos Estados-nacionais e cujo texto condiciona a validade de todas as demais normas em seu território. Nesse sentido:

O pomposo catálogo dos direitos inalienáveis do homem será, assim, substituído pela modesta Magna Carta que limita legalmente a jornada de trabalho e estabelece claramente, por fim, “quando termina o tempo que o trabalhador vende e quando começa o tempo que lhe pertence”. Que transformação! (MARX, 2006, p. 346).

Esse momento —constitucionalização do Estado— revela a especificidade do fenômeno jurídico moderno —universalização do sujeito de direito— e reforça a tese marxiana de que o modo de produção da vida material condiciona o processo em geral de vida social, político e espiritual, uma vez que tal fenômeno implica resposta a necessidades do novo modo de produção capitalista, qual seja a unificação de territórios nacionais, definidos como limites para realização de contratos sob a proteção do Estado, mediante a garantia da propriedade, da liberdade e da igualdade. (Cf. CAMPOS, 1990; MASCARO, 2003; NAVES, 2008a).

Desse modo, o núcleo normativo central no qual podem ser encontradas normas jurídicas correspondentes ao modelo normativo capitalista é a constituição, na qual os “direitos inalienáveis do homem” são convertidos em direitos e garantias fundamentais.

Assim, a proposta é identificar o sentido deôntico das normas de direito positivo brasileiro coincidente com o modelo normativo moderno (condutas/condições necessárias à reprodução da contradição capital/trabalho) deduzido do modelo socioeconômico (compra/venda da força de trabalho e produção da mais-valia).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), nesse sentido, indica (em seu artigo 1º) como fundamentos do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. (BRASIL, 2005).

A dignidade da pessoa humana refere-se à condição de sujeito de direito, isto é, à compreensão do homem como unidade portadora de direitos abstratos. Assim, o reconhecimento da dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro significa dizer que uma das razões do Estado é a universalidade do sujeito de direito, isto é, que toda pessoa, todo ser humano possui, abstratamente, condições de liberdade e igualdade para dispor de suas mercadorias (propriedades, inclusive a força de trabalho) sob a proteção estatal.

Assim, a dignidade da pessoa humana desdobra-se nas condições necessárias e essenciais à manutenção do indivíduo numa sociedade de modo de produção capitalista, quais sejam os chamados direitos civis fundamentais (a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade privada e a segurança), previstos no artigo 5º da CRFB/88.

Esses conteúdos normativos, sob modal deôntico **proibitivo** de intervenção na sua esfera, constituem de uma vez só a noção de sujeito de direito a partir da qual o homem pode dispor de si mesmo no mercado como ato de manifestação de vontade consciente, livre e igual de alienar a propriedade de seu próprio corpo.

Nessa perspectiva, a dignidade humana implica, de um lado, a **proibição** de prejudicar a vida do sujeito —nela incluídas a integridade física e moral do indivíduo—, sua liberdade negocial, sua igualdade formal, a propriedade privada de si mesmo e a segurança de

suas relações jurídicas; e de outro lado, a **obrigatoriedade** de reconhecimento do outro, nas relações jurídicas, como sujeito livre e igual, portador de direitos abstratos, dentre os quais a capacidade de dispor de suas propriedades.

Outros dois princípios fundamentais do Estado brasileiro são o da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho, nos termos do inciso IV do artigo 1º da CFRB/88. A livre iniciativa ou livre concorrência é um princípio do liberalismo econômico<sup>9</sup> e revela grande importância na análise aqui empreendida uma vez que se refere diretamente à infra-estrutura econômica da sociedade que se constitui como a base real, sobre a qual se erguem todas as superestruturas sociais e jurídicas, como também as diversas formas de consciência social. (MARX; ENGELS, 1998; CAMPOS, 1990; NAVES, 2005).

Desse modo, não surpreende o fato de que a livre iniciativa seja elevada a princípio fundamental da Constituição de 1988, a não ser pelo fato de que muitos países, face à fase imperialista do capitalismo contemporâneo, tenham limitado a incidência desse princípio. No Brasil, conforme menciona Campos (1990, p. 51), o sistema econômico, de saúde e educacional, o regime da propriedade, todos sofrem a influência nefasta da livre iniciativa.

A livre iniciativa, conforme Silva (2001, p. 771), envolve liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato e assegura a todos, consoante o art. 170 da Constituição de 1988, o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei. Nesse sentido, o modal deôntico da livre iniciativa é a **proibição** de condutas que prejudiquem a liberdade econômica, a circulação mercantil, a compra-e-venda expressa sob a forma jurídica dos contratos.

No início, e durante o século passado até a Primeira Grande Guerra (1914-1918), a liberdade de iniciativa econômica significava garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens; garantia, portanto, do caráter absoluto da propriedade; garantia de autonomia jurídica e, por isso, garantia aos sujeitos da possibilidade de regular suas relações do modo que tivessem por mais conveniente; garantia a cada um para desenvolver livremente a atividade escolhida. (SILVA, 2001, pp. 771-772).

<sup>9</sup> É preciso levar em conta que o liberalismo, em seu sentido amplo, é adotado como filosofia de vida e política da burguesia (CAMPOS, 1990, p. 51).

Mas, o capitalismo assumiu, no século XX, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, um caráter monopolista que implicou uma limitação à liberdade de contratar, de um lado e, de outro, um caráter intervencional ao Estado. (BRAZ; PAULO NETTO, 2006). Diante dessas mudanças vividas no desenvolvimento do capitalismo, Campos alertou que:

[...] se o liberalismo econômico deu conta dos problemas do século passado, na época do capitalismo concorrencial, hoje é criticado, inclusive por sociólogos e economistas burgueses. Vivemos a época do capitalismo monopolista de Estado, que é a fase do imperialismo, em que a luta se trava no campo econômico, entre grupos nacionais e estrangeiros. Não existe, assim, lugar para a livre iniciativa. O princípio do liberalismo econômico serve hoje apenas para encobrir as manobras do imperialismo. Adolf Berle Jr., defensor da livre iniciativa, admite que, ‘de um modo geral, o direito americano, quando não a própria economia americana, impedi o monopólio. Mas ambos toleraram e mesmo estimularam um sistema pelo qual, em cada ramo da indústria, se estabelece o domínio de umas poucas grandes empresas. Duas ou três, no máximo cinco grandes empresas são possuidoras da metade do mercado, sendo o restante entregue as menores empresas [...]. Muitas dessas empresas trabalham para as maiores, produzindo peças ou equipamentos, ocorrendo, como diz Adolf Berle Jr., que, em muitas, os proprietários são apenas ‘nominais’. Afirma ainda Adolf Berle Jr. Que existe agravantes de que ‘a faculdade de que dispõe uma grande empresa, quanto a decidir e dirigir operações, transcende às limitações do exercício normal do direito de propriedade’. Realmente, a livre iniciativa inexiste na época do capitalismo monopolista de Estado. (CAMPOS, 1990, pp. 51-52).

Nesse sentido, a introdução da livre iniciativa no rol dos princípios fundamentais da República brasileira indica mais a possibilidade de dominação hegemônica do mercado por um número pequeno de megacorporações nacionais ou internacionais, do que a possibilidade de ingresso em condições equitativas no mercado. É que, em tese, qualquer pessoa, só ou em grupo, é livre para concorrer no mercado, mas somente em tese, abstratamente, uma vez que as condições materiais não lhes permitem fazê-lo. Um exemplo de limitação à livre iniciativa nos tempos de capital monopolista pode ser observado na constatação de Correas no ensaio “El contrato de compraventa de fuerza de trabajo”, do qual se transcreve relevante trecho abaixo:

Todo isso sucede, principalmente, porque as leis trabalhistas, em geral, só podem ser cumpridas pelos grandes capitalistas em detrimento da permanência dos pe-

quenos, os quais, no geral, não estão em condições de enfrentar os desembolsos necessários, ainda mais no que se refere aos encargos trabalhistas. Certamente, a explosão demográfica e o aumento do exército industrial de reserva, permite aos pequenos capitalistas a violação constante da legislação trabalhista. E, por isso, às vezes, a atuação dos sindicatos, atacando e fechando pequenos estabelecimentos, coincide com os interesses de maior inimigo dos trabalhadores, que é o capital monopolista. (CORREAS, 2002, p. 171).

Também o princípio fundamental dos valores sociais do trabalho é reconhecido pela república brasileira. A expressão “valores sociais do trabalho” aparentemente remete o debate ao trabalho ontologicamente considerado ou, nas palavras de Engels (1973, p. 215):

[...] como fonte de toda a riqueza, ao lado da natureza, que lhe fornece a matéria-prima por ele transformada em riqueza. É a condição fundamental de toda a vida humana, e o é num grau tão elevado que, em certo sentido, pode-se dizer: o trabalho, por si mesmo, criou o homem.

Mas a Constituição, de modo diverso, trata do trabalho abstrato, considerado abstratamente como mero dispêndio de força mecânica, isto é, em sentido fisiológico.

Na sociedade capitalista, a ideologia burguesa procura, por todos os modos, esconder a verdadeira natureza do trabalho; fala em trabalho de uma forma abstrata tal como a nossa Constituição, sem verificar a sua base concreta, ao lado do trabalho geral existente na sociedade, ao trabalho concreto que se materializa nas mercadorias ou em qualquer obra dos indivíduos (prédios, máquinas, ruas etc.). É justamente esse trabalho concreto que cria toda a riqueza da sociedade burguesa. Esse trabalho concreto é o produto da força de trabalho, que é o conjunto das energias físicas e mentais existentes no ser humano. Para manter, como para reproduzir a força de trabalho, o indivíduo necessita de alimentos, roupas, educação, moradia etc. No sistema capitalista, os trabalhadores despossuídos dos meios de produção vendem sua força de trabalho para sobreviver; o trabalhador possui uma única liberdade, que é poder procurar quem pague mais pela sua força de trabalho [escravidão assalariada]. (CAMPOS, 1990, pp. 52-53).

O trabalho concreto, que pressupõe os valores sociais, é também um dispêndio de força mecânica, mas de uma determinada forma e com um objetivo definido e é nessa qualidade que produz valores de uso.

Assim, na medida em que o trabalho assume na Constituição um caráter abstrato, a norma constitucional reforça a reificação do trabalho, qualificando-o como mercadoria a ser vendida no mercado por um

preço (salário); a simples análise constitucional exclui a visibilidade da essência do trabalho e reduz seus valores sociais aos econômicos e sua tutela à proteção dentro da ordem burguesa, ou seja, na fixação de normas que garantam a reprodução da força de trabalho (regulamentação de jornada de trabalho, férias, licença gestante etc.).

Além disso, Freitas (2008, p. 197) reforça que “[...] o princípio do valor do trabalho é apresentado pela doutrina predominante como o meio de identificar e exaltar o objeto trabalho subordinado que passou a ser forma predominante”; nesse sentido, o trabalho livre “[...] encarnou-se como sinônimo de preguiça, sendo inclusive em algumas situações juridicamente punível por leis penais”.

Assim, de acordo com Correas (1995, p. 272), a “modalização proibitiva [decorrente dos valores sociais do trabalho] seria, desde logo, a da descrição das condutas que impedissem estas condutas de intercâmbio e uso de mercadorias”, em especial da força de trabalho.

Referidas modalizações, encontradas na CRFB/88, sob o rótulo de direitos fundamentais, podem ser organizadas a partir dos seguintes referenciais: criação de um ambiente de “segurança” para a força de trabalho (artigo 6º da CRFB/88); estabelecimento das condições de intercâmbio e uso da força de trabalho (artigo 7º da CRFB/88); construção do espaço e dos limites de organização, manifestação e luta dentro da ordem capitalista (artigos 8º, 9º, 10 e 11 da CRFB).

A apresentação dos direitos fundamentais como expressão das condições de compra-e-venda e uso da força de trabalho pode ser verificada no quadro 1.

No que se refere à criação de um ambiente de “segurança” para a força de trabalho, a norma contida no artigo 6º da CRFB estabelece como direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

Esses chamados direitos sociais fundamentais são de titularidade universal e podem ser organizados segundo o modal deôntico de **obrigatoriedade** de preservação da força de trabalho e do estado de paz, quer por meio da regulamentação das necessidades mínimas de subsistência (saúde, moradia, lazer), quer por meio da regulamen-

tação da preparação da força de trabalho para o mercado (educação, proteção à maternidade e à infância), quer por meio da regulamentação de amparo nas hipóteses em que a força de trabalho não encontra compradores no mercado (previdência social, assistência ao desamparados, segurança) (quadro 2).

Vale ressaltar, ainda, a existência de comandos normativos constitucionais que estabelecem os pressuposto e as condições de intercâmbio e uso da força de trabalho, são os chamados direitos fundamentais do trabalhador, inscritos no artigo 7º da CRFB/88. Aqui se encontram as normas jurídicas que regulamentam precisamente as condições de compra-e-venda e uso da força de trabalho.

Dentre os direitos fundamentais do trabalhador, isto é, dentre as normas que expressam as condições de compra-e-venda e uso da força de trabalho encontra-se como pressuposto a proteção da relação de emprego. A relação de emprego ou relação de trabalho é uma relação jurídica sob a forma de contrato de trabalho que se apresenta como o outro lado da circulação da mercadoria força de trabalho.

Assim, a proteção da relação de emprego implica a **proibição** de qualquer conduta que interfira na compra-e-venda da força de trabalho. Além disso, implica a **permissão** aos homens, enquanto sujeitos de direito, por um lado de vender sua força de trabalho como mercadoria num ato de disposição “livre” de si mesmo e, de outro lado, comprar a força de trabalho de outrem sendo facultado ao comprador o uso de tal força, do qual resultam mercadorias e mais-valia.

Entre as condições de compra-e-venda e uso da força de trabalho encontram-se as de natureza salarial, de jornada de trabalho, de promoção da procriação da força de trabalho, de higidez do trabalhador, de manutenção da força de trabalho em caso de desemprego ou perda do valor-de-uso, de criação de sujeito de direito coletivo e de equalização do trabalho (abstrato).

Referidas condições de intercâmbio da força de trabalho foram organizadas conforme sua natureza e encontram-se organizadas no quadro 3.

As normas de natureza salarial podem ser organizadas a partir dos seguintes modais deônticos: 1) na troca de dinheiro por mercadoria é **obrigatória** a equivalência do dinheiro com, no mínimo, o valor das mercadorias necessárias à subsistência do trabalhador e sua família; 2) é **proibido** ao comprador da força de trabalho deixar de fornecer ao vendedor o equivalente em dinheiro; 3) considerando que o salário corresponde ao valor das mercadorias equivalentes à reprodução da força de trabalho, é **proibido** reduzir a quantidade de dinheiro trocada por uma mesma quantidade de trabalho; 4) uma vez que a qualificação da força de trabalho implica aumento do preço de sua produção, é **obrigatório** que se fixe o valor de troca de cada tipo de trabalho, conforme sua complexidade e extensão; 5) considerando que as necessidades físicas e sociais do trabalhador constituem condição de reprodução da força de trabalho, é **obrigatório** o descanso anual remunerado, durante um mês; 6) uma vez que a força de trabalho produz mercadorias e valor excedente (mais-valia), ao trabalhador é **proibido** receber em troca de sua força de trabalho todo o valor que produziu, sendo **permitido** receber apenas uma parte (salário e, eventualmente, participação nos lucros).

No que se refere à jornada de trabalho, as normas podem ser organizadas a partir do seguinte modal deôntico: é **proibido** o prolongamento da jornada de trabalho além dos limites físico (dispêndio de determinada quantidade de força em 24 horas, alimentação, descanso, necessidades fisiológicas...) e moral (tempo para satisfazer as necessidades espirituais e sociais).

A promoção da procriação da força de trabalho, por sua vez, trata-se do modal deôntico de **obrigatoriedade** do fornecimento de condições para que os trabalhadores perpetuem a força de trabalho já que a transformação de dinheiro em capital (D-M-D'), ou seja, o processo de circulação mercantil é contínuo.

No que tange à higidez do trabalhador, o modal deôntico refere-se à **proibição** até certo ponto de exposição do trabalhador a determinadas situações que possam prejudicar a produção e/ou reprodução da força de trabalho.

Quanto à manutenção da força de trabalho em caso de desemprego ou perda do valor-de-uso, o modal deôntico consiste na **obrigatoriedade** de preservar a força de trabalho que não esteja inserida na esfera da circulação mercantil, ou para manter um “exército industrial de reserva”<sup>10</sup> (FGTS, aviso prévio, seguro desemprego, etc.), ou para trazer a segurança ao trabalhador de retribuição social pelo trabalho prestado (aposentadoria).

A criação de sujeito de direito coletivo, por seu turno, refere-se à valorização da vontade consciente como expressão de liberdade e igualdade, ou seja, no enaltecimento da autonomia da vontade atribuída a determinada coletividade. Assim, o modal deôntico é no sentido de **permitir** à personalidade jurídica coletiva a possibilidade de dispor parcialmente do valor da força de trabalho ou dos limites à jornada de trabalho.

Por derradeiro, no que tange aos direitos fundamentais do trabalhador, a equalização do trabalho (abstrato), consistente no reconhecimento do trabalho abstratamente, como mero dispêndio de força mecânica, que pode, portanto, ser reduzido a um denominador comum pelo qual se define a equivalência do valor das mercadorias pela hora de trabalho —como uma mercadoria qualquer—, bem como as garantias respectivas para a reprodução da força de trabalho. Assim, o referido modal deôntico situa-se na **proibição** de tratar/considerar os sujeitos de direito diferentes enquanto portadores de direitos e da mercadoria força de trabalho.

Outro grupo de direitos fundamentais encontrado na CRFB/88 diz respeito à construção do espaço e dos limites de organização, manifestação e luta do trabalho dentro da ordem capitalista (artigos 8º, 9º, 10 e 11 da CRFB).

Tais direito fundamentais e sua relação com as condições de compra-e-venda e uso da força de trabalho podem ser observados no quadro 4.

---

10 O exército industrial de reserva é uma expressão cunhada por Engels e que está intimamente ligada aos rebatimentos da concentração e centralização capitalista, ou simplesmente acumulação capitalista, na classe trabalhadora, pois representa o movimento real de formação de “[...] um grande contingente de trabalhadores desempregados, que não encontram compradores para sua força de trabalho.” A formação desse exército industrial de reserva consolida-se ao longo da história da acumulação capitalista como uma das estratégias do capital para forcejar o rebaixamento dos salários dos trabalhadores por meio, por exemplo, da ampliação da jornada de trabalho e, também, para servir de instrumento para incrementar a exploração da força de trabalho. (BRAZ; NETTO, 2006, p.132).

Nesse sentido são os modais deônticos: é **permitido** aos trabalhadores organizar-se em associações profissionais e em sindicatos; é **permitido** reivindicar melhorias nas condições de trabalho mediante greves legais; é **permitido** ao capital e ao trabalho participar da gestão da previdência privada; é **permitido** aos trabalhadores eleger um representante nas grandes empresas para cuidar de seus interesses perante o capitalista. Tais modais **permissivos** pressupõem um modal **proibitivo**, qual seja é **proibido** ao trabalho organizar-se, reivindicar ou lutar em circunstâncias situadas fora das **permissões** supra. Ou seja, é permitido lutar para melhorar a situação dos trabalhadores dentro dos quadrantes do modo de produção capitalista, mas nunca para além dele.

Entretanto, esse sentido deôntico do direito burguês —identificado acima— aparece sob um discurso distorcido acerca dos pressupostos e condições da circulação mercantil capitalista, em especial da mercadoria força de trabalho. Tal discurso invertido/mistificado constitui o sentido ideológico do direito e corresponde ao discurso dos direitos humanos fundamentais.

## 5. Considerações finais

A conversão da força de trabalho em objeto de troca, isto é, em mercadoria resulta na universalização da forma mercadoria uma vez que a força de trabalho é a única mercadoria que possui como valor de uso a propriedade de criar valor, convertendo-se então em denominador comum da totalidade das trocas que compõem o circuito mercantil.

Assim, é possível construir um Modelo Normativo que corresponda às necessidades do intercâmbio de mercadorias, isto é, um conjunto de modais deônticos correspondentes às condutas necessárias à realização da esfera da circulação, que é determinada pela esfera da produção.

Esse modelo normativo apresenta alguns pressupostos e condições para a que se complete o circuito de transações mercantis. Os pressupostos consistem nos elementos constitutivos da expressão jurídica das relações econômicas, isto é, da forma jurídica. Tais elementos estão cristalizados na célula jurídica da sociedade: a relação jurídica, cuja unidade atômica é o sujeito de direito.

O sujeito de direito, elemento indecomponível da teoria jurídica, corresponde à expressão jurídica do indivíduo proprietário livre para dispor de suas mercadorias perante outro indivíduo igual em troca de uma mercadoria equivalente. À relação jurídica da qual são partes os sujeitos de direitos, nos quais se realiza a liberdade, a igualdade e a propriedade privada, correspondem os pressupostos para o intercâmbio de mercadorias.

Por outro lado, a conversão da força de trabalho em mercadoria exige uma série de condições tais como o fato de o trabalhador possuir como única propriedade sua força de trabalho; o reconhecimento formal da igualdade entre trabalhador e capitalista; a liberdade de disposição de si mesmo; a garantia das condições mínimas para que a força de trabalho possa ser produzida e reproduzida (salário, jornada de trabalho limitada, proteção à maternidade etc.).

Se se procurar no direito positivo brasileiro normas jurídicas condizentes com o modelo normativo capitalista, ver-se-á que a definição de dignidade humana (art. 1º, III, CRFB/88) representa o sujeito de direito e os direitos civis fundamentais (art. 5º da CRFB/88) correspondem aos ideais de liberdade, igualdade e propriedade privada, os quais constituem os pressupostos da circulação mercantil. Do mesmo modo, que os direitos sociais fundamentais (art. 6º da CRFB/88) correspondem às condições de “segurança” e “paz” à circulação mercantil da força de trabalho; os direitos fundamentais do trabalhador (art. 7º da CRFB/88) correspondem às condições de compra-e-venda e uso da força de trabalho; e os direitos [políticos] fundamentais do trabalhador (arts. 8º a 11 da CRFB/88) correspondem à construção do espaço e dos limites de organização, manifestação e luta dentro da ordem capitalista.

Na exata medida em que tais pressupostos e condições do intercâmbio de mercadorias, em especial da força de trabalho, aparecem como direitos fundamentais, isto é, como um rol de direitos humanos inalienáveis, irrevogáveis e irrenunciáveis, decorrentes da natureza, de deus ou da razão, ocultando o caráter desumanizado e desumanizante de sua forma e conteúdo, está caracterizado o sentido ideológico do direito e do discurso jurídico, ou seja, o direito como representação —na cabeça dos homens— invertida, mistificada de fenômenos reais.

Nesse sentido a crítica da ideologia do direito, em especial, do discurso contido na Constituição brasileira de 1988, indica que o texto normativo oculta a realidade dos direitos fundamentais, sua decorrência da circulação mercantil (e, em ultima instância da produção) e sua atuação como mecanismo auxiliar no ciclo contínuo do capital (D-M-D').

## 6. Referências

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. 25. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005.
- BRAZ, M.; PAULO NETTO, J. **Economia política: uma introdução**. São Paulo: Cortez, 2006.
- CAMPOS, B. de. **Constituição de 1988: uma análise marxista**. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.
- CORREAS, O. **Sociología del derecho y crítica jurídica**. 1. reimp. México: Fontamara, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Crítica da ideología jurídica: ensaio sócio-semiológico**. Porto Alegre: SAFE, 1995.
- ENGELS, F. **A dialética da natureza**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1973.
- FERREIRA, É. Diretrizes teórico-metodológicas do Observatório do Tribunal Superior do Trabalho TST. **Revista Jurídica DIREITO & REALIDADE**, v. 01, pp. 277-288, 2011. Disponível em:<[www.direitoerealidade.fucamp.edu.br/](http://www.direitoerealidade.fucamp.edu.br/)>. Consulta em 05 jun. 2011.
- FREITAS, L. de M. Uma crítica à ideologia jusnaturalista nos princípios constitucionais do direito do trabalho. **Revista do Curso de Direito da Faculdade Maurício Nassau**, n. 3, pp.191-208, Recife: FMN, 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj026982.pdf>>. Consulta em 20 abr. 2010.
- KASHIURA JÚNIOR, C. N. Dialética e forma jurídica: considerações acerca do método de Pachukanis. **Revista Jurídica Direito & Realidade**, Monte Carmelo/MG: FUCAMP, v. 1, pp. 41-69, 2011. Disponível em:<[www.direitoerealidade.fucamp.edu.br/](http://www.direitoerealidade.fucamp.edu.br/)>. Consulta em 05 jun. 2011.
- \_\_\_\_\_. **Crítica da igualdade jurídica: contribuição ao pensamento jurídico marxista**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 120-150.
- MARX, K. **O capital: crítica da economia política**. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, Livro 1, v.1, 2006.
- \_\_\_\_\_. **O capital**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores).
- MARX, K.; ENGELS, F. **A ideologia alemã**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MASCARO, A. L. B. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

- NAVES, M. B. **O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis.** Campinas: IFCH/UNICAMP, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Marx: ciência e revolução.** 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008a.
- \_\_\_\_\_. **Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis.** São Paulo: Boitempo, 2008b.
- \_\_\_\_\_. **As figuras do direito em Marx. Margem Esquerda: ensaios marxistas.** São Paulo: Boitempo, n. 6, p. 97-104, 2005.
- PACHUKANIS, E. B. **A teoria geral do direito e o marxismo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1989.
- SAES, Décio. **Estado e democracia: ensaios teóricos.** 2.ed. Campinas: IFCH/UNICAMP, 1998.
- SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo.** 19.ed. Malheiros Editores São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

## 7. Anexo: Quadros

**Quadro 1**  
**Direitos fundamentais como expressão das condições de compra-e-venda e uso da força de trabalho**

DIREITO		CONDIÇÃO DE CIRCULAÇÃO MERCANTIL DA FORÇA DE TRABALHO
Direitos sociais fundamentais	Art. 6º da CRFB/1988	Obrigatoriedade de criação de um ambiente de “segurança” para a força de trabalho.
Direitos fundamentais do trabalhador	Art. 7º da CRFB/1988	Obrigatoriedade de estabelecimento das condições de intercâmbio e uso da força de trabalho.

Fonte: Artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 11 da CRFB/1988. (BRASIL, 2005).

**Quadro 2**  
**Direitos sociais fundamentais como expressão das condições de compra-e-venda e uso da força de trabalho.**

Criação de um ambiente de “segurança” para a força de trabalho	Norma Jurídica (artigo 6º da CRFB/88)
Necessidades mínimas de subsistência.	Saúde, moradia e lazer.
Preparação da força de trabalho para o mercado.	Educação, proteção à maternidade e à infância.
Amparo nas hipóteses em que a força de trabalho não encontra compradores no mercado.	Previdência social, assistência ao desamparados e segurança.

Fonte: Artigo 6º da CRFB/1988. (BRASIL, 2005).

**Quadro 3**  
**Direitos fundamentais do trabalhador como expressão das condições de compra-e-venda e uso da força de trabalho**

Condições de compra-e-venda e uso da força de trabalho	Norma Jurídica (artigo 7º da CRFB/88)
Salário	Salário-mínimo; piso salarial (extensão e complexidade do trabalho); irredutibilidade do salário (convenção); 13º salário; proteção do salário (retenção); participação nos lucros; férias anuais remuneradas (adicional de 1/3).
Jornada de Trabalho	Duração do trabalho (8h/d e 44h/s – convenção); jornada em turnos ininterruptos (6h/d – negociação); repouso semanal remunerado; remuneração da hora-extra (adicional de 50%).
Promoção da propriedade da força de trabalho	Salário-família (dependente); licença à Gestante; licença-paternidade; proteção do mercado de trabalho da mulher; assistência gratuita a dependentes (creche e pré-escola).
Higidez do trabalhador	Redução dos riscos inerentes ao trabalho; trabalho perigoso, penoso e insalubre (adicional); trabalho noturno (adicional); proibição de trabalho noturno, insalubre, perigoso e penoso a menores de 18 anos; proibição de trabalho a menores de 14 anos.
Manutenção da força de trabalho em caso de desemprego ou perda do valor-de-uso	Ação de créditos trabalhistas; seguro-desemprego; FGTS; aviso prévio; proteção em face da automação; seguro contra acidentes; aposentadoria.
Criação de sujeito de direito coletivo	Reconhecimento das convenções.
Equalização do trabalho (abstrato)	Igualdade salarial; proibição de discriminação salarial e na admissão de Pessoa Com Deficiência; proibição de diferença entre trabalho manual, técnico e intelectual; igualdade de direitos entre trabalhador avulso e com vínculo.

Fonte: Artigo 7º da CRFB/1988. (BRASIL, 2005).

**Quadro 4**  
**Direitos [políticos] fundamentais como expressão das condições de compra-e-venda e uso da força de trabalho**

<b>Construção do espaço e dos limites de organização, manifestação e luta do trabalho na ordem capitalista</b>	<b>Norma Jurídica(arts. 8º, 9º,10 e 11 da CRFB/88)</b>
Fragmentação da luta dos trabalhadores em setores e categorias profissionais.	Liberdade de associação profissional ou sindical.
Delimitação do modus operandi das reivindicações dos trabalhadores.	Greve
Legitimização da política previdenciária estatal capitalista.	Participação na gestão estatal previdenciária.
Organização/limitação das reivindicações no interior do processo produtivo.	Representação dos trabalhadores em grandes empresas.

Fonte: Artigos 8º, 9º, 10 e 11 da CRFB/1988. (BRASIL, 2005).

## Psicoanálisis y derecho: elementos para una crítica lacaniana de la ideología jurídica. (Psychoanalysis and Law: Elements for a lacanian critique of the ideology of Law)

**Jorge Foa Torres<sup>1</sup>**

**Resumen:** Este artículo busca dar cuenta de una manera novedosa de llevar adelante la crítica de la ideología jurídica, inspirada en la enseñanza lacaniana. A partir de señalar la importancia del estudio del derecho en tanto forma, se promueve eludir la fascinación por su contenido oculto, en pos de dirigir el análisis hacia la apariencia jurídica en cuanto tal. En ese marco, se advierte acerca del carácter constitutivamente dividido del derecho, es decir, de la presencia de una negatividad inherente a su estructura que, sin embargo, habilita el abordaje de *Lo Político* en lo jurídico. Asimismo, se propone un enfoque sintomático de la forma jurídica susceptible de prestar atención a los signos de las irrupciones de Lo Real del antagonismo en el semblante normativo. Por último, se señala a la noción lacaniana de fantasma como un concepto clave a la hora de comprender las operaciones jurídico-ideológicas por medio de las cuales se sujetan afectivamente a los individuos en la repetición del orden de cosas dominante.

**Palabras Clave:** Lacan. Lo Real. Lo Político. Fantasma. El antiderecho.

**Abstract:** This paper seeks to explain a new way of carrying out the critique of the juridical ideology, inspired in the Lacanian teaching. After noticing the importance of the study of the Law as a form, the avoidance of the fascination for its hidden contents promoted, driving the legal analysis to look the juridical form as such. In this context, warning is made in relation to the constitutionally divided character of Law, this means the presence of a negativity inherent to its structure that, nevertheless, enables the approach of *The Political* in the juridical. It also proposes a symptomatic approach to the juridical form capable of taking account of the signs of the eruptions of The Real of the antagonism in the juridical form. Finally, it points out the Lacanian notion of *fantasma* as a key concept in order to understand the juridical-ideological operations by means of which the individuals are affectively subjected in the repetition of dominant order of things.

**Key-Words:** Lacan. The Real. The Political. Fantasm. The anti-law.

### SUMARIO 1. Introducción 2. Elementos para una articulación entre derecho y psicoanálisis 3. Ideología y derecho 4. Por una crítica lacaniana a la ideología jurídica

#### 1. Introducción

En el marco de diferentes esfuerzos que en los últimos años se vienen llevando adelante en pos del desarrollo de articulaciones conceptuales y epistémicas entre el psicoanálisis y la teoría política,<sup>2</sup> el presente

133

1 Becario CONICET, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Instituto Superior de Estudios ambientales-UNC. E-mail: jorgefoatorres@gmail.com, recibido 18 de mayo de 2012, aceptado 21 de octubre de 2012.

2 Entre muchos otros: Jorge Alemán, *Para una izquierda lacaniana...*, Buenos Aires, Grama, 2010; Ernesto Laclau y Chantal Mouffe, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004; Yannis Stavrakakis, *La izquierda lacaniana*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009; Jason Glynnos, “The grip of ideology: a Lacanian approach to the theory of ideology”; en: *Journal of Political Ideologies*, nº 6 (2), pp. 191-214, 2001;

artículo propone un abordaje novedoso de lo jurídico inspirado en la enseñanza lacaniana y en vertientes de pensamiento posmarxistas y posestructuralistas.

En tal sentido, uno de los propósitos de este trabajo consiste en demostrar que, desde una mirada lacaniana sobre el derecho, es posible dar cuenta de aspectos jurídicos dejados de lado tanto por enfoques tradicionales como por abordajes marxistas. De tal modo, se postula la posibilidad de refundar los estudios sobre ideología jurídica haciendo énfasis en el carácter ontológicamente político de lo social.

Primeramente, el presente se ordena en función del siguiente interrogante ¿de qué manera es posible articular los artificios conceptuales lacanianos con el estudio del derecho y de aspectos jurídicos presentes en diferentes campos sociales?

Para responder a esta pregunta se desarrollarán aspectos conceptuales clave para nuestro abordaje lacaniano a partir de la recuperación de valiosos esfuerzos teóricos orientados a la articulación entre derecho y psicoanálisis. En primer lugar, desde la propuesta de Pierre Legendre se hará hincapié en el carácter irreductible de las instancias político-fundacionales de todo orden de cosas. En particular, se abordará la noción lacaniana de *Lo Real*, como modo de dar cuenta del supuesto lacaniano de la falta en el Otro, de la inaccesible plenitud del orden simbólico. En segundo lugar, se retomará el trabajo del jurista argentino Ricardo Entelman en aquellas tentativas por construir una epistemología jurídica inspirada en la enseñanza psicoanalítica freudiano-lacaniana. Por último, en función del legado de Enrique Marí, podremos señalar la manera *fantasmática* de constitución de la realidad que, para nuestra perspectiva, señala la necesaria represión de *Lo Real imposible* a través de la instauración de un modo particular de *goce*.

A partir de allí es necesario plantear nuestro segundo interrogante ¿de qué manera es posible recuperar los estudios sobre ideología jurídica desde un abordaje lacaniano del derecho? ¿Cuáles diferencias y críticas, por tanto, es factible identificar respecto de tentativas previas por establecer diversos modos de crítica a la ideología jurídica?

---

Slavoj Zizek, “Los espectros de la ideología”, en: *Ideología. Un mapa de la cuestión*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, pp. 7-42, 2008.

Por su parte, para dar respuesta a estas preguntas se abordarán diversos antecedentes de estudios de ideología jurídica. Comenzando por la tradición marxista y posmarxista, se continuará retomando diversos esfuerzos de teóricos contemporáneos. Por último, se señalarán críticas y coincidencias respecto del enfoque posestructuralista de la ideología propuesto por Ernesto Laclau.

Como corolario de este trabajo se recapitularán y ordenarán los aportes conceptuales desarrollados, bajo la premisa de exponer elementos para una crítica lacaniana de la ideología jurídica.

## 2. Elementos para una articulación entre derecho y psicoanálisis

Como se señaló, resulta de interés retomar estudios teóricos que han intentado tender puentes entre lo jurídico y la enseñanza psicoanalítica de inspiración freudiana y lacaniana. Específicamente, trabajos como los de Enrique Marí, Pierre Legendre y Ricardo Entelman son capaces de abrir fructíferos senderos teórico-epistémicos para un abordaje lacaniano del derecho.<sup>3</sup>

Tales esfuerzos, preocupados en dar cuenta no sólo de los posibles “aportes teóricos” del psicoanálisis al derecho sino de señalar aquellas instancias en que se imbrican aspectos normativos y psíquicos, serán abordados a continuación de manera no exhaustiva y con la finalidad de identificar aspectos relevantes para la construcción de nuestra propuesta.

---

3 Cabe aclarar que los antecedentes que aquí serán abordados son sólo algunos de tantos otros embarcados en proponer modos de articulación entre derecho y psicoanálisis. Al respecto véase: Costas Douzinas, *The End of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2000 (en especial los capítulos 11 y 12). David Caudill, “Lacan and legal language: meanings in the gaps, gaps in the meanings”, en: *Law and Critique*, vol. 3, n° 2, pp. 169-210, 1992. Renata Salecl, “Crime as a mode of subjectivization: Lacan and the Law”, en: *Law and Critique*, vol. 4, n° 1, pp. 3-17, 1993. Jeanne Schroeder, “His masters voice: H.L.A. Hart and Lacanian discourse theory”, en: *Law and Critique*, vol. 18, pp. 117-142, 2007. Jamie Murray, “Sinthome law: theoretical constructions upon Lacan’s concept of the Sinthome”, en: *Law and Critique*, vol. 16, pp. 201-230, 2005. Jodi Dean, “Zizek on Law”, en: *Law and Critique*, vol. 15, n° 1, pp. 1-24, 2004.

## 2.1. Pierre Legendre: el juridismo y lo político

Respecto de la obra del jurista y psicoanalista francés Pierre Legendre nuestro interés estriba en poner de resalto su búsqueda, en sus palabras, por “restituir a la política su lugar y sus derechos”.<sup>4</sup> Para Legendre, las sociedades industriales actuales sostenidas en el gobierno jurídico de los sujetos, han logrado convertir al derecho en un instrumento técnico de gestión. En ese marco, las teorías del *management* promueven el reinado de la gestión, una difusión incontrolada de la técnica, que busca un gobierno sin hombres “la gestión mundializada tiene aires de dictadura sin dictador”.<sup>5</sup>

En el centro mismo de este proceso histórico se halla el *juridismo* que reduce el derecho a mera información y organiza sus teorías y marcos de intelección a partir de los postulados racionalistas, humanistas y conductistas que parten del supuesto del sujeto idéntico a sí mismo, el sujeto de la autoconciencia, del autoconocimiento y del autocontrol. Enfoques que, en definitiva, se resisten a reconocer la experiencia subjetiva de lo inconsciente, y de la repetición por estructura: “el inconsciente es dogmático; podría decir el inconsciente no comprende más que eso, el dogmatismo” (Legendre, 1982: 44). Lo dogmático, antes que ser propugnado por Legendre como un bastión inaccesible de lo humano, es identificado como aquel lugar inamovible como un “fenómeno de repetición de la estructura” (Legendre, 1982: 44) al que es posible acceder a partir del estudio de lo jurídico y su historización radical.

De tal modo, la razón científica parece haber desterrado y tachado de irrazonable, haber excluido, la función dogmática de la faz de lo social. Función que “consiste en hacer que en los conglomerados humanos estatales, administrados por Estados, los inconscientes marchen, que los sujetos inconscientes sean de la partida” (Legendre, 1982: 43). De tal modo, estas sociedades tienden a olvidar sus orígenes históricos y míticos de los que proceden, reduciendo el derecho a mera

---

4 Pierre Legendre, “Discurso jurídico y discurso psicoanalítico. El derecho como texto sin sujeto” (entrevista realizada por Enrique Kozicki), en *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires, Hachette, p. 51, 1982.

5 Pierre Legendre, *Dominium mundi. El imperio del Management*, Buenos Aires, Amorrortu, p. 43, 2008.

herramienta sometida al mercado y prometiendo la erradicación final de la política a favor de la gestión gerencial de los comportamientos.

Ahora bien, desde nuestra perspectiva, y en sintonía con el planteo de Legendre, podemos afirmar el carácter ontológico de lo político respecto de lo social y —por ende— de lo jurídico. Es decir, más allá de las promesas utópicas de “las teorías *gestionarias* del *Management*”, las instancias políticas fundacionales de todo orden de cosas o los orígenes míticos de cualquier sociedad señalan la presencia de un hiato, de una falla de orden estructural que orada constitutiva e indefectiblemente al orden simbólico.

En términos lacanianos podemos hablar de la *falta en el Otro*, es decir, de aquel carácter negativo de lo social que impide su cierre final, su reconciliación consigo mismo. “La sociedad es imposible”<sup>6</sup> en tanto es inaccesible su constitución plena, total, en cuanto aquel elemento de negatividad inherente disloca a cualquier esfuerzo por calcularlo todo. En definitiva, estamos haciendo mención a la presencia irreductible en la realidad de *Lo Real*, es decir, de aquel registro que, en la enseñanza lacaniana, se anuda al orden de lo simbólico y de lo imaginario escapando siempre a su simbolización plena.

Sin embargo, cuando nos referimos a *Lo Real* lacaniano no debemos perder de vista dos aspectos conceptuales de gran importancia. Por un lado, *Lo Real* no es un registro desconectado de los órdenes simbólico e imaginario sino articulado al estilo, como lo postuló Lacan, de la figura topológica del nudo Borromeo. Por otro, *Lo Real* no refiere a un elemento de pura negatividad, sino que en su presencia y en sus irrupciones dislocatorias en el orden simbólico es posible advertir aspectos positivos vinculados a la experiencia de lo imposible y a la emergencia de *Lo Político*.

Tal hiato constitutivo de la realidad nos señala la inexistencia de fundamentos seguros y últimos del orden de cosas existentes, para advertirnos el carácter inconsistente, y a la vez necesario, de los mismos. Al mismo tiempo, el *evento real* señala la irrupción de lo que disloca la realidad y, como consecuencia, a la presencia de *lo político* que exige de la política respuestas discursivas siempre contingentes.

---

6 Ernesto Laclau, “La imposibilidad de la sociedad”, en: *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*, Buenos Aires, Nueva Visión, pp. 103-106, 1993.

De tal modo, al partir del supuesto de *Lo Real* nos es posible situar a *la política* en el terreno de aquellas formas institucionales que implican a un específico modo de hacer con y dar respuestas a *Lo Político*. Por su parte, este último, refiere a aquellas instancias en las que se juega la irrupción de signos y síntomas sociales que nos recuerdan la imposible sutura final del orden simbólico. Como señala Jorge Alemán: “lo real se manifiesta a través de antagonismos que tienen como condición esencial el no dejarse representar y que insisten en su presencia sintomática”.<sup>7</sup>

Por tanto, lo tradicionalmente vinculado a lo jurídico corresponde al ámbito de la política y, por ende, no está jamás exento de los efectos dislocatorios de lo político. En tal sentido es necesario hablar, no sólo del imposible acceso a cualquier pretendido aislacionismo parcial o total del derecho respecto de lo social, sino ya de la misma *ontología política de lo jurídico*.<sup>8</sup>

Así, podemos afirmar que el *juridismo* con su utópica escenificación de la superación social de toda instancia mítica o política, se nos presenta sencillamente como una vana ilusión que, sin embargo, no deja por ello de acarrear consecuencias sociales concretas y prepararnos retornos indecibles.

## **2.2. Ricardo Entelman: una epistemología para el estudio de lo político en lo jurídico**

Por su parte, en la articulación intentada por Ricardo Entelman, es posible identificar un *interés epistemológico* que busca dar cuenta de “la ruptura teórica generada en relación a la operatividad del discurso a partir de la teoría freudiana”.<sup>9</sup>

Según Entelman, esta ruptura pone en cuestión algunos de los supuestos centrales de la lingüística, el lenguaje ya no es solamente un medio puro para la comunicación: “lo dicho habla de lo ocultado,

7 Jorge Alemán, *Lacan, la política en cuestión...*, Buenos Aires, Grama, p. 55, 2010.

8 Jorge Foa Torres, “Sobre la ontología política del derecho. Hacia un enfoque postestructuralista-lacaniano de lo jurídico”, en: *Revista de Epistemología y Ciencias Humanas*, n° 4, 2012, en prensa.

9 Ricardo Entelman, “Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico”; en: *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires, Hachette, p. 86, 1982.

y el método psicoanalítico une la función del que habla con la del que escucha, haciendo visibles los mensajes no aparentes en el texto”.<sup>10</sup>

A partir de allí y retomando a Michel Pecheux, el jurista argentino afirma que la “teoría del discurso” se ocupa de los “procesos discursivos”, entre los que están los procesos ideológicos, que actúan en relación con la lengua y en los cuales operan ciertos movimientos de desplazamiento por los cuales el “hecho de lo simbólico ocupa su lugar para disimular o esconder el verdadero conflicto que no está allí”.<sup>11</sup> Esta lógica discursiva de los desplazamientos de sentido no opera necesariamente en función de las reglas lógicas de la estructura de la lengua. Por lo cual, el ojo de las ciencias sociales y jurídicas debe correrse hacia los ámbitos de lo excluido o lo no dicho en el discurso.

En definitiva, el jurista argentino ubica a la ciencia jurídica como un conocimiento dogmático, pero no busca establecer las reglas precisas para la formulación de un discurso verdadero sino “para obtener las herramientas críticas necesarias que permitan una lectura des-críptica de un discurso que desconoce la constitución histórica de su propio objeto”.<sup>12</sup> Por tanto, una nueva epistemología de lo jurídico inspirada en el psicoanálisis abriría el camino, según Entelman, a la construcción de una teoría que se ocupe de: “desentrañar la racionalidad jurídica subyacente al discurso”<sup>13</sup> es decir, a las precomprensiones fundantes del discurso jurídico.

La noción de discurso en Entelman intenta convertirse en una mediación epistemológica para el abordaje de las relaciones de poder y las instancias políticas que sobredeterminan a lo jurídico. Sin embargo, retomando la conceptualización lacaniana, afirmamos que *Lo Político* no es simplemente un dato susceptible de influir en el campo del derecho sino un supuesto de carácter ontológico que atraviesa, agujereando, a lo jurídico.

Asimismo, Lo Real también disloca nuestros propios intentos de conceptualizar y asir simbólicamente al derecho. Como señalaba Jacques Lacan: “no hay metalenguaje” en el sentido que “ninguna formaliza-

10 *Ibidem*.

11 *Ídem*, p. 87.

12 *Ídem*, p. 92.

13 *Ídem*, p. 103.

ción de la lengua es transmisible sin el uso de la lengua misma".<sup>14</sup> Y el lenguaje "no es más que lo que el discurso científico elabora para dar cuenta de lo que yo llamo (sic) *lalengua*".<sup>15</sup> A su vez, *lalengua* remite a *Lo Real* y sus efectos, a lo que va "mucho más allá de todo lo que el ser que habla es capaz de enunciar".<sup>16</sup> Por tanto, ni el lenguaje normativo ni el metajurídico son instancias capaces de forcluir o excluir definitivamente *Lo Real* a partir de la instauración de un discurso, actual o futuro, presuntamente completo.

En tal sentido, toda operación metalingüística está siempre ya barrada por la inconsistencia del lenguaje mismo a partir del cual tal metalenguaje es producido. Por tanto, la cuestión aquí estriba en evitar posiciones absolutas que prometan la superación de todo reduccionismo (o el acceso a un metalenguaje pleno), en favor de posicionar nuestra perspectiva en el marco de cierto tipo particular de reducciónismo: "para crear una distancia de la reducción cruda, es necesario operar dentro del campo de la reducción; es necesario reducir la *reducción* a su propia *imposibilidad*".<sup>17</sup>

De tal modo, podemos afirmar que *la perspectiva epistemológica de la crítica lacaniana de la ideología jurídica se orienta hacia Lo Real*. Así, el abordaje de lo jurídico no implica para nosotros poner énfasis en los momentos de coherencia o cierre de un sistema jurídico, ni en los modos en que cierto campo del derecho produce y reproduce sentido, sino hacer hincapié en aquello que escapa siempre a la coherencia del sistema descompletándolo: en los momentos políticodislocatorios de toda articulación significativa. Por tanto, antes que dirigirnos a la represión de *Lo Real* negando su "causalidad estructural",<sup>18</sup> nuestra postura promueve su reconocimiento y el estudio sintomático de sus irrupciones.

---

14 Jacques Lacan, *El Seminario: libro 20: aún*, texto establecido por J-A Miller, Buenos Aires, Paidós, p. 144, 2008.

15 *Ídem*, 166.

16 *Ídem*, 168.

17 Yannis Stavrakakis, *Lacan y lo político*, Buenos Aires, Prometeo, p. 14, 2007.

18 *Ídem*, p. 130.

### **2.3. Enrique Marí: la construcción fantasmática de la realidad**

Por último, respecto del vasto trabajo de Enrique Marí, es posible identificar un fuerte interés en la articulación entre derecho, psicoanálisis e *ideología*. Retomando a Legendre, Marí señala como punto de contacto entre el derecho y el psicoanálisis, al hecho de estar motivados por un problema común: “el de los fundamentos genealógicos, gracias a los cuales el hombre se encuentra matriculado en la sociedad”.<sup>19</sup> Sin embargo, la ciencia política y el derecho han basado sus indagaciones en la “psicología comportamental” habilitando el desarrollo de las sociedades hiperindustrializadas, en las que el derecho juega papel preeminentemente de intermediación “por medio del cual un orden de legalidad puede marchar, es decir, desarrollar sus efectos en la sociedad”.<sup>20</sup>

La táctica *ideológica* presente en las sociedades industrializadas, se expresa en la reducción del problema de la legalidad a la perspectiva de “costo social”, rinden, ganancias e interés. Así, la lógica de la eficiencia conduce al derecho a convertirse en producto de cambio en el mercado, mientras sus intangibles son olvidados en el marco del predominio la razón científica. Esos “intangibles” corresponden a la “escena del inconsciente” en la que se pone en movimiento el “amor político” y el anudamiento entre el derecho y el referente absoluto de la Ley que “implica el límite al deseo, al deseo absoluto, al deseo de la identidad imposible”.<sup>21</sup>

En “Teoría de las ficciones”, Marí señala a las instituciones sociales como el “reino del como si”, como liturgias y vestimentas sutiles del poder. En su indagación sobre las obras de Lacan y Legendre, Marí llama a conducir a los juristas a un camino de indagación “que habrá de enfrentarlos con sus propias metafísicas”.<sup>22</sup> Este camino es abierto a partir de la posibilidad de caer en la cuenta del real estatuto que adquiere el derecho desde esta perspectiva, toda vez que las fic-

19 Enrique Marí, “Diferentes modos de acceso a la articulación entre derecho y psicoanálisis”; en: Christian Courtis (comp.) *Desde otra mirada*, p. 39, 2009.

20 Enrique Marí, “Modos de acceso a la articulación entre derecho y psicoanálisis”, en: *Revista de Psicoanálisis*, nº 8, número internacional especial, APA, p. 12, 2001.

21 *Íbidem*.

22 Enrique Marí, “La teoría de las ficciones en Jeremy Bentham”, en: *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires, Edicial, p. 54, 1994.

ciones jurídicas no son ya “instrumentos contingentes de uso” sino el “tejido mismo de su estructura”.<sup>23</sup>

Asimismo, en “Racionalidad e imaginario social”, ubica a la noción “imaginario social” como “la aureola sagrada y profana de la ley: el lugar de sus últimas referencias”.<sup>24</sup> El imaginario, en ese sentido, es el espacio de la ideología que moviliza las creencias y la fuerza libidinal del amor al poder. Marí señala como función de la ideología a su actuación de carácter *fantasmático* “en el doble significado de fantasma y fantasía”, a través del cual “el poder se hace armónico, casi diríamos trivialmente armónico, en el sentido de homogéneo y cohesivo a la sociedad”.<sup>25</sup>

En este punto es necesario detenernos para realizar ciertas precisiones útiles para nuestro propósito. A partir de este esbozo de la propuesta de Marí, en torno a la vinculación entre derecho e ideología, nos es posible encarar un aspecto clave en el abordaje lacaniano de lo social, esto es, *el carácter fantasmáticamente construido de la realidad*.

Como se ha señalado, lo imposible no es solamente una instancia de pura negatividad sino, además, aquello que habilita a la emergencia de ciertas modalidades de goce y de singularidades deseantes. Si, como hemos advertido más arriba, Lo Real impide la constitución plena de lo social, entonces la realidad se articula en función de esa falta en el Otro prometiendo un particular modo de superación —siempre inaccesible— de lo imposible.

Así, la realidad se erige a partir de la igualación entre lo imposible y lo prohibido instituyéndose, fantasmáticamente, un particular modo de acceso al goce pleno, al objeto primordial. Por *goce* aquí se hace referencia a aquella paradojal noción lacaniana<sup>26</sup> que implica “la subordinación del sujeto a sus pulsiones inconscientes”.<sup>27</sup> Es decir, no nos referimos al goce como sinónimo de placer sino como aquello que

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Enrique Marí, “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, en: *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires, Edicial, p. 70, 1994.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Los artificios conceptuales lacanianos se presentan, en muchos casos, como instancias paradojas en las cuales elementos a simple vista opuestos y excluyentes entre sí conviven simultáneamente en el mismo espacio, anudándose.

<sup>27</sup> Jorge Alemán, *op. cit.*, nota 6, p. 75.

anuda la experiencia consciente del sufrimiento con la satisfacción de sujetaciones inconscientes.<sup>28</sup>

Ahora bien, si la represión de la falta en el Otro opera a partir de la igualación de lo imposible con lo prohibido, ciertos ideales públicos pueden ocupar el lugar de interdicciones tras las cuales parecería ser posible el acceso al goce pleno. Esto nos lleva a una cuestión central en el andamiaje conceptual lacaniano, al anudamiento entre norma pública y goce trasgresor, es decir, al “hecho de que el ideal y el goce procurado a través de la trasgresión son *co-constitutivos*: uno sostiene al otro”.<sup>29</sup> Vínculo paradojal éste que, antes que subvertir el estado de cosas existente, es capaz de sostener su repetición: cuanto más sometidos al goce estemos, menores serán nuestras posibilidades de subvertir el orden existente.

Recapitulando: el camino hasta aquí recorrido, podemos afirmar que la presencia de Lo Real en tanto condición ontológica nos permite advertir *la primacía de las instancias políticas en la construcción de todo orden social* de sentido. Asimismo, el reconocimiento de la falta en el Otro nos instala frente a una novedosa epistemología en donde lo dislocatorio no pretende ser reprimido ni forcluido sino reinstalado como momento clave para la comprensión de la realidad social. Por tanto, lo jurídico carece para nosotros de aptitudes para constituirse en un terreno aislado o pretendidamente autónomo de lo social con sus propias y exclusivas reglas de precisión y coherencia lingüística o interpretativa. Asimismo, el carácter fantasmático de la realidad habilita a la consideración de aspectos poco explorados en torno a lo jurídico: *la íntima vinculación entre ideales públicos y goce trasgresor*.

Ahora bien, a los fines de precisar nuestra propuesta es necesario preguntarnos en relación con qué cuestiones este trabajo refiere a lo ideológico y a qué noción de ideología pretendemos hacer referencia para, finalmente, poder situar la particular mirada acerca de lo ideológico que el abordaje lacaniano, aquí propuesto, es capaz de ofrecer.

---

28 Jason Glynnos, “Self-transgressive Enjoyment as a Freedom Fetter”, en: *Political Studies*, vol. 56, pp. 679-704, 2008.

29 *Ídem*, p. 687. Texto original: “fact that the ideal and the enjoyment procured through transgression are *co-constitutive*: one sustains the other”.

### 3. Ideología y derecho

Siguiendo a Slavoj Zizek podemos identificar principalmente tres grupos de enfoques contemporáneos de la teoría de la ideología: por un lado, el de aquellos que la abordan como sistema o complejo de ideas, por otro, el de los que ubican lo ideológico en lo externo, en la materialidad de sus aparatos (Althusser) o técnicas disciplinarias (Foucault) y, por último, el de la ideología como creencia o aspecto espontáneo que reside en el corazón de la realidad misma.<sup>30</sup>

Sin embargo, como también destaca el esloveno, lo ideológico como categoría analítica ha sido, en cada una de esas expresiones, progresivamente dejado de lado en función de que en algún punto esta noción es capaz de extenderse de tal modo que resulta imposible situar el punto extra-ideológico desde el cual efectuar la crítica ideológica, como se pregunta Ernesto Laclau: “¿no es el resultado último del análisis de discurso el que el orden del discurso como tal es inherentemente “ideológico”?”<sup>31</sup>

Antes de adentrarnos de lleno en estas cuestiones, conviene bucear por algunas construcciones teóricas preocupadas, en su mayoría, por dar cuenta de los aspectos ideológicos presentes en los fenómenos jurídicos. Cabe aclarar, que el recorrido que se efectuará no intenta constituirse en un análisis exhaustivo de las teorías sobre la ideología jurídica sino, por el contrario, poner de manifiesto elementos que nos permitan, a su vez, formular nuestra propuesta.

No obstante, podemos, de entrada, aventurar cierta tesis acerca de la ideología y lo jurídico con base en la antigua formulación del Camarada Stucka, quien afirmaba: “El derecho es el último refugio de la ideología burguesa. Ésta es la razón de que en este sector le sea más fácil liberarse de las garras de la burguesía a un proletariado consciente que a un jurista, aunque sea comunista”.<sup>32</sup> Por nuestra parte, podemos animarnos, provisoriamente, a señalar a lo jurídico como el

30 Slavoj Zizek, “El espectro de la ideología”, en Zizek (comp.): *Ideología. Un mapa de la cuestión*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008.

31 Ernesto Laclau, “Muerte y resurrección de la teoría de la ideología”, en Buenfil Burgos (comp.): *Debates Políticos Contemporáneos*, México DF, Plaza y Valdés, 1998.

32 Piotr Stucka, “La concepción marxista del derecho (Notas no solamente para juristas)”, en Stucka: *La función revolucionaria del derecho y del estado*, Barcelona, Península, pp. 265-6, 1974.

terreno en donde se reproducen las instancias más sedimentadas de lo social, *en donde se ponen a jugar los agarres afectivos más potentes destinados a excluir lo contingente y, por tanto, a reprimir, forcluir o desmentir a Lo Político*. En lo que sigue se intentarán demostrar estas formulaciones mediante el rescate de herramientas teóricas provenientes de la tradición marxista, la teoría postestructuralista y la teoría política lacaniana.

### 3.1. Marx y Pashukanis: la forma jurídica

Quizá para un lector desprevenido pueda resultar extraña la puesta en relación de pensadores como Marx, Pashukanis y Lacan. Sin embargo, y sin ninguna intención de hacer un detallado examen de tales vinculaciones teóricas, cabe al menos reseñar el valor que el psicoanalista francés otorga a la enseñanza marxiana: “La contribución del marxismo a la ciencia (...), es revelar lo latente como necesario, en el comienzo de la economía política. Es igual para el psicoanálisis, esta suerte de latente es lo que llamo *la estructura*”.<sup>33</sup>

En particular, lo que aquí nos interesa es la diferenciación teórica de la dimensión del síntoma.<sup>34</sup> La dimensión del síntoma en la enseñanza lacaniana remite a aquello que “se articula por el hecho de que representa el retorno de la verdad como tal en la falla de un saber”<sup>35</sup> y, si bien Marx no alude a ella explícitamente, revela elementos clave para su elucidación, respecto de los cuales, en lo que sigue intentaremos dar cuenta.

Por su parte, Pashukanis en su afán por trasladar la teoría marxiana al campo del derecho en el contexto de los primeros años de la Revolución Rusa, sumado a su innegable talento a la hora de poner a jugar las categorías marxianas en el terreno jurídico, hace foco en una noción clave para nuestro análisis: la forma jurídica.

Como puede advertirse estas complejas vinculaciones teóricas nos demandarán no sólo este apartado sino también los siguientes, por lo cual, comenzaremos por poner de relieve un primer paso para la crí-

33 Jacques Lacan, Seminario Inédito n° 14: *La lógica del fantasma*.

34 Jacques Lacan, “Del sujeto por fin cuestionado”, en Lacan: *Escritos I*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1985.

35 *Idem*, p. 220.

tica lacaniana de la ideología jurídica: la identificación del derecho como *forma significativa*.

Comencemos por la siguiente afirmación de Karl Marx: “Lo misterioso de la forma mercantil consiste sencillamente, pues, en que la misma refleja ante los hombres el carácter social de su propio trabajo como caracteres objetivos inherentes a los productos del trabajo, como propiedades sociales naturales de dichas cosas y, por ende, en que también refleja la relación social que media entre los productores y el trabajo global, como una relación social entre los objetos, existente al margen de los productores”.<sup>36</sup> Como vemos, la preocupación de Marx aquí está puesta en dar cuenta de la función de aquellas mediaciones, o formas, por medio de las cuales lo que en verdad constituye el producto de las relaciones sociales, es puesto en escena como la mera vinculación entre objetos entre sí o entre objetos y personas.

A partir de la presencia de la forma mercantil, se instaura la apariencia de objetividad de los productos del trabajo humano mediante la abstracción de la desigualdad real de los trabajos. Por tanto, si “las mercancías no pueden ir por sí solas al mercado ni intercambiarse ellas mismas”,<sup>37</sup> entonces debemos prestar atención a los poseedores de esas mercancías y a las relaciones jurídicas entabladas entre ellos. Para vincular a las mercancías entre sí es tan importante la participación de las personas con voluntad de intercambio, como el reconocimiento entre ambos como propietarios privados. Es la *forma jurídica* la que dota de sentido a la relación entablada entre los participantes en el intercambio mercantil, identificándolos como *propietarios de mercancías*. Como señalaba Pashukanis: “el derecho representa la forma, envuelta en brumas místicas, de una relación social específica”.<sup>38</sup>

De tal modo, estamos en condiciones de ver en el orden jurídico, propio del modo de producción capitalista, no ya a una sustancia dada, natural, dotada de tal o cual imparcialidad o apoliticidad constitutiva. Sino, por el contrario, a identificar al derecho como una apariencia producida, y productora a la vez, de determinadas relaciones sociales histórica y contingentemente situadas.

36 Karl Marx, *El capital: el proceso de producción del capital*, Buenos Aires, Siglo XXI, p. 88, 2008.

37 *Ídem*, p. 103.

38 Evgeny Pashukanis, *La teoría general del derecho y el marxismo*, México DF, Grijalbo, p. 62, 1976.

Además —como se esfuerzan en señalar Marx y Pashukanis— esta forma jurídica falla. Es decir, no logra desterrar a lo que sabiamente el jurista bolchevique identificó como una de las premisas fundamentales de toda reglamentación jurídica: “el antagonismo de los intereses privados”.<sup>39</sup> Por caso, frente al ascenso de los derechos del hombre y la supuesta igualación impuesta por la forma jurídica burguesa y sus derechos de propiedad, la perspectiva marxiana advierte acerca de la real desigualdad estructural resultante del tipo de propiedad característico del modo de producción capitalista. Mientras la forma jurídica señala como universal al “todos somos propietarios” sin distinguir entre las cosas poseídas, la propiedad económica señala la posesión diferencial de los medios de producción antes que la indiferenciación producida por los derechos de propiedad.<sup>40</sup> Aquí, como en tantas otras instancias, el derecho emerge a las claras, antes que como una esencia verdadera de lo social, como una apariencia sintomática, en donde se inscriben los signos y señas de la presencia irreductible de Lo Real del antagonismo en la realidad.

En definitiva, lo que nos interesa destacar en este punto es la identificación, propuesta por Marx y desarrollada por Pashukanis, del derecho como forma. Ahora bien, ello no implica afirmar al derecho como aspecto propiamente ubicable ya sea en el terreno de la estructura<sup>41</sup> o, en su caso, de la superestructura.<sup>42</sup> Para nuestro propósito, el *derecho como forma significativa* nos permite avanzar en, por un lado, evitar ubicar a lo jurídico como un cemento sustancial de la realidad susceptible de determinar normativamente y en última instancia a

---

39 *Ídem*, p. 65.

40 Para abundar en este punto véase, entre otros: Etienne Balibar, “Acerca de los conceptos fundamentales del materialismo histórico”, en Althusser y Balibar: *Para leer el capital*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006. Jorge Foa Torres, “Forma jurídica burguesa y crisis ecológica: una aproximación marxista al derecho ambiental”, *Revista de la SAAP*, vol. 6, nº 1, 2012, en prensa.

41 En tal postura pareciera enrolarse Pashukanis en el prólogo a la segunda edición rusa de *La teoría general del derecho y el marxismo* al afirmar: “el principio de la subjetividad jurídica (...) no es sólo un medio de engaño y un producto de la hipocresía burguesa (...) sino que también es un principio realmente actuante (...) no es sólo y realmente un proceso ideológico (...), sino más bien un proceso real de transformación jurídica de las relaciones humanas, que acompaña al desarrollo de la economía mercantil y monetaria (...) y que entraña modificaciones profundas y múltiples de naturaleza objetiva”. *Op. Cit.*, pp. 15-6.

42 En el terreno de la superestructura Poulantzas ubica al derecho sin dejar de advertir que la superestructura jurídica es ideal pero nunca un ideal no real, es decir que nunca es capaz de alcanzar una relación puramente externa con las realidades de base (Nicos Poulantzas, “El examen marxista del estado y del derecho actuales y la cuestión de la alternativa”, en J.R. Capella: *Marx, el Derecho y el Estado*, Barcelona, Oikos, 1969).

lo social y, por otro, eludir la reducción de la apariencia a mera apariencia ideal determinada, a su vez, por las relaciones sociales “realmente existentes”.

Aún más y desde nuestro abordaje lacaniano, si la realidad es una construcción simbólico-imaginaria destinada a reprimir la presencia de Lo Real, entonces el derecho es ubicable en el orden del semblante, de lo que “es sobre todo un artificio útil para provocar un falso reconocimiento, o para construir una barrera en contra de lo real del goce”.<sup>43</sup>

Asimismo cabe aclarar, desde ya, que retomar estas nociones no nos implica en la empresa de abogar por cierta abolición final del derecho,<sup>44</sup> ni por la promesa del acceso a una sociedad en donde el antagonismo social sea por fin superado. Por el contrario, el mero hecho de evocar la castración, lo imposible, Lo Real como el resto irreductible que da entidad a lo humano, impide admitir en nuestra propuesta cualquier armonía “la llamemos como la llamemos”.<sup>45</sup>

### **3.2. Contenido oculto y funcionalismo**

Una vez identificada la forma jurídica, un segundo paso inevitable pareciera conducirnos al estudio de su contenido oculto.<sup>46</sup> Es decir, advertidos del carácter no neutral del derecho estaremos tentados a dirigir nuestros esfuerzos en pos de dar cuenta de los modos en que esa apariencia deforma o vela a la verdadera entidad de las relaciones sociales.

Como bien advertía Antoine Jeammeaud, esa primera fase (la de la caracterización del derecho como forma), necesaria para cualquier acercamiento crítico al derecho, corre el riesgo de caer en un abordaje funcionalista del derecho. Es que, si ponemos demasiado

43 Sin embargo, la noción de semblante también es capaz de referir al camino para acceder a Lo Real: Jelica Sumic Riha, “En el camino del semblante”, en: *Debates y combates*, nº1, p. 53, 2011.

44 Así Pashukanis, en una sentencia que merece ser reinterpretada, afirmaba: “La desaparición de las categorías de derecho burgués significará (...) la desaparición del derecho en general, es decir, la desaparición del momento jurídico de las relaciones humanas” (*Op. Cit.*, p. 40).

45 Jacques Lacan, *El Seminario nº 16: De un Otro al otro*, texto establecido por J-A Miller, Buenos Aires, Paidós, p. 12, 2008.

46 Cabe aclarar que en este punto como en el anterior seguimos la propuesta metodológica freudiano-marxiana elucidada por Slavoj Zizek en: *El sublime objeto de la ideología*, Buenos Aires, Siglo XXI, parte primera, 2005.

énfasis en el derecho como mera mediación, podríamos estar condenando a nuestros estudios jurídicos a un reduccionismo determinado por la concepción instrumental de lo jurídico, orientándonos a un trabajo de repetición incesante en el que una y otra vez se harían visibles las funciones del derecho en las sociedades contemporáneas. Estaríamos en condiciones de, en palabras de Jeanmeaud, transformarnos en una “nueva dogmática desprovista en realidad de toda eficiencia crítica”.<sup>47</sup>

Para el jurista francés, la teoría crítica argentina del derecho, la de Ricardo Entelman, Enrique Marí y Enrique Kozicki, en su ecléctica búsqueda había hallado en los aportes de la teoría psicoanalítica el camino adecuado para la lucha tanto contra el idealismo jurídico como contra la concepción marxista, abriendo paso al estudio del derecho como algo que “es mucho más que una representación imaginaria de las relaciones sociales”.<sup>48</sup>

La fascinación por la esencia velada de la apariencia jurídica puede constituir un obstáculo fundamental para el desarrollo de la teoría crítica del derecho. Por caso, un ejemplo de un abordaje que simultáneamente adopta postulados marxistas y visiones sistémicas y funcionalistas nos lo dan ciertos trabajos del jurista argentino Carlos Cárcova.

Éste propugna el estudio de la ideología del discurso jurídico, en la medida en que “oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir los mecanismos de las hegemonías sociales”<sup>49</sup>. Vemos allí la formulación del carácter encubridor del derecho, de lo que se sigue la puesta en valor de su carácter funcional a tal o cual hegemonía social: “las dimensiones ideológicas de lo jurídico no pueden estar ausentes en el análisis y determinación de sus *funciones*”<sup>50</sup>. Lo ideológico del derecho es identificado, de ese modo con los roles o papeles a primera vista ocultos que cumple lo jurídico en el sostenimiento de cierto estado de cosas.

47 Antoine Jeanmeaud, “*Critique du droit* en Francia: de la búsqueda de una teoría materialista del derecho al estudio crítico de la regulación jurídica”, en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 25, p. 126, 1985.

48 *Ídem*, p. 128.

49 Carlos Cárcova, “Acerca de las funciones del derecho”, en Enrique Marí y Carlos Cárcova: *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis, p. 149, 2006. Énfasis agregado.

50 *Ídem*, p. 150.

En ese marco, cada operación ideológico-jurídica no es en sí misma un acontecimiento negativo sino, y principalmente, una herramienta: “el papel del derecho, pues, depende de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social” y, por tanto, lo jurídico emerge como un instrumento susceptible de ser esgrimido tanto por “grupos dominantes” como por “grupos dominados”<sup>51</sup>. Para Cárcova, es en el mismo corazón del derecho en donde se sitúa cierto aspecto paradojal por el cual puede constituirse tanto en instrumento conservador como en instrumento reformador, una herramienta de los “grupos de poder”.

En este contexto, el juego de flujos informacionales parece adquirir un papel central, toda vez que: “El problema (...) consiste en que los hombres, sujetos de derecho, súbditos que deben adecuar sus conductas a la ley, desconocen la ley o no la comprenden”<sup>52</sup>. Es que, si la realidad social está de algún modo marcada por el par conocimiento/desconocimiento, la crítica a la ideología jurídica deberá dirigirse a dar cuenta tanto de las estrategias del ocultamiento-desconocimiento como de los mecanismos eficaces para su superación o desarrollo. Por tanto, la concepción ficcional relacionada con la ilusión jurídicamente sostenida de que el derecho es conocido por todos de manera igualitaria,<sup>53</sup> no haría más que ocultar las verdaderas relaciones cognitivas diferenciales hacia adentro del sistema social.

Es que si, como señala Luhmann, el sistema jurídico, “como un sistema social dentro del sistema societal, reproduce la sociedad mediante la comunicación”,<sup>54</sup> entonces toda apertura del sistema es una apertura de orden cognitiva: “el sistema es normativamente cerrado y cognitivamente abierto, al mismo tiempo”<sup>55</sup>. En ese contexto, los efectos de desconocimiento producidos por la creciente complejidad u opacidad del sistema legal son susceptibles de ser informacionalmente modificados sin, al mismo tiempo, afectarse el carácter autorreferen-

---

51 *Ídem*, p. 152.

52 Carlos Cárcova, “Sobre la comprensión del derecho”, en Enrique Marí y Carlos Cárcova: *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis, p. 155, 2006.

53 Carlos Cárcova, “Sobre la comprensión del derecho”, en Enrique Marí y Carlos Cárcova: *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

54 Niklas Luhmann, “Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system”, en: *Cardozo Law Review*, vol. 13, p. 1419, 1992. Texto original: “As a social system within the societal system, it reproduces society by communication”.

55 *Ídem*, p. 1427. Texto original: “the system is normatively closedand cognitively open, at the same time”.

cial del sistema social ni la autonomía del subsistema jurídico. En tal línea, Cárcova afirma que no todo en la opacidad del derecho es “manipulación, ocultamiento, monopolización deliberada del saber, estrategia de reproducción del poder (...) tal estado de cosas es susceptible de ser democráticamente modificado”.<sup>56</sup>

Pues bien, en primer lugar y en función de aquello de lo que el lector ya ha sido prevenido, nuestra perspectiva es contraria a suponer a la realidad social como un terreno exclusivamente determinado por el par conocimiento-desconocimiento y sus juegos cognitivo-informationales. Por tanto, no suponemos la existencia en la base de la sociedad del individuo racional, aquél capaz de arribar al autoconocimiento, el autocontrol y a la reconciliación consigo mismo. Como señala Jacques-Alain Miller, la impostura del cognitivismo consiste en creer que el hombre es una máquina de tratamiento de información.<sup>57</sup> Por nuestra parte, la subjetividad está siempre-ya constitutivamente barrada y atravesada, por tanto, por aquello que se tramita en el orden de la repetición por estructura, es decir, de aquello vinculado con lo inconsciente y que siempre escapa a la mera instancia cognitiva.

En segundo lugar, la fascinación por el contenido funcional de la apariencia normativa pareciera conducir los estudios a la articulación de instancias informationales para la superación de las carencias en, y producidas por, la forma jurídica. En tal sentido, la excesiva atención en el par conocimiento/desconocimiento puede orientarnos hacia un análisis sistémico-funcionalista en el cual nuestros esfuerzos se orienten a la descripción de los procesos adaptativos entre lo normativo y las expectativas cognitivas.

Asimismo, la preocupación por la sustancia de la forma jurídica también puede llevarnos a buscar cierta relación de causalidad entre la realidad social y la forma jurídica, a través de la demostración de los mecanismos de ocultamiento instituidos por el mismo derecho. Ocultamiento que sólo podría ser probado en la instancia heurística mediante la adopción de tales o cuales conjeturas susceptibles de ser verificadas en el estudio del discurso jurídico mismo: “Es necesario

---

56 Carlos Cárcova, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, p. 183, 2006.

57 Jacques-Alain Miller, “Replegarse sería mortal para el psicoanálisis”, 2008, EOL online publication: [http://www.eol.org.ar/template.asp?Sec?=prensa&SubSec=europa&File=europa/08\\_01\\_19\\_miller\\_entrevista.html](http://www.eol.org.ar/template.asp?Sec?=prensa&SubSec=europa&File=europa/08_01_19_miller_entrevista.html)

postular, como hipótesis, qué es lo que se espera que esté oculto y, después, encontrarlo, o no, en el discurso elegido”<sup>58</sup>. En otras palabras, para aseverar qué esconde el derecho sería necesario abrazar alguna teoría de lo oculto y, luego, contrastarla con la realidad.<sup>59</sup>

Sin embargo, por nuestra parte antes que enfocarnos en la sustancia ideológica de la forma jurídica, o en sus caracteres funcionales, nos interesa hacer hincapié y preguntarnos acerca de la entidad y la eficacia de la apariencia como tal.<sup>60</sup> Es que, como hemos visto, ya sea que centremos nuestra preocupación en las funciones “ocultas” detrás del derecho o que adoptemos *a priori* una teoría del contenido de la apariencia normativa, en ambos casos nos estaríamos dirigiendo *a llenar, suturar o completar al vacío o falta, para nosotros, irreductible de la forma jurídica*. Esta actitud de escenificación de la completitud del semblante jurídico de ningún modo puede ser tildada de inválida mientras se relaciona con la sed propia del cientista, en este caso el cientista del derecho. No obstante, para nuestro abordaje resulta un propósito ajeno, aunque digno de respeto y consideración.

Pero veamos esta cuestión con mayor detenimiento y con la ayuda de la enseñanza lacaniana, por caso prestemos atención al *ejemplo del pote de mostaza* desarrollado por Lacan en el *Seminario 16: De un Otro al otro*. En primer lugar, Lacan señala que la presencia de un pote manifiesta la aparente existencia de una forma y un contenido: un pote por un lado, y un contenido, la mostaza, por otro. Pero lejos de estar determinado el pote por contener necesariamente a la mostaza, “es precisamente por estar vacío que asume su valor de pote de mostaza”<sup>61</sup>. ¿Qué queremos decir con esto? Pues que lo que hace que el pote de mostaza sea precisamente eso es la inscripción en él del nombre mostaza: no hay esencia invariable posible que fije la significación de un significante con un significado, sino tan sólo conexiones contingentes entre significantes. En otras palabras, en el interior, en el contenido, no

58 Como señalaba Óscar Correas en una publicación de hace ya varios años: “Lo que está oculto, postulamos, es la sociedad capitalista” (*Crítica de la Ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*, Mexico DF, UNAM, pp. 271-2, 1993).

59 *Ídem*, p. 272.

60 Sobre este punto puede resultar de interés: Slavoj Zizek, “Contra los derechos humanos”, en: *New Left Review*, nº 34, pp. 85-100, 2005.

61 Jacques Lacan, *El Seminario 16: De un Otro al otro*, texto establecido por J-A Miller, Buenos Aires, Paidós, p. 13, 2008.

hallaremos ningún significado sino tan sólo al significante: “sólo el significante garantiza la coherencia teórica del conjunto como conjunto” (Lacan, 1985: 397).<sup>62</sup>

Por tanto, ningún contenido o significado económico, funcional, social, político o de lo que se trate es capaz, para nuestra perspectiva, de sellar finalmente el vacío constitutivo de la forma jurídica. Y esto, en tanto y en cuanto la primacía del significante en la teoría posestructuralista del signo,<sup>63</sup> nos habilita a afirmar que *no hay cierre del discurso* y, al mismo tiempo, a no desvalorizarlo por esa razón sino a poner de relieve la carga que importa tener que, desde el momento en que reconocemos su plenitud inaccesible, saber hacer con ese discurso.

A partir de allí, el semblante jurídico adquiere centralidad para nuestro análisis toda vez que constituye el terreno de inscripción de los signos sintomáticos de su propia inconsistencia.<sup>64</sup>

### 3.3. Posestructuralismo e ideología: ¿todo es ideología?

Si identificamos la importancia que para el análisis ideológico del derecho conlleva la noción forma jurídica y hemos rechazado considerar a tal o cual contenido como la verdad de esa apariencia, entonces, ¿a través de cuáles instancias teóricas podríamos encarar una crítica a la ideología jurídica? Si nuestro objeto de análisis no pasa por el ocultamiento cognitivo operado por lo jurídico ¿cuáles operaciones podrían ser identificadas como ideológicas?

Pues bien, veamos la propuesta posestructuralista para una teoría de la ideología desarrollada por Ernesto Laclau, con la finalidad de extraer de allí ciertas diferenciaciones clave para arribar a nuestra crítica lacaniana de la ideología jurídica.

62 Jacques Lacan, “La cosa freudiana o sentido del retorno a Freud en psicoanálisis” en: *Escritos I*, Buenos Aires, Siglo XXI, p. 397, 1985.

63 Todo lo cual no implica afirmar que no hay significado posible sino, por el contrario, que la fijación de tal o cual significado a tal o cual significante es siempre parcial y nunca definitiva. La lógica de la significación desde nuestra perspectiva, por tanto, refiere a la posibilidad del movimiento de la significación en relación al significante. Sobre este punto véase entre otros: Yannis Stavrakakis, *Lacan y lo político*, Buenos Aires, Prometeo, 2007. Ernesto Laclau, “Discurso”, en: *Estudios*, nº 68, México DF.

64 Cabe aclarar nuevamente en este punto que la lógica introducida por Lacan de los registros refiere al anudamiento de éstos. Es decir, la presencia de Lo Real no implica un afuera o un límite puramente externo a lo simbólico, sino que la represión de la falta escenificada por la forma jurídica supone la emergencia de retornos indecibles. En este marco, de qué manera tratar con lo imposible, de qué modo ofrecer fundamentos para lo inconsistente, son interrogantes, por tanto, llamados a orientar nuestros estudios.

En primer lugar, el filósofo político argentino coincide, desde la teoría posestructuralista del signo, en asignar la principal importancia analítica a la forma significativa por sobre cualquier pretendida sustancia o esencia de la misma. Desde el momento en que advierte que no existe o, al menos es inaccesible a lo humano, “lo verdadero” por detrás de lo distorsionado o de tal o cual “falsa representación”, alcanzar una posición extraideológica resultaría imposible.<sup>65</sup>

De tal modo, Laclau también señala el carácter inaccesible de una posición metalingüística pura desde dónde ejercer la crítica a la ideología, lo cual no implica postular la imposibilidad de toda crítica a la ideología sino de asumir que en este terreno toda crítica “será necesariamente intraideológica”.<sup>66</sup>

A partir de allí, el fundador de la teoría política del discurso, identifica a “la noción misma de punto de vista extra-ideológico [como] la ilusión ideológica *par excellence*”.<sup>67</sup> Así, *la distorsión* que en otros contextos resultaba ser un concepto que remitía a lo propiamente ideológico,<sup>68</sup> adquiere para Laclau un papel central desde el momento en que se reconoce que cualquier operación metalingüística está ya-siempre distorsionada. En el marco de este trabajo, podríamos afirmar que lo distorsivo de la forma jurídica para las visiones marxistas e instrumentalistas tiene que ver con la deformación que opera sobre la verdadera entidad de las relaciones sociales. Sin embargo, una vez que advertimos el carácter barrado del lenguaje metajurídico, pareciera desvanecerse toda posible crítica a la ideología: si no hay una esencia verdadera más allá de la distorsión lo que nos queda pareciera ser solamente un terreno de por sí distorsionado.

Sin embargo, lo que está aquí en juego para Laclau tiene que ver con el carácter constitutivo de la distorsión en lo social. Como ya señalamos, el postulado laclauiano “la sociedad no existe”, refiere justamente a que para cualquier construcción social de sentido la superación de esa distorsión es inaccesible. En otras palabras, que la clausura final de lo social o la ilusión de arribo a su plenitud es sólo eso una vana ilusión.

---

65 *Op. Cit.*, nota 30.

66 *Ídem*, p. 77.

67 *Ibidem*.

68 Al referir a ocultamiento o falsa representación.

Pero esto no acaba aquí, mientras la distorsión es inherente a la realidad social, su contracara se desenvuelve en los modos de alcanzar tal clausura. Es que si bien la clausura es imposible es, a la vez, necesaria. O en otras palabras, mientras la fijación *definitiva* de un significante a un significado es inaccesible, es imprescindible su fijación *parcial* para lograr un cierto marco razonable de significación y evitar la caída en un universo psicótico carente de anclaje.

Como consecuencia, el foco de atención se dirige a dar cuenta de las operaciones tendentes a actuar esa clausura imposible. Es decir, a los modos por los cuales tal o cual contenido particular *encarna* esa plenitud universal ausente y, al mismo tiempo de que la encarna, necesariamente, la *deforma*.

*Distorsión, encarnación, deformación* son nociones clave para comprender la teoría laclauiana de la ideología: que la distorsión sea insuperable abre el camino para que las tentativas por clausurar lo social siempre fracasen, es decir, siempre estén obligadas a pasar por el proceso de encarnación del universal y de deformación de ese universal. Esta lógica —análoga a la lógica del *petit objet a* lacaniano—<sup>69</sup> es presentada en el plano jurídico por Costas Douzinas como la *paradoja de los derechos* por la cual: “sólo si todos los atributos y características del sujeto recibieran reconocimiento legal, él sería feliz; solamente si las demandas de la dignidad humana y la igualdad fuesen totalmente cumplidas por el derecho, la sociedad sería justa. Pero al igual que el pequeño objeto, los derechos tanto desplazan como llenan la falta y hacen a la plenitud deseada imposible”.<sup>70</sup> Por tanto, todo éxito en el reconocimiento de derechos será siempre parcial, es decir, a la vez que implicará cierta encarnación conllevará su propia deformación e insatisfacción.

---

69 Frente a la falta en el Otro (simbolizada por la formalización lacaniana “A” barrada), que refiere al imposible acceso al objeto primordial, a la Cosa materna, lo que queda es el acceso a objetos parciales incapaces de superarla, al pequeño objeto “a”.

70 Costas Douzinas, *The End of Human Rights. Critical legal thought at the turn of the century*, Oxford, Hart Publishing, p. 314, 2002. Texto original: “only if all attributes and characteristics of the subject were to be given legal recognition, he would be happy; only if the demands of human dignity and equality were to be fully enforced by the law, the society would be just. But like the little objet, rights both displace and fill the lack and make the desired wholeness impossible”. Cabe aclarar que Douzinas toma distancia de esta *paradoja de los derechos* señalando su posible reducción a una *apología de los derechos*. Es que tal lógica es susceptible de caer en un liberalismo banal en el cual se celebren los derechos sin atender a las críticas que sobre ellos, y sus operaciones, pueden ser efectuadas.

Por tanto, para el enfoque laclauiano el campo específico de la teoría posestructuralista de la ideología pasa por el estudio “de los mecanismos que hacen posible esa ilusión [de clausura]”.<sup>71</sup> Sin embargo, cabe advertir que *afirmar que ya no hay salida de la ideología* puede constituir un movimiento mediante el cual se renuncie a la crítica de la ideología en favor de la *mera descripción de las operaciones ideológicas*.

La distinción construida por Lacan entre Lo Real y la realidad excluye la posibilidad de pensar a la ideología en términos de falsa conciencia, es decir, “la fractura, la ‘dislocación’ entre real y realidad, hace que la ideología y la realidad sean lo mismo, un principio de desconocimiento, vía represión primaria o forclusión de lo que es lo real”.<sup>72</sup> Sin embargo, concluir a partir de ello en que todo es ideología desmentiría la misma distinción entre Lo Real y la realidad: si hay Lo Real no sólo hay la realidad-ideológica, también existe un punto extraideológico, que por el hecho de que ser inaccesible a la simbolización, no sobreviene en inexistente.

Si la *crítica a la ideología* deviene en *teoría de la ideología* mediante la cual se podría suponer a la realidad como una totalidad ideológica, entonces nuestra orientación ya no sería por Lo Real (como postulamos al retomar la propuesta epistemológica de Ricardo Entelman) sino por la verificación de los modos en que se suceden los dispositivos ideológicos.

Una nueva especie de conservadurismo, esta vez laico, nos permitiría dar cuenta, sencillamente, de los procesos involucrados en la incesante lucha por los derechos, sus características, sus adversarios, pero de ningún modo nos acercaría a la crítica de esos derechos ni, mucho menos, a identificar aquellos aspectos que refieren al orden de lo estructural y no ya simplemente al ámbito de lo funcional.

Es que, para nosotros, *el posestructuralismo no debe necesariamente devenir en un antiestructuralismo*: el énfasis en el carácter abierto y contingente de las estructuras no debe llevarnos a suponer cierta volatilidad, flexibilidad o inexistencia de las estructuras. ¿Afirmar que no hay salida de la ideología no implica acaso afirmar que no hay

---

71 Ernesto Laclau, *op. cit.*, p. 97.

72 Jorge Alemán, *op. cit.*, nota 1, p. 12.

salida del capitalismo? ¿El estudio regionalizado de las luchas hegemónicas por los derechos no nos impediría acaso advertir la presencia de condiciones estructurales que las exceden y sobredeterminan?<sup>73</sup>

#### 4. Por una crítica lacaniana de la ideología jurídica

Pues bien, habiendo llegado el momento de concluir y recapitular, conviene afirmar que, para nosotros, no-todo es ideología y que es posible la crítica a la ideología en tanto no renunciemos a nuestro deseo por saber y evitemos reintroducir alguna teoría totalizante de lo social que prometa la extinción de la brecha entre Lo Real y la realidad.

Esta cuestión es un dato clave en nuestra propuesta toda vez que a partir de ello podemos pensar en una epistemología de lo jurídico inspirada en la enseñanza psicoanalítica. Epistemología que no parta del axioma del lenguaje como una instancia pura, al igual que proponía Ricardo Entelman, ni tampoco propugne por instancias de formalización metalingüísticas que eliminen las carencias del lenguaje. Como hemos visto, esto nos introduce en el terreno inevitable de la reducción: toda construcción teórica será siempre y en última instancia inconsistente y no idónea para totalizar lo social. Pero esto no implica afirmar un nihilismo vacío en donde cada punto de vista pueda ser, por nosotros, relativizado al extremo. Es decir, esto no necesariamente nos lleva a una relativización cínica de cualquier teoría. De ese modo, poner el foco en el derecho como forma jurídica no nos conduce a abogar por la extinción del derecho burgués ni a ubicarlo como un mero instrumento.

Por el contrario, para nosotros *la orientación por Lo Real* nos implica en una postura ética que pone de relieve y re-sitúa en el centro de la escena jurídica a Lo Político. Mientras las teorías contemporáneas del *juridismo* parecen haber enterrado definitivamente sus instancias fundacionales, o sus componentes mítico-dogmáticos como afirma Legendre, nosotros nos dirigimos a señalar que *la forma jurídica es siempre una forma jurídica no-toda*, una apariencia imposible de

---

73 La sobredeterminación en la teoría política del discurso refiere a aquellas condiciones que si bien son capaces de fijar el sentido de ciertas prácticas sociales son incapaces de hacerlo de manera definitiva o en última instancia.

ser clausurada, un terreno en el cual se inscriben y resuenan los retornos espirituales de Lo Real reprimido.

La forma jurídica como red significante promueve la escenificación de accesos siempre parciales a su propia clausura. Esto implica, como advertía Enrique Marí, la construcción simbólico-imaginaria del poder como un orden armónico y coherente, del derecho como un cemento social imparcial capaz de producir y reproducir soluciones a los problemas sociales. En ese marco, nuestra epistemología supone a Lo Político, como un elemento inextinguible de la realidad, como un presupuesto ontológico a partir del cual es posible pensar al derecho en términos de *modalidad contingente de suspensión transitoria de Lo Político*.

Como vimos, Marx y Pashukanis se animaron a señalar la importancia del abordaje del derecho como forma, abriendo paso al posible estudio de su contenido oculto, es decir, a la relevancia de las instancias extrajurídicas capaces de determinar al derecho. Sin embargo, nuestra propuesta antes que recalcar en la verificación de la esencia jurídica en el marco del desarrollo del modo de producción capitalista, se dirige a interrogarse acerca de esa forma como tal sin las esperanzas de hallar algún significado verdadero oculto. Ello nos abre la posibilidad de abordar *sintomáticamente* a la apariencia jurídica, es decir, de enfocarnos en lo jurídico como terreno en donde emergen los signos de los retornos de Lo Real.

La misma forma jurídica, de tal modo, puede ser abordada como un síntoma de la imposible clausura de la sociedad, en el sentido de dar cuenta de los modos en que articula su significación para reprimir a Lo Real del antagonismo social. Por caso, mientras los derechos de propiedad son postulados por el derecho contemporáneo como universales “para todos”, el tipo de propiedad capitalista se estructura a partir de la relación desigual de la posesión de los medios de producción. Podríamos afirmar que en este caso el tipo de propiedad es el contenido verdadero de la mistificación operada por los derechos de propiedad, y en algún punto estaríamos en lo cierto. Pero para nuestro abordaje de ningún modo ello implica suponer que revolucionando el tipo de propiedad capitalista sería posible librarnos sin más de las

operaciones “mistificadorias” de la forma jurídica. Es decir, una vez descubierta la verdad o esencia de la forma, estamos tentados de suponer que otro contenido será capaz de suturar la forma y borrar de su superficie cualquier síntoma de Lo Real del antagonismo social. Antes que ello, estamos en condiciones de decir que la forma jurídica siempre implicará a un modo, contingente, de “hacer con” el antagonismo y que, en ese orden, lo sintomático no constituye para nosotros un elemento a ser desterrado sino un principalísimo objeto de nuestra atención. En ese sentido proponemos, a la hora de llevar adelante ese “hacer con”, el reconocimiento sin cortapisas de Lo Real del antagonismo, de la división constitutiva de lo social.<sup>74</sup> Como señala Jacques-Alain Miller, Lo Real no tiene ley ni puede tenerla, aun frente a todo intento iluminista de extender el derecho sin límite hasta el punto de darle una ley, de regularlo normativamente.<sup>75</sup> En todo caso estamos hablando de lo que Jodi Dean ubica como una premisa zizekiana: que *la forma jurídica está ya-siempre interna y constitutivamente dividida*. Es decir, marcada tanto por su incompletitud, en cuanto nunca está sostenida en una verdad última, como por su inconsistencia, en tanto “el derecho no es completo o no es todo en la medida de lo que escapa a sus propios principios estructurantes”<sup>76</sup>

Ahora bien, frente a esta propuesta de estudio sintomático de la forma jurídica, es necesario prestar atención a una noción que, junto a la de síntoma, nos permitirá dejar en claro desde dónde es posible, para nosotros, efectuar una crítica a la ideología jurídica. Nos estamos refiriendo a la noción de *fantasma* que, como vimos al abordar la enseñanza del maestro Enrique Marí, es una categoría clínica clave en el andamiaje conceptual lacaniano.

Si la forma jurídica es incompleta, entonces se hacen necesarias instancias que escenifiquen *fantasmáticamente* su completitud, esto es, cierta *modalidad de goce* que sirva de suplemento para soportar subjetivamente esa falta. Por tanto, lo ideológico, como una

<sup>74</sup> Aquí podría ser ubicado lo que Yannis Stavrakakis denomina como la posible “institucionalización de la falta” (*op. cit.*, nota 1).

<sup>75</sup> Jacques-Alain Miller, “El psicoanálisis en sus relaciones con el mercado, la ciencia y la religión”, en *Mediodicho* nº 30, Córdoba, pp. 11-44, 2006.

<sup>76</sup> Jodi Dean, *op. cit.*, nota 2, p. 21. Texto original: “the law is not whole or not all insofar as its own structuring principle escapes”.

analogía de lo *fantasmático*, consiste en aquella operación por la cual se reprime, forcluye o desmiente la división constitutiva de la forma jurídica. Pero estos procesos ideológicos para nuestra perspectiva no se desarrollan exclusivamente en el plano consciente y en función de construcciones puramente racionales de los individuos. Antes bien, el goce refiere a la sumisión del sujeto a sus pulsiones inconscientes, a la presencia inerradicable de la pulsión de muerte. Por tanto, podemos hablar de *agarres afectivos* que sujetan a los individuos a tales o cuales construcciones fantasmáticas.

En este contexto, el goce procurado por el fantasma sostiene la consistencia de la forma jurídica a través de la búsqueda por capturar el objeto primordial-imposible más allá de —y a la vez en— la forma jurídica: en el goce trasgresor de las normas e ideales públicos.<sup>77</sup> Es que la principal operación fantasmática consiste en hacer soportable lo imposible a partir de su igualación con lo prohibido y es justamente en esta instancia en donde se ubica el derecho señalando, en principio, aquellas interdicciones que harán creer en la posible captura del objeto primordial. Así, el sostén ideológico de la forma “derechos de propiedad” estaría provisto por la trasgresión misma de su universalidad a través de la instauración de modalidades institucionalizadas de exclusión social, no sólo respecto de la posesión de los medios de producción sino incluso del acceso mismo al mercado en donde los individuos ofrecen su “propia” fuerza de trabajo. Es por ese motivo que el tipo de propiedad capitalista adquiere tal apariencia, no porque ésta oculte las relaciones entre burgueses y proletarios, sino en cuanto habilita su sistemática trasgresión a través de mecanismos obscenamente institucionalizados de exclusión de grupos o clases sociales.

Esta vinculación entre norma pública y goce trasgresor es conceptualizada por Jason Glynos como una relación de *co-constitutividad*, en tanto “donde existe goce auto-transgresor, ello siempre es experimentado en relación con un ideal particular”.<sup>78</sup> Esto quiere decir, que cada uno de los elementos es, a la vez, el polo aparentemente opuesto y el sostén del otro. Las visiones humanistas y racionalistas

77 Al respecto véase: Jason Glynos, “Self-Transgressive Enjoyment as a Freedom Fetter”, en: *Political Studies*, vol. 56, pp. 679-704, 2008.

78 *Idem*, p. 694. Texto original: “where there is self-transgressive enjoyment, then this is always experienced in relation to a particular ideal”.

del derecho han visto en la educación, concientización, autocontrol y autoconocimiento a las vías para la superación del fenómeno de la trasgresión. Desde el enfoque lacaniano, las prácticas destinadas a realizar cierto ideal no pasan simplemente por una opción consciente. Existen, en este sentido, aspectos relegados por las teorías humanistas y la tradición jurídica que han visto en la subjetividad humana un terreno de pura positividad. Lo que nos enseña la naturaleza del goce autotrasgresor, es la presencia de un *sujetamiento* o *agarre ideológico-afectivo* de los sujetos a cierta construcción fantasmática que lo sustenta. Por tanto, este goce trasgresor antes que constituirse en un instrumento de subversión es, quizás, el principal bastión del sostentimiento del estado de cosas: es un goce conservador en su lógica represiva, restrictiva y repetitiva.

Ahora bien, en ese marco ¿lo que nos queda es sencillamente proponer diversos modos ideológico-fantasmáticos de fijar la completitud de la apariencia normativa? Pues no, por el contrario, nuestra propuesta busca sostener la crítica a partir del *atravesamiento* del fantasma jurídico anclando nuestro punto extraideológico no en la forma jurídica ni en su contenido oculto sino en su división, su falta, es decir, en Lo Real del antagonismo social.<sup>79</sup> En tal sentido, la posición ético-política de la mirada lacaniana de la ideología jurídica no estriba en la mera resignación frente a la naturaleza fantasmática de la realidad. Más bien, propone el atravesamiento del fantasma normativo, el del todo semblante, el de la forma-jurídica-toda, hacia el reconocimiento del hiato fundante de la forma jurídica y sus derivaciones políticas.

No se trata aquí de asumir una posición altamente escrutadora desde la cual distinguir lo ideológico de lo no ideológico, sino de asumir una postura no positivizante de lo jurídico que nos permita ejercer la crítica a partir de aquellos signos de lo real que se suscitan en forma de síntoma en la forma jurídica, como retornos de lo excluido por la función simbólica. En definitiva, hacer de estos “retornos espectrales” y del reconocimiento de lo imposible el punto de partida para la explicación de las prácticas jurídicas. Una tal crítica a la ideología jurídica, antes que buscar el llenado, la completitud del hueco constitutivo de la forma jurídica, permite abordar de algún modo su falta, su imposibilidad.

---

79 Al respecto véase: Slavoj Zizek, *op. cit.*, nota 1.

Atravesar el fantasma normativo implica, por un lado, evitar las posiciones jurídicas aislacionistas que suponen a lo jurídico como un terreno ajeno tanto a las creencias que el mismo derecho provoca como a los agarres ideológicos en él involucrados. Por el contrario, afirmamos que para que el derecho funcione son necesarias instancias que, tradicionalmente, la *doxa* jurídica ha ubicado fuera de lo propiamente jurídico o sencillamente no ha considerado. Es decir, desde nuestra propuesta es impensable concebir al derecho aislado de lo social y, por ende, de lo ideológico, del suplemento fantasmático que le da coherencia.<sup>80</sup>

Por otro lado, implica abordar lo ideológico ya no en términos de aparatos o mecanismos externos sino como aquello que involucra, a la vez, a lo radicalmente exterior a la subjetividad y lo que constituye lo más íntimo del sujeto, es decir, a lo *éxtimo*: “El problema con los datos de la experiencia analítica es que parece, según el testimonio del sujeto, que el exterior, el amo exterior, se encuentra en su sentido íntimo”.<sup>81</sup>

Asimismo, el atravesamiento del fantasma no implica la renuncia a los ideales sino el establecimiento de nuevos vínculos colectivos y subjetivos con los mismos, que nos habiliten a evitar la simple repetición y a abrir nuevos escenarios de construcción política.

Para concluir, podemos situar nuestra propuesta en relación con las nociones lacanianas de *antifilosofía* e *impolítica* y, en ese camino, ubicarnos en lo que podríamos denominar como *antiderecho*.

La antifilosofía, formulada por Jacques Lacan y retomada por Jorge Alemán, hace referencia no a un rechazo de la filosofía “sino a un modo especial de que la filosofía comparezca”.<sup>82</sup> Por tanto, no se pretende, mediante la antifilosofía, la construcción de un edificio teórico sin fisuras sino de un diálogo “no con la historia sino con el (...) acto que en cada pensador tuvo lugar”.<sup>83</sup> De tal modo, este modo de indagación nos permite conectarnos con aquello que usualmente se excluye del pensamiento filosófico: la “certidumbre anticipada” que tuvo

---

80 Para más detalle sobre este punto véase: Jodi Dean, *op. cit.*, nota 2. Slavoj Zizek, *Las metástasis del goce. Seis ensayos sobre la mujer y la causalidad*, Buenos Aires, Paidós, 2005.

81 Jacques-Alain Miller, *Extimidad*, Buenos Aires, Paidós, p. 18, 2010.

82 Jorge Alemán, *Jacques Lacan y el debate posmoderno*, Buenos Aires, Filigrana, p. 38, 2001.

83 *Ibidem*.

lugar en un pensador, examinando “de qué manera se distribuyen el sentido y el goce en ese acto del pensar”.<sup>84</sup>

La segunda, la noción de impolítica, hace referencia a aquello que es irreducible al par problema-solución y que, sin embargo, no implica renunciar a la transformación de lo social. Si la sociedad no puede reconciliarse consigo misma en un acto final de armonía y plenitud, lo político es por definición lo que está para tratar con lo imposible, a partir de allí es posible concebir al advenimiento de lo im-político.<sup>85</sup>

Por último, nuestro *antiderecho* no debe ser entendido como la postulación utópica de la muerte del derecho y la reconciliación humana. Más bien, se corresponde con la indagación que se hace cargo de lo que el discurso jurídico excluye a su paso: *el ser que habla*, el que dice el derecho, y la relación entre la significación jurídica y el *goce allí puesto a jugar*. Esto implica reconocer la imposibilidad de la forma jurídica de abarcarlo todo, de regularlo todo, para, a partir del atravesamiento del *fantasma normativo*, restituir *en lo jurídico* a las instancias político-antagónicas.

De tal manera, la crítica lacaniana de la ideología jurídica se enfoca en promover aquellos momentos políticos capaces de conectar lo sintomático con lo fantasmático en la búsqueda por subvertir las estructuras sociales más sedimentadas.

---

84 *Ídem*, p. 38.

85 Al respecto véase: Jorge Alemán, *op. cit.*, nota 6.

## **Pluralismo Jurídico e Justiça Comunitária na América Latina: Potencialidades a parir da Sociologia das Ausencias e das Emergencias. (Legal Pluralism and Communitarian Justice in Latina-America: Potentialities from a Sociology of Abscences and of Emergences)**

***Jackson da Silva Leal<sup>1</sup>***  
***Lucas Machado Fagundes<sup>2</sup>***

**Resumo:** Trata-se de um estudo que busca identificar no contexto de pluralismo jurídico e no espaço geopolítico latino-americano manifestações de uma juridicidade emancipatória, produzida fora da concepção monista do direito tradicional, por sujeitos historicamente (so)negados em sua cultura popular. A análise se dá a partir da investigação sobre a manifestação de justiça comunitária no contexto de países andinos e uma justiça alternativa na territorialidade brasileira, em suas diversas modalidades e mecanismos, diante da inserção de uma teoria da sociologia das ausências e uma sociologia das emergências como paradigma jurídico para o Sul global a partir das idéias de Boaventura de Sousa Santos. Tal tarefa cumpre afirmar outras formas de justiça, diferenciada da tradição jurídica liberal de produção do direito atomizado em indivíduos isolados, voltando os olhares para as realidades periféricas latino-americanas, onde há inserção de uma nova racionalidade jurídica germinada com impêto emancipatório de alteridade. Consta da metodologia a análise bibliográfica; pesquisa documental indireta e um método procedural comparativo e sociológico das experiências manifestadas em diferentes realidades do continente latino-americano se utilizando como marco teórico o Pluralismo Jurídico de tipo comunitário e participativo proposto por Antonio Carlos Wolkmer. Busca-se demonstrar como os resultados de manifestações diferenciadas ou alternativas de justiça produzidas para integração, identidade e pertinência social dos sujeitos envolvidos, podem apresentar um viés de direito crítico à epistemologia jurídica europeizada, atomizada, excluente e hegemônica/colonizadora.

**Palavras-chave:** Pluralismo Jurídico; Justiça Comunitária; América Latina; Sociologia do Direito; Emancipação Social;

**Abstract:** It is a study that seeks to identify in the context of legal pluralism and the Latin American geopolitical space manifestations of an emancipatory legality, produced outside the monistic conception of traditional law by historically subject (so) denied in its popular culture. The analysis starts from the investigation on the expression of community justice in the context of the Andean countries and an alternative justice in the Brazilian territory, in its various forms and mechanisms, due to the inclusion of a theory of sociology and sociology of absences and emergencies legal paradigm for the global South from the ideas of Boaventura de Sousa Santos. This task meets other forms of justice to say, different from the liberal legal tradition of production in the right atomized individuals, turning their eyes to the realities of Latin American periphery, where there is insertion of a new legal rationale germinated with emancipatory thrust of otherness. Methodology contained in the literature review, desk research and an indirect method and sociological comparison of procedural experience different realities expressed in the Latin American continent is using as a theoretical framework of legal pluralism and participatory community type proposed by Antonio Carlos Wolkmer. It also demonstrates how the results of different manifestations

165

---

1 Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pelotas (UCPel); advogado criminalista inscrito na OAB/RS; mestrando em Política Social (UCPel); bolsista-pesquisador CAPES; membro do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Questão Social, Acesso à Justiça e Direitos Humanos (UCPel), dirección electrónica: jackson.gleonejr@gmail.com.

2 Graduado em Direito (UCPel); Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Doutorando em Direito (UFSC), dirección electrónica: lucas-sul@hotmail.com; recibido 16 de agosto de 2012, aceptado el 5 de diciembre de 2012.

of justice produced or alternatives for integration, identity and social belonging of the subjects involved, may have a bias to the right critical Europeanized legal epistemology, fragmented, exclusionary and hegemonic / colonization.

**Keywords:** Legal Pluralism, Community Justice, Latin America, Sociology of Law, Social Emancipation;

## Introdução

Este trabalho (e esforço teórico) em (re)pensar o Direito e seu paradigma rígido e cerrado de juridicidade parte da breve análise e caracterização do direito ocidental hegemônico, para então adentrar na avaliação crítica fundamentada a partir da teoria crítica e pluralista. Para então, ao fim, analisar práticas mais concretas de juridicidade alternativa e a factibilidade de um projeto de sociabilidade alternativo mais amplo e profundo.

O presente trabalho não tem a pretensão de resolver a questão da juridicidade ocidental, que tem sido extensamente debatida pela crítica (e até mesmo pela dogmática) ao longo dos últimos anos, em especial em teoria crítica do direito. Mas se pretende fortalecer este debate, e quiçá contribuir com a reflexão que diz respeito à posição hegemônica de ser e pensar da epistemologia ocidental e as *procedimentalidades* que se desdobram em práticas científicas e culturais concretas, resultando ainda, em um paradigma de sociabilidade estruturado e estruturante, fechado aos seus postulados e objetivos estratégicos de dominação e cooptação do potencial emancipatório que a humanidade encerra e permite.

Neste sentido, objetiva-se abordar dois dos postulados que têm legitimado —melhor seria dizer, duas ferramentas analíticas que permitem explicar o paradigma de sociabilidade, e consequentemente de juridicidade (que mais importa para este trabalho) que é a razão metonímica e a razão proleptica (SANTOS, 2006), as quais em grande parte dão suporte e estruturam o paradigma epistemológico hegemônico. E nesta linha analisar a contribuição de Santos a partir de sua Sociologia das Ausências e das Emergências para um novíssimo paradigma de juridicidade e sociabilidade genuinamente latino-americano.

Desta feita, parte-se da análise eminentemente teórica, calcada em referencial bibliográfico e que tem como horizonte teórico a crítica do direito, o pluralismo jurídico (WOLKMER, 1997; 2006), trabalha-se com a hipótese (ferramenta) analítica da sociologia das ausências e das emergências de Boaventura Santos (2006).

## **1. Os paradigmas da sociologia jurídica crítica: por uma sociologia das ausências e das emergências para América Latina**

Inicialmente, explorar-se-á (e conduz este trabalho como um todo), a teoria da sociologia jurídica crítica de Boaventura de Sousa Santos, situando as categorias da sociologia das ausências e das emergências para os acontecimentos na América Latina, sua epistemologia e, sobretudo, seu paradigma de juridicidade.

Assim, neste trabalho se propõe analisar o paradigma de juridicidade moderno, algumas de suas dinâmicas e fundamentos. Com isso, observa-se especificamente o caso do espaço global do Sul, em especial a América Latina, inserida num projeto de juridicidade, incluído em um sistema maior —estruturado e, ao mesmo tempo, estruturante— de sociabilidade ou culturalidade que se denomina hegemonic e Ocidental, a partir da contribuição de Santos (2006) na coleção denominada *a ciência o direito e a política na transição paradigmática*.<sup>3</sup>

Exprime-se —a primeira vista—, ao leitor incauto três elementos dissociados (e assim o processo de ocidentalização os pretendeu fazer discursivamente); mas em realidade (ou pelo menos se trabalha com esta hipótese) de uma imbricada relação entre estes elementos de poder/saber institucional.

Sendo para este trabalho de maior peso (preocupação) o caso do Direito, na conceituação de B.S. Santos:

---

<sup>3</sup> Coleção que até o momento compreende os volumes 1 e 4; a obra *Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*; e, a *Gramática do Tempo: para uma nova cultura política* (sendo os outros dois volumes da coleção ainda pendentes de construção ou publicação); mas o desiderato de questionar e tentar (re)pensar as categorias e instituições da política, do direito e da ciência, é encontrado em toda a obra de Boaventura de Sousa Santos, como p.ex. o Discurso sobre as ciências (1987); introdução a uma ciencia pós-moderna (1989); ou, mais recentemente, Sociología Jurídica Crítica: para un nuevo sentido común en el derecho (2010).

Comienzo con una crítica de la concepción moderna del derecho. En mi opinión, la concepción moderna del derecho se fundamenta en tres pilares: el derecho como monopolio del Estado y como construcción científica; la despolitización del derecho a través de la distinción entre Estado y sociedad civil; y el derecho como principio e instrumento universal de la transformación social políticamente legitimada. Mi punto de partida es, entonces, a la crítica de cada uno de estos pilares y la formulación e alternativas a ellos (SANTOS, 2010, p. 47).

Direito que, portanto, em grande medida se vincula à ciência a partir do momento que o mesmo foi transformado mera ferramenta estruturada e estruturante pela cultura jurídica moderna (dogmática positivista); suposta e discursivamente separada da política, pelo imperativo categórico positivistas da neutralidade, o que seria impossível em termos de factibilidade regulatória pela via da política; se questiona veementemente no presente trabalho.

Neste sentido, aborda-se, investiga e reflete-se sobre o paradigma de juridicidade (o Direito) no qual está inserido o continente latino-americano e seu processo histórico de déficits e excessos (de cumprimentos,seguranças e regulação, dominação) de promessas legitimantes forjadas neste transcurso histórico que se estende e legitima desde antes da modernidade (como se a entende – a partir do século XVIII com a Revolução Francesa), ou seja, é um processo que se desenrola e tem sido construído desde o processo de expansão territorial imperialista e da ideologia do capital (ainda neste momento em forja).

No decorrer deste processo, se produziu um imenso e variado devir de crescimento econômico (ainda de extremamente desigual) e tecnológico (e científico – dado que não são sinônimos), e, nesta linha, pontua-se que também se produziu uma imensa ignorância do mundo em que se inseria, a partir do momento em que via apenas em si mesmo, a capacidade de mudar e atuar sobre este mundo, nesta medida, se produz ausências e impossibilidade de acontecimentos, de eventos, de discursos, de mudanças para além da racionalidade eurocêntrica e ocidental. Boaventura já pontuava que se adquiriu mais a capacidade de mudar e dominar o mundo do que e compreendê-lo, e nesta dinâmica se produz tanto conhecimento sobre o mundo, quanto ignorância sobre o mundo (SANTOS, 1987; 89; 2000; 06).

Referindo-se a este processo que Boaventura Santos aponta o paradigma de sociabilidade (no qual se insere as dinâmicas jurídicas e de um caráter estruturado e estruturante da realidade) a partir da razão metonímica, que conceitua como:

A razão metonímica é obcecada pela ideia de totalidade sob a forma da ordem. Não há compreensão nem ação que não seja referida a um todo e o todo tem absoluta primazia sobre cada uma das partes que o compõem. Por isso, há apenas uma lógica que governa tanto o comportamento do todo como o de cada uma das partes (SANTOS, 2006, p. 97).

Assim Boaventura Santos contribui imensamente para a construção de outro saber quando analisa os dois mecanismos de desenvolvimento (ou estratégias) por que se estruturou e sedimentou o paradigma do capital e sua sociabilidade —vontade de poder; e, vontade de impotência— que naquele momento se dirigiam mais especificamente ao outro —oriental. Assim, assevera Boaventura Santos no que diz respeito à dinâmica colocada em prática a partir da razão metonímica:

Como não existe nada fora da totalidade que seja ou mereça ser inteligível, a razão metonímica afirma-se uma razão exaustiva, exclusiva e completa, muito embora seja apenas uma das lógicas de racionalidade que existem no mundo e seja apenas dominante nos estratos de compreensão do mundo constituídos ou influenciados pela modernidade ocidental (SANTOS, 2006, p. 98).

Entretanto, pode-se (servem) utilizar os mesmos mecanismos para analisar a dinâmica ocidental de dominação imperialista frente ao continente americano —como o outro— tido como selvagem a ser humanizado.

Nesta linha que epistemologicamente este paradigma de sociabilidade ocidental (produção de sentidos) se estrutura a partir da razão metonímica como vontade de poder, pois é entendida como uni-

versal, totalizante, abrangendo a completude do mundo; ao mesmo tempo, se utiliza da estratégia da vontade de impotência, discursando-se fragmentária e incompleta a fim de submeter os outros saberes ao seu paradigma de culturalidade e sociabilidade (incluindo de juridicidade) pretensamente universal, de completude.

Boaventura Santos caracteriza o período atual como congregador de cinco características, todas ligadas à razão metonímica: a monocultura e o rigor do saber, o que permitiu à ciência a obtenção do monopólio sobre o conhecimento válido e a dominação da natureza/realidade (e para além da realidade), bem como a deslegitimização e ausência de conhecimentos e saberes alternativos ao paradigma dominante; a manipulação e definição do tempo de forma arbitrária e classificatória como algo linear, retilíneo, que encaminha e separa o antes do depois, o atrasado do desenvolvido, como que questões ontológicas dependentes apenas da colonização temporal ideológica dos postulados paradigmáticos hegemônicos; em terceiro, elenca justamente a lógica de classificação social, que advém na grande medida em que se arroga a capacidade única de determinar o tempo e o saber que definem os seres, as coisas, os saberes, sendo uma classificação determinante da realidade; aponta ainda, em quarto e quinto caracteres analíticos, a escala dominante e a ontologização do paradigma de produção capitalista e toda a trama de relações que o permeiam e o realizam.

Neste sentido, vê-se que todas as características são imbricadas, dependentes e consequentes, uma sobre a outra. O que permite que a dinâmica e estrutura político-social e cultural se transforme em uma dinâmica paradigmática e hegemônica.

Assim, remontando a outro trabalho do autor (SANTOS, 2000), pode-se utilizar ainda, a análise que faz deste paradigma vinculando-o a topografia, sendo este paradigma um mapa em grande escala, o que remonta a característica quarta e quinta, tendo em vista a despreocupação e transformação de ausência com micro relações, com as especificidades culturais e identitárias, que não ocupam espaço no mundo da globalidade, da generalidade, da universalidade.

Para concluir a razão metonímica, assevera Santos (2006) que estas dinâmicas que a compõem, tem por função primordial compri-

mir/resumir o presente meramente ao que existe, ao que é permitido por esta razão existir, e ainda de forma fugaz, como que uma preparação para um futuro, sempre a frente e inalcançável ou infalível, incontrolavelmente controlado.

Tais postulados, ainda, permitem a aproximação da discussão ao paradigma da juridicidade moderna e ocidental (inserido nesta discussão maior), que segue e obedece aos mesmos imperativos categóricos e não se permite a participação e produção de conhecimento acerca das realidades sobre as quais decide. O que lhe permite e lhe legitima a produzir decisões e (in)justiças inumanas.

Nesta crítica, ou análise que se segue (antes de adentrar na crítica propriamente dita), traz-se ainda outra ferramenta analítica que Santos propõe para caracterizar o paradigma epistemológico da modernidade, que é a razão proleptica, complementando o processo iniciado e estruturado a partir da razão metonímica. Assim, e o sistema liberal de sociabilidade e juridicidade proceduralizado pela razão metonímica e tornado ontológico pela razão proleptica que é entendida por Santos como:

não se insere no mundo pela via da argumentação e da retórica. Não dá razões de si, impõe-se pela eficácia da sua imposição. E essa eficácia manifesta-se pela dupla via do pensamento produtivo e do pensamento legislativo; em vez de argumentos e do consenso que eles tornam possível, a produtividade e a coerção legítima (SANTOS, 2006, p. 100).

Entende-se que se estava forjando epistemologicamente e se fundamentando os sentidos que rodeiam modernamente as (in)certezas da segurança jurídica da qual se é refém contemporaneamente (ou pelo menos se faz acreditar que se é refém, novamente colocando em prática a razão metonímica e a razão proleptica).

Assim se entende estar fechado ou concluído o paradigma epistemológico da modernidade ocidental. Após a compressão do presente, vem com a razão proleptica o alargamento do futuro ao infinito e ao inalcançável para a grande maioria; legitimada por um sistema ju-

rídico mecânico e legitimador e um sistema a-político reduzido. Nesta linha, complementa Boaventura S. Santos:

As expectativas modernas eram grandiosas em abstracto, falsamente infinitas e universais Justificaram, assim, e continuam a justificar, a morte a destruição e o desastre em nome de uma redenção vindoura. Contra esse niilismo, que é tão vazio como o triunfalismo das forças hegemônicas [muito embora se discorde deste recorte e acepção do niilismo, tendo em vista que também pode carregar sua carga de contra cultura e contra-hegemonia diante da descrença das expectativas e a sua confrontação com a falta de possibilidades ou desigualdade de possibilidades, diferente do que Santos propõe neste fragmento; mas se concorda com o restante da ideia – da construção das expectativas e das possibilidades a partir do que Dussel (2009) chamaria de factibilidade], a sociologia das emergências propõe uma nova semântica das expectativas. As expectativas legitimadas pela sociologia das emergências são contextuais porque medidas por possibilidades e capacidades concretas e radicais, e porque, no âmbito dessas possibilidades e capacidades, reivindicam uma realização forte que as defende da frustração (SANTOS, 2006, p. 119).

A partir de então, passa-se a trabalhar justamente a necessidade da crítica da razão proleptica e da razão metonímica. Nesta esteira e a partir deste desiderato, que o autor entende se tratar pela sociologia das ausências a responsável pelo alargamento do presente e suas possibilidades de diálogo, de relações de encontro, de refundação da política e da resignificação da democracia.

Assim, de um paradigma de sociabilidade e também de juridicidade de alta intensidade, de pequena escala (retomando a discussão anterior), pois, de um nível de detalhamento e complexidade que se fez ausente no decorrer do devir (que de devir não tem nada, pois, absolutamente controlado pelas dinâmicas que inviabilizam ou invalidam qualquer elemento que fuja do seu deserto do real e do seu controle) e pelas necessidades paradigmáticas ocidentais.

E ainda, pela sociologia das emergências o encurtamento do futuro. Encurtamento não num mero sentido quantitativo, mas num sentido que a modernidade não a concebe, a de possibilidade, de fac-

tibilidade, de concretude, de participação, de um futuro participativo e forjado a partir das necessidades individuais e coletivas, construído individual e coletivamente, e passível de realização para a maioria dos indivíduos nele imbricados e afetados, um futuro democraticamente partilhado e alcançável, pois, trilhado permanentemente.

Por este caminho, não que este seja cerrado —ao contrário, é aberto ao devir histórico das práticas, dos encontros e diálogos—, vê-se que a assim como a racionalidade hegemônica, é inversamente complementar em seu processo de desconstrução e tensionamento, entre o presente e o futuro e sua imbricação. Como propõe B.S. Santos, a “contracção do futuro contribui para o alargamento do presente” (2006, p. 116), justamente pelo fato de que a partir deste processo, o futuro em grande medida se confunde com o presente a partir de seu processo participativo e construtivo.

Interessante quando Santos (2006) traz a contribuição da Ernst Bloch e o conceito de *ainda não*, no sentido de resgatar a possibilidade de acontecimentos, de contatos, de saberes e práticas que estiveram marcadas pela ausência, pela exclusão, pelo esquecimento. Nesta linha, seria o ainda não um resgate da utopia, não num sentido de impossibilidade como a quer a modernidade e seu conhecimento indolente, mas num sentido insurgente, de ainda não aconteceu e está por acontecer, está em processo de construção.

Neste momento, se faz salutar trazer a contribuição de um criminólogo, Jock Young, “precisamos de políticas que partam da margem e vão tão longe quanto seja aceitável (o que significa um longo caminho a percorrer), em vez de políticas que partam do centro e vão tão longe quanto seja caridoso (que não é muito longe)” (YOUNG, 2002, p. 50), e que se aproxima da análise que se tem feito, da necessidade de extrapolar a realidade constituída por este paradigma de regulação dominação epistemológica.

A partir deste entendimento de modernidade (concordando com B.S. Santos, 1987; 1989; 2000; 2006) como sendo um período marcado por uma crise paradigmática, aquela tão profunda em seus postulados e sentidos e com a qual se precisa irromper, o que B.S. Santos entende por Revolução Paradigmática (1987; 89) da ciência, da política e do

direito —uma crise e a necessidade imperiosa de uma revolução paradigmática— que envolve, por ser paradigmática, estes três pilares sustentadores e mantenedores da modernidade ocidental e hegemônica.

Assim que, se trabalha e propugna por um paradigma de Justiça Comunitária como parte deste processo, irrompendo com o Direito Ocidental e sua proceduralidade e racionalidade indolente, e que, assim, envolve não apenas uma irrupção jurídica, mas faz parte de um processo social trilhado no campo da ciência e da política e da aceitação da relação imbricada destes três pilares de forma aberta, e, que um possa contribuir com o outro de forma democrática e não hipócrita e falaciosamente neutra.

Com isso, romper com a dinâmica ontologizada deste paradigma de juridicidade simplista, regulador e castrador e suas supostas (in)seguranças (in)justas como nos apresenta Vera R.P. Andrade (2003); assim, irromper no real da paradigma ocidental e apresentar um paradigma de culturalidade, juridicidade e politização advindo de baixo, da periferia do sistema mundo, da América Latina, para seus próprios problemas herdados do processo colonial, e para um futuro construído a partir do alargamento do presente e do rompimento do silêncio do conhecimento, dos saberes e práticas subalternas e ausentes transformados em insurgentes e emancipatórios —subvertendo o pilar da regulação em que foi transformado o direito, para o pilar da emancipação (SANTOS, 2010) que *ainda não* (remontando a BLOCH, *apud* SANTOS, 2006) ocorreu, e que é um dos elementos conformadores da democracia sem fim (ANDRADE, 2003).

Nesta linha então, e retomando a formulação e entendimento de Direito de Boaventura S. Santos (2010), subverter a partir da Justiça Comunitária e Participativa Insurgente e Latino Americana aos postulados que têm transformado o Direito em mecanismo de dominação hegemônica, tais como o monopólio estatal, a neutralidade político axiológica e a ausência de conhecimentos profanos e a-científicos no bojo de seu saber.

## 2. Repensando a Justiça e o Direito: emancipação social e Justiça Comunitária no contexto de insurgência latino-americana

Antes de adentrarmos na temática central do estudo, precisamente abordar-se-á algumas questões delimitativas relevantes, ou seja, situa-se a situação num espaço-tempo, para que não seja de um vazio histórico a análise, traçando uma linha temporal e marcando o local na história latino-americana. Assim, nos encontramos no espaço-tempo de busca por uma mudança paradigmática, de um processo iniciado ao ano de 1492 com a invasão da América pelos europeus em crise em busca de novas rotas para solucionar seus problemas de ordem sócio-econômico.

A modernidade é um processo gestado no continente europeu ao início da afirmação dos Estados unitários e que culmina com a invasão, conquista e colonização da América Indiana, faremos ao longo dessa exposição referência direta e semi-direta a obra *1492 – O encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade*, de autoria do jus-filósofo Enrique Dussel, argentino radicado no México.

Neste livro, que desmitifica a história (que via de regra é ensinada) a partir da matriz eurocêntrica, desmonta-se as falácias em torno da formação dos povos latino-americanos e se pode configurar como um dos mais belos livros para a reinvenção da América Latina, voltada a libertação ou emancipação em outra racionalidade, que não seja imposta pelo velho continente. Para Dussel, o nascimento da modernidade se dá:

O ano de 1492, segundo nossa tese central, é a data do “nascimento” da Modernidade; embora sua gestação —como o feto— leve um tempo de crescimento intra-uterino. A modernidade originou-se nas cidades européias medievais, livres, centros de enorme criatividade. Mas “nasceu” quando a Europa pôde se confrontar como o seu “Outro” e controlá-lo, vencê-lo, violentá-lo: quando pôde se definir como um “ego” descobridor, conquistador, colonizador da Alteridade constitutiva da própria Modernidade. De qualquer maneira, esse Outro não foi “descoberto” como Outro, mas foi *en-coberto* como o *si-mesmo* que a Europa já era desde sempre. De maneira que 1492 será o momento do nascimento da Modernidade como conceito, o momento concreto da “origem” de um “mito” de violência sacrificial

muito particular, e, ao mesmo tempo, um processo de *en-cobrimento* do não-europeu (DUSSEL, 1993, p. 8).

Na sequência se apresenta, de forma sintetizada, a invenção da centralização do poder político e jurídico a partir de um viés e em uma visão de mundo eurocêntrica, ao qual definimos nas palavras de Dussel citando Hegel,

Perante esta Europa do Norte ninguém mais poderá (como hoje diante dos Estados Unidos) pretender ter qualquer direito, tal como se exprimiu Hegel na *Encyclopédia: Porque a história é a configuração do Espírito em forma de acontecimento, o povo que recebe um tal elemento como princípio natural... é o povo dominante nessa época da história mundial... Contra o direito absoluto que ele tem por ser o portador atual do grau de desenvolvimento do Espírito mundial, o espírito dos outros povos não tem direito algum.* Este povo, o Norte, Europa (para Hegel sobretudo Alemanha e Inglaterra), tem assim um “direito absoluto” por ser o “portador” do Espírito neste “momento de seu desenvolvimento”. Diante de cujo povo todo *outro-povo* “não tem direito”. É a melhor definição não só de “eurocentrismo” mas também da própria sacralização do poder imperial do Norte e do Centro sobre Sul, a periferia, o antigo mundo colonial e dependente. Creio que não são necessários comentários. Os textos falam, em sua esplêndida crueldade, de um criminoso sem medida, que se transforma no próprio “desenvolvimento” da “razão” ilustrada (da *Aufklärung*) (HEGEL apud DUSSEL, 1993, p. 22).

E complementa José Carlos Moreira da Silva Filho,

Trata-se de uma posição ontológica pela qual se pensa que o desenvolvimento empreendido pela Europa deverá ser unilinearmente seguido. É uma categoria filosófica fundamental e não só sociológica ou econômica. “É o movimento necessário do Ser, para Hegel, seu desenvolvimento inevitável”. (...) Assim, a Europa cristã moderna tem um princípio em si mesma, e é sua plena realização. E mais, somente parte ocidental norte da Europa é considerada por Hegel como o núcleo da história: “A Alemanha, França, Dinamarca, os países escandinavos são o coração da Europa”. Logo, Espanha

e Portugal, e consequentemente a América Latina e sua “descoberta”, não possuem a menor importância na constituição da modernidade; isto observa Dussel, é verificável tanto em Hegel quanto, contemporaneamente, em Habermas (SILVA FILHO, 2009, p. 274).

Com esta visão filosófica de mundo o europeu chegou de forma alienígena ao modo de vida e costumes do nativo que habitava o continente chamado equivocadamente de *Índias* que posteriormente veio ser América Latina, apesar de na cultura dos povos da região ser conhecida como *abya ayala*. Tal nome oficial se deu em homenagem ao navegador que de fato concluiu ser aqui outro território que não as procuradas *Índias*.

Enfim, a necessidade de buscar novas rotas e formas de sair da periferia do mundo muçulmano força a Europa a buscar alternativas, para emergir do sufocado espaço geopolítico reduzido de poder, e a única rota possível era ir em direção ao oeste desconhecido e cheio de mistérios, a *descoberta* do novo mundo (América) [...] possilitou que a Europa, ou melhor, o seu “ego”, saísse da imaturidade subjetiva da periferia do mundo muçulmano e se desenvolvesse até tornar-se o centro da história e o senhor do mundo, estado que simbolicamente foi atingido por Hernan Cortez no México (SILVA FILHO 2009, p. 274).

Tanto a invenção da modernidade como seus mecanismos de sustentação sempre se justificaram pelo eurocentrismo, o mito desenvolvimentista e de aculturação do índio americano, a própria forma de ver os povos não europeus significa a justificativa para dominação, via de regra, violenta; responsável por algumas das maiores hecatombes da história da humanidade: a escravidão indígena e negra,

Tudo isto está simbolizado no *mito sacrificial*, isto é, toda a violência derramada na América latina era, na verdade, um *benefício* ou, antes, um *sacrifício necessário*. E diante disso, os índios, negros ou mestiços eram duplamente culpados por serem *inferiores* e por recusarem o modo

*civilizatório de vida ou a salvação*, enquanto os europeus eram “inocentes”, pois tudo que fizeram foi visando atingir o melhor (SILVA FILHO, 2009, p. 275).

A colonização não foi um processo que se extinguiu com a independência formal do Estado nação. Assimilada a cultura da metrópole, a independência real de vida e cultural é o movimento que ainda está sendo moldado pelos povos do continente americano; sendo é um amplo processo que tem seus reflexos contemporaneamente no modo de vida; modo de vida este que foi imposto e criou uma forma de viver homogênea e intolerante com o Outro.

O autor Enrique Dussel trabalha a idéia de conquista como processo necessário para assentar a colonização e a dominação do mundo descoberto; menciona ainda que:

A *conquista* é um processo militar, prático, violento que inclui dialeticamente o Outro como o *si mesmo*. O Outro, em sua distinção, é negado como Outro e sujeitado, subsumido, alienado a se incorporar à totalidade cominadora como coisa, como instrumento, como oprimido como *encomendado*, como *assalariado* (nas futuras fazendas), ou como africano escravo (nos engenhos de açúcar ou outros produtos tropicais) (DUSSEL, 1993, p. 44).

Esse processo de colonização e dependência gerou os filhos da invasão/opressão:

O conquistador mata o varão índio violentamente ou o reduz à servidão, e “se deita” com a índia (mesmo na presença do varão índio), se “amanceba” com elas, dizia-se no século XVI. Relação ilícita, mas permitida; para outros necessária, mas nunca legal – de fato, o espanhol, quando podia, casava-se com uma espanhola. Trata-se da realização de uma voluptuosidade frequentemente sádica, onde a relação erótica é igualmente de domínio do Outro (da índia). Sexualidade puramente masculina, opressora, alienante, injusta. “Coloniza-se” a sexualidade índia, ofende-se a erótica hispânica, instaura-se a moral dupla do machismo: dominação sexual da índia e res-

peito puramente aparente pela européia. Dali nasce o filho bastardo (o “mes-tíco”, o latino-americano, fruto do conquistador e a índia) e o crioulo (o branco nascido no mundo colonial de Índias) (DUSSEL, 1993, p. 52).

Resta, para não se tornar demasiado detalhada esta etapa, demonstrar os sujeitos historicamente oprimidos por um método do qual atua(ra)m como sujeitos passivos, alijados do poder decisório, e que irão compor um elemento chave na reinvenção do espaço público e mesmo do Estado como experimentalismo dentro do novo paradigma de direito, o qual se irá abordar mais adiante.

Dussel se refere ainda ao chamado *bloco social de oprimidos*, no qual se pode, conforme a análise de José Carlos Moreira da Silva Filho (2009) assentar uma divisão entre o período pré-independência formal e outro a partir da formação dos Estados Nacionais, veja-se um por um, pois serão relevantes para compreensão da busca de poder, direitos e espaço na produção da sociologia das emergências, e assim compreenderemos a insistência nas categorias identificadas com a cultura que os povos irão gerar na margem do Estado.

O primeiro rosto da exclusão e opressão latino americano são os índios, violentados na sua cultura e modo de vida, escravizados, dizimados impiedosamente,<sup>4</sup> condenados pelo seu jeito de viver com harmonia na natureza e por sua visão de mundo, tido como povo *atrasado* e que mereceria o *sacrifício* imposto pelo *sábio* europeu e seu modo de vida *moderno*, embasado pela sua racionalidade de *emancipação* do índio da sua ignorância, infantilidade ou mesmo monstruosidade.

Os índios tiveram um defensor após alguns anos da invasão, sofrimento e subjugação, o religioso espanhol Bartolomé de Las Casas, incansável defensor dos povos indígenas, um dos pioneiros no continente latino americano na defesa dos direitos humanos, que atra-

---

<sup>4</sup> Sobre violência contra os índios, ver importante obra do brasileiro Darcy Ribeiro, intitulada *Povo Brasileiro*, na primeira parte em que dirá o modo violento com que se deu a dominação na América indiana; ou ainda, vale mencionar José Carlos Moreira da Silva Filho (2009) em uma referência ao religioso espanhol Bartolomé de Las Casas: “Faziam apostas sobre quem, de um só golpe de espada, fenderia e abriria um homem pela metade, ou quem, mais habilmente e mais destramente, de um só golpe lhe cortaria a cabeça, ou ainda sobre quem abriria melhor as entradas de um homem de um só golpe. Arrancavam ao filhos dos seios da mãe e lhes esfregavam a cabeça contra os rochedos enquanto os outros os lançavam à água dos córregos rindo e caçoando, e quando estavam na água gritavam: *move-te, corpo de tal!*? Outros, mais furiosos, passavam mães e filhos a fio da espada (LAS CASAS apud SILVA FILHO, 2009, p. 279).

vés de estudos e sua vivência no novo mundo e horrorizado com a残酷 dos espanhóis; resolve então, questionar junto à Corte espanhola o real objetivo da colonização, obtendo algumas vitórias no campo da afirmação de algumas leis protetoras para os indígenas, mas faticamente ignorada pela ganância do *invasor europeu*, pois, para estes últimos existiria apenas uma lei, esta era a exploração sem limites e um Deus que os abençoava —que era reluzente e bruto e se chamava *ouro* ou qualquer outro metal precioso de valor no velho mundo.

O segundo rosto é o do negro escravo, ao qual Dussel atribui à seguinte referência:

Em Cartagena de Índias, o mesmo, podia acontecer numa colônia inglesa, portuguesa ou francesa, tirava-se a roupa dos africanos, homens e mulheres, e eram colocados em lugares visíveis, no mercado. Os compradores apalpavam seus corpos para constatar sua constituição, apalpavam seus órgãos sexuais para observar o Estado de saúde de mulheres e homens; observavam seus dentes para ver se estavam em boas condições, e, segundo seu tamanho, idade e força, pagavam em moedas de ouro o valor de suas pessoas, de suas vidas. Depois eram marcados com ferro em brasa. Nunca na história humana tal número e de tal maneira coisificados como mercadorias, foram tratados membros de nenhuma raça. Outra glória da Modernidade! (DUSSEL, 1993, p.163).

Torna-se importante mencionar conforme extraído da leitura de Boaventura de Sousa Santos (2009), que após séculos de escravidão negra no Brasil, o país foi apenas nestes últimos anos resolver sua questão de dívida com esse povo. Tem-se no dia 13 maio, a *comemoração* ao dia da libertação dos escravos negros, mas resta refletir algumas questões. Foram libertos do quê? da opressão? da marginalização? do navio negreiro para o camburão ou para as penitenciárias? Quando no país foi de fato dado espaço para inserção social do negro *liberto* após a *Lei Áurea* ou seus descendentes, e sua afirmação enquanto ser humano livre e digno? Ainda, que respeitosamente existam posições contrárias as ações afirmativas em favor dos afrodescendentes, se esta de acordo com Santos, quando o mesmo refere que:

Miren cómo Brasil, por primera vez en su historia, admite que es una sociedad racista y que necesita una acción afirmativa y de discriminación positiva, para las comunidades negras, afro descendientes, casi doscientos años después de la independencia. Es decir que recién ahora los países están reconociendo su pasado colonial (SANTOS, 2009, p. 28).

Segue-se ao terceiro rosto, o *Mestiço* —filhos de *Malinche* (a traidora) com o Espanhol dominador, ou mesmo, Iracema, na literatura brasileira (SILVA FILHO, 2009)—, nem tanto sofrido como nas violências dos índios e negros, mas referencial simbólico do jugo europeu de *subcultura* latino americana, colocado na situação de dependência da metrópole, ou seja, da negação da mãe pela cultura do pai.

E, o quarto rosto, os *Crioulos* ou *Criollos* em espanhol, filhos de *brancos* nascidos nas índias, e que segundo José Carlos Moreira da Silva Filho (2009), [...] representaram uma classe dominada na Espanha, pelos Habsburgos e pelos Burbões e, no Brasil, pelos reis de Portugal. Ambos são os que, assim como os índios, tem sua terra natal na América, mas uma confusão moral e histórica do seu passado e de sua cultura, sendo incorporados como submissos ao pujante processo civilizatório eurocêntrico. Com estes *rostos dusselianos*, conclui-se os quatro rostos do período colonial.

Já ao tempo da formação do Estado nacional destacam-se mais três rostos propostos por Dussel, que completam a história da dominação na América. Desses, o quinto rosto é dos *camponeses*, que podem ser índios, negros, mestiços que sofreram opressão das oligarquias rurais proprietárias de terras e poder, os quais foram ao longo do tempo violentamente marginalizados pelo sistema capitalista periférico da industrialização tardia a formar o êxodo rural; e, um esquadrão de *operários urbanos*, sexto rosto da exploração e opressão de que fala Dussel, submissos ao capital internacional de empresas multinacionais. Por fim, dentro do sistema peculiar do capitalismo [...] existência de um ‘exército operário de reserva’ que o fraco capital periférico não pode absorver. Tal ‘exército’ compõe o sétimo rosto: o dos ‘marginais’ ou miseráveis, que, oferecendo o seu trabalho a preço subumano [...] (SILVA FILHO, 2009, p. 302). Torna-se importante destacar duas conclusões de José Carlos Moreira da Silva Filho (2009),

Emergindo dessa viagem às raízes do ser latino-americano, pode-se perceber duas coisas básicas: Primeiro, que este povo foi vítima de um processo de modernização que ocultou e oculta a violência praticada contra os seus pares, violência essa justificada por um discurso antropológico racista e cuja história é preciso ser resgatada para que se tenha noção da existência de um outro “sujeito histórico” que não o europeu; segundo que existe uma cultura sincrética popular, produto exclusivo das tradições latino-americanas e de sua interação com outras culturas, existe uma particularidade e especificidade que não se reduz às fórmulas das ideologias eurocentristas (SILVA FILHO, 2009, p. 302).

No intuito de resgatar a cultura popular encoberta pelo eurocentrismo avassalador, pugna-se pela perspectiva do *sul global*,<sup>5</sup> destacado por Boaventura S. Santos, que é uma categoria epistemológica importante para fazer a leitura do mundo e da modernidade longe das concepções da racionalidade ocidental europeizada, ou, atualmente por dizer também *norte americanizada*. As respostas para as questões intrincadas que a racionalidade positivista do direito tradicional produz não consegue dar conta de esconder ou minimizar a emergência do debate e do acerto de contas com a história colonial.

Assim, as elites dirigentes intenta(ra)m desesperadamente a reconquista da *ordem* (sua ordem excludente e marginalizadora), para o desespero dessa camada social que é evidente nas ofensivas que a mídia hegemônica protagoniza diariamente e também nos últimos processos eleitorais no continente, em que partidos políticos conservadores e setores conservadores da igreja e sociedade tenta(ra)m desestabilizar a marcha de liberdade e reinvenção da democracia e do espaço público como campo de luta e descentralização de poderes.

Em razão disso o estudo do direito no continente latino-americano encontra-se em avançado processo de reinvenção, está em marcha um novo paradigma do direito e do Estado (Pluralismo Jurídico e Plurinacional e pluricultural) que revela a importância política do movimento que vai da busca do resgate da cultura que foi violentamente

---

<sup>5</sup> El primer paso es aprender con el Sur. El Sur son los pueblos, los países y las naciones que han sufrido más con el desarrollo del capitalismo global, porque se mantuvieron como países subdesarrollados, en desarrollo permanente, sin llegar nunca el marco de los países desarrollados. Y por eso, aprender con el Sur significa que la comprensión del mundo es mucha más amplia que la comprensión occidental del mundo (SANTOS, 2009, p. 196).

encoberta e marginalizada por um processo que se fez arrogantemente hegemônico, e que ainda está ocultado numa democracia hipócrita.

Assim, entre outras questões, o que as recentes constituintes de países como Bolívia, Colômbia, Equador e Venezuela revelam é a necessidade da reinvenção das instituições jurídicas e políticas no continente latino americano, para inserção da cultura autóctone negada e da cultura sincrética popular produzida pelos rostos da exclusão social resultado da colonização. Insere-se aqui a discussão de uma sociologia das ausências, ou seja, das práticas ausentes da *horda* oficial dos debates jurídico e políticos ao longo dos séculos.

Destarte, em termos de uma visão de descolonialidade ou mesmo pós-colonialidade (SANTOS, 2009), existe outra idéia de direito, caracterizada por diversas concepções democráticas, pluralismo jurídico, interculturalidade e principalmente um conceito de nação para além da reduzida idéia tradicional liberal.

Enfim, uma nova institucionalidade baseada no respeito à diferença e principalmente preocupada em recuperar desigualdades históricas, atribuindo poder democrático às comunidades segregadas pelo poder opressor das elites, oligarquias e aristocracias proprietárias e comprometidas com o poder externo.

Afinal, pode-se caracterizar este *novo constitucionalismo emancipatório*, ocorrido ao longo da última década do século passado, como um movimento popular de exigibilidade de nova *mirada* política, com mudanças institucionais profundas. O constitucionalismo que vem das bases populares e, é por ela influenciado —*constitucionalismo desde abajo*—; onde o poder constituinte popular se sobrepõe ao poder constituído e comprometido com as elites dominantes (constituinte *desde arriba*). Constituem-se, assim, numa manifestação política popular, participativa e atuante de diversos setores, alguns historicamente marginalizados e isolados por um pensamento e uma prática política e jurídica da mentalidade eurocêntrica. Boaventura S. Santos, destaca que esse movimento,

Contrariamente, la voluntad constituyente de las clases populares, en las últimas décadas, se manifiesta en el continente a través de una vasta movi-

lización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionaldades). Estos cambios, en su conjunto, podrán garantizar la realización de políticas anticapitalistas y anticoloniales (SANTOS, 2010a, p. 72).

É justamente dentro desse propósito que será analisado nas próximas linhas as principais características da produção de uma sociologia crítica nesses movimentos político-jurídico, desnudando as principais vertentes da quebra de paradigmas que lhe rendem a estampa de inovador, transformador e/ou experimental, ou mesmo a *refundação do Estado é um período de transição, lenta transição para um novo período da humanidade, em que o fim do colonialismo e do capitalismo são utopias alimentadas, porém alimentadas pela esperança de irromper noutra realidade* (SANTOS, 2010a).

Nessa senda, atenta-se que as características peculiares para este período é a mudança no paradigma da ordem jurídica, que agora passa ser da pluralidade de normatividades, baseado nas diferenças e no diálogo intercultural, uma nova idéia longe das correlações centralizadoras de poder e concentração das decisões nas mãos de uns poucos, ou seja, não mais uma ordem constitucional do Estado moderno, mas outro momento do próprio Estado e do constitucionalismo —um novíssimo paradigma de juridicidade.

Vale lembrar que apesar do avançado momento que vive os países andinos como Bolívia e Equador em seus embates políticos, estas lutas devem ser entendidas como problemas comuns a todos os países latino americanos. Onde o horizonte de lutas que buscam (emancipação e descolonialidade) é um processo que une pela semelhança da formação histórica subjugada.

Assim, também incluir as discussões sobre as juridicidades latino americanas dentro do contexto daquilo que recentemente B.S. Santos, no tocante à reinvenção do Estado e das perspectivas institu-

cionais políticas e jurídicas, lança como idéia de praticidade da sociologia das ausências e a sociologia da emergências, sendo utilizado na articulação de diferentes manifestações culturais da produção da justiça, a compreensão filosófica da hermenêutica diatópica,<sup>6</sup> para se ter o entendimento do diálogo nas perspectivas diferenciadas culturalmente.

Ambas as categorias teóricas de embasamento do trabalho, se propõem colocar em relevância a propositura da *epistemología del sur*<sup>7</sup> no campo da produção do conhecimento sobre a normatividade social, por se tratar de investigar a evidência dos resultados práticos sobre construções epistemológicas, eminentemente geradas a partir da criatividade e necessidades sociais de normas para organização comunitária em prol do coletivo.

A escolha por estas categorias darão fundamento para o complexo estudo na conjuntura periférica global, e irão lançar os alicerces das propostas de descolonialidade da justiça, operacionalizando-as juntamente com as leituras das filosofias de libertação, termos úteis para manusear os fenômenos políticos, sociais e jurídicos no continente latino americano.

Contudo, como teoria de base para explorar as experiências no continente, tem-se o pluralismo jurídico. Destaca-se a importância teórica de diversos autores de renome que já trabalharam a temática contrapondo-se a ordem Estatal tradicional monista de ver o direito.

Entretanto, não se pretende dar conta das amplas manifestações teóricas. Em razão disso, no âmbito desta pesquisa vale à pena citar por relevância histórica os estudos na América Latina, começando no Brasil por Boaventura de Sousa Santos (direito de Pasárgada nas favelas do Rio de Janeiro) estudo da produção de um direito alternativo ao *Direito do Asfalto*, em analogia ao direito produzido pelo Estado; cabe referendar ainda, o estudo de Joaquim Arruda Falcão e as ocupações de terra no Recife, [...] no qual o autor examinou atentamente uma

6 La hermenéutica diatópica consiste en un trabajo de interpretación entre dos o más culturas con el objetivo de identificar preocupaciones isomórficas entre ellas y las diferentes respuestas que proporcionan (2010a, p. 46).

7 Entiendo por epistemología del Sur el reclamo de nuevos procesos de producción y de valoración de conocimientos válidos, científico y no-científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido de manera sistemática las injustas desigualdades y las discriminaciones causadas por el capitalismo y por el colonialismo (2010a, p. 43).

*série de experiências empíricas que comprovam a ocorrência de pluralismo jurídico no Brasil. No seu entender ocorreram, no país, duas modalidades de Direito: um Direito legal estatal e um Direito social não-estatal (WOLKMER, 2001).*

Já em Brasília, especificamente na Universidade de Brasília, encontra-se a histórica projeção extensionista conhecida como Direito Achado na Rua, coordenada por José Geraldo de Sousa Júnior no fim dos anos 80 e início dos anos 90, com suas preocupações com a aplicabilidade do direito na realidade social, em destaque a ocupações urbanas no plano piloto, atualmente o projeto tem suas atenções voltadas a causas das mulheres como as atividades das Promotoras legais populares e também educação popular.

Nos demais países do continente, encontra-se no México o autor Jesús De la Torre Rangel, pluralismo jurídico em comunidades indígenas —Justiça Comunitária de Guerrero—, segundo Wolkmer (2001) *Torre Rangel defende que o Direito não só pode ser usado politicamente, como a política do Direito está direcionada ao espaço do uso alternativo do Direito em favor dos pobres e dos índios.* Ainda no México, encontra-se o autor Oscar Correas, o qual *partindo de pressupostos oferecidos pelo marxismo, ele faz uma crítica contundente ao direito moderno [...], o autor defende uma concepção de Direito voltada para os conteúdos normativos enquanto materialização dos fenômenos sócio-econômicos* (WOLKMER, 2001).

Têm-se ainda as preocupações do autor colombiano German Palacio e seu livro *Pluralismo Jurídico*, em sua pesquisa destaque para [...] os serviços legais inovadores, as práticas jurídicas alternativas, a administração da justiça e os influxos da globalização na esfera da legalidade. (WOLKMER, 2001), são alguns referenciais da filosofia e da sociologia jurídica que podem ser destacados no âmbito geral e que serão de relevância para a compreensão da temática no continente.

Contudo, teoricamente embasado e de imediato, interessa o posicionamento do autor Antônio Carlos Wolkmer, em seu pluralismo jurídico de tipo comunitário participativo, em sua manifestação como justiça alternativa e comunitária, dentro da perspectiva de juridicidade insurgente, situado a partir da historicidade crítica e da crise da justiça tradicional.

Nesse sentido, designadamente basilar-se-á o desenvolvimento da crítica jurídica e reflexiva ao próprio pluralismo jurídico dentro dos cinco pilares da expressão comunitária participativa: a) legitimação de novos sujeitos sociais; b) fundamentação na justa satisfação das necessidades humanas; c) democratização e descentralização do espaço público participativo; d) defesa pedagógica por ética da alteridade; e) consolidação de processos conducentes a uma racionalidade emancipatória.

Expõem-se cada item, começando pela legitimação dos novos sujeitos sociais em contraposição ao sujeito coisificado, abstrato, privado e metafísico do liberalismo moderno.

Em seguida, impõe-se a exigibilidade política da satisfação das necessidades fundamentais, que são exigências por bens materiais e imateriais de sobrevivência.

Para isso necessita-se da democratização e da descentralização do espaço público, ou seja, da reinvenção do espaço público tradicional dominado por clientelismo, autoritarismo e instabilidade sociopolítica para uma cultura de participação popular intensa.

Outra característica é a defesa pedagógica em favor ética da alteridade que, segundo Wolkmer (2006), [...] é a ética antropológica da Solidariedade [...] comprometida com a dignidade do outro. Por último, a consolidação de processos conducentes a racionalidade emancipatória; ou seja, [...] racionalidade anti-tecnico-formal, oposta a concepções operacionalista, calculista [...] voltada aos interesses históricos, da expressão de uma identidade cultural.

Evidencia-se um pluralismo jurídico de base comunitária, não se confundindo com o reconhecimento e impulso dado pelo pluralismo de Estado, aquele conformado em políticas públicas advinda da constatação de insuficiência de resposta por parte do Direito tradicional às complexidades sociais, na reformulação dos conceitos dentro da ótica liberal/individualista de matriz filosófica iluminista e burguesa que procura se adequar a nova realidade para seguir hegemônica, tal como ocorre nas políticas reformistas judiciais, em que os tribunais se lançam em programas assistencialistas de prestação jurisdicional voluntária e caritativa, minorando a *carga de culpa* de seus operadores,

seja pela morosidade ou pelo distanciamento histórico impetrado por seus antecessores.

Por este intento, observa-se nos países andinos em relação com as práticas de justiça alternativa ou comunitária no Brasil, a insurgência da nova cultura jurídica, resgatada da história e do encobrimento que o mito da modernidade lhe fez sombra, em que rostos e culturas foram suprimidos, excluídos e ocultados na sua diversidade e produção cultural, jurídica, política e modo de vida (DUSSEL, 1993).

Assim, tem-se claro que o projeto está caracterizado por propostas radicais de transformação nas bases da relação social e do direito, mudança de comportamento e costumes no estudo e uso jurídico, tais como destaca novamente Wolkmer:

O certo é que na construção de uma nova cultura jurídica e de um projeto ético-político da cotidianidade, deve-se ter presente tanto a modificação da estrutura social vigente quanto à sedimentação de um espaço comunitário, marcado pela alteridade, pluralismo, participação e solidariedade, garantindo, sem o monopólio repressivo de qualquer indivíduo, classe ou grupo, o exercício e a realização em sua dimensão humanizadora (1991, p. 48).

Nesse sentido, apresenta-se a pluralidade jurídica como forma de emancipação social, tomada de consciência pelas comunidades que na luta por justiça criaram alternativas de resistência e enfrentamento às ofensivas segregações que sofre(ra)m. Resta questionar, refletir, explorar, pesquisar um conteúdo de justiça que une as vontades e os desejos dessas práticas jurídicas insurgentes, seja alternativa, autorizada ou apoiada pelo Estado, ou mesmo enquanto manifestação de outro modelo de juridicidade.

Entretanto, cabe analisar quando da intervenção do Estado em programas de Justiça Comunitária, na medida em que estas práticas (políticas públicas, muitas vezes) podem tornar-se uma forma de barrar a proliferação da resistência ou até mesmo *minar* seu ímpeto emancipatório, insurgente e pluralista.

Dessa forma, ao destacar a relevância dos ensinamentos, mecanismos e exercícios da juridicidade marginalizada, que viveu a beira

da epistemologia jurídica alienígena e dominante; procura-se demonstrar o comportamento da justiça na ordem pluralista dos países andinos e os procedimentos da cultura jurídica num contexto de reformas, transição e transformação.

Contudo, importa lembrar que pluralismo jurídico consiste na teoria que se pode dividir em duas tipologias segundo Wolkmer (2006): *Pluralismo Jurídico Conservador* de matriz liberal individualista, indivíduos isolados, mobilizados em intentos privatistas econômicos, poderíamos mencionar as práticas de arbitragem comercial intentada por agentes financeiros com fulcro nos seus interesses lucrativos privados; e, o *Pluralismo Jurídico Emancipatório*, este integrador, une indivíduos, sujeitos e grupos organizados em torno de necessidades comuns.

Nesse diapasão, o mesmo autor trabalha uma classificação importante para a elaboração do estudo em pauta, relacionada ao Poder Estatal e outra ao Poder Comunitário (local, autóctone, originário, campesino, alternativo). Tendo em voga a classificação, faz-se uma análise da observância para melhor compreensão prática de como se manifesta tal divisão e sua significância para abordagem das experiências acima, vale a diferenciação de um projeto pela via estatal e um genuinamente comunitário:

É neste patamar que se processa a dualidade entre um “pluralismo jurídico estatal” aparente e um “pluralismo jurídico comunitário” autêntico. Concede-se o primeiro como aquele modelo reconhecido, permitido e controlado pelo Estado. Admiti-se a presença de inúmeros “campos sociais semi-autônomos”, com relação a um poder político centralizador, bem como múltiplos sistemas jurídicos estabelecidos verticalmente e hierarquicamente através de graus de eficácia, sendo atribuída à ordem jurídica estatal uma positividade maior. Perante isso os direitos não-estatais representam uma função residual e complementar, podendo sua competência minimizada ou incorporada pela legislação estatal. No que concerne ao “pluralismo jurídico comunitário”, este age num espaço formado por forças sociais e sujeitos coletivos com identidade e autonomia próprias, subsistindo independente do controle estatal (WOLKMER, 2001, p. 201).

Diante disso, tendo como concepções de justiça a *justiça alternativa*<sup>8</sup> e justiça comunitária, originária, campesina, propõem-se problematizar a sociologia jurídica pelo viés tradicional, pautados pelos conceitos acima, voltados para dirimir as desigualdades aberrantes de miséria. Estas opções periféricas de justiça desnudam as ingerências hierarquizadoras do direito moderno e suas promessas vazias e expectativas minoradas nos tribunais, aos quais arrastam no tempo os anseios sociais e os minimizam em acordos ou conciliações prévias, a triste sina de quem não tem poder aquisitivo ou político.

Assim, opera-se o conceito de justiça no direito hegemônico, ao qual é contraposto pelo desejo de justiça social das comunidades, o objeto de luta das propostas insurgentes. A.C. Wolkmer salienta, como correlata, ao pluralismo jurídico proposto:

Ainda que se possa reconhecer inúmeros significados para a Justiça, o sentido específico que interessa operacionalizar aqui é o da Justiça social relacionado às necessidades por igualdade de oportunidades e condições de vida. Deste modo, o conceito de Justiça presente nos movimentos sociais não se reduz a uma proclamação estática e abstrata, mas se faz através de lutas concretas por oportunidades iguais no processo de produção e distribuição de bens. A Justiça em sua dimensão social e política defini-se pela satisfação das necessidades mínimas e justas que garantam as condições (materiais e culturais) de uma vida boa e digna (WOLKMER, 2001, p. 36).

As formas de justiça comunitária genuinamente local, não apenas observam o caráter da cultura, como também pugnam por meios igualitários (materiais) no sentido que venha beneficiar ambos os sujeitos envolvidos, diferentemente dos mecanismos tradicionais que

---

8 *Esto ha generado el surgimiento de lo que se denomina la justicia alternativa, que no es otra cosa que el desapego del aparato judicial o del mecanismo estatal de resolución de conflictos, donde abandonado un tanto los apótegmas mencionados de generalidad y abstracción de la ley, se entra a atender cada caso concreto según sus circunstancias propias y específicas, pues si el derecho es vida, su regulación tiene que seguir lo curso de la vida, por lo que debe tener diversas manifestaciones y ofrecer nuevas soluciones, acudiendo para ello a fórmulas que colmen las aspiraciones de justicia real y de equidad, que reclama la comunidad desamparada de seguridad jurídica.* (ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert. La justicia comunitaria: aportes a la construcción de un nuevo orden jurídico social. In: LÓPEZ B., Manuel et al. Justicia Comunitaria y Jueces de Paz. Las técnicas de la paciencia. Medellín, Colombia: Corporación Región; Red de Justicia Comunitaria, Instituto Popular de Capacitación de la Corporación de Promoción Popular, 2000. pp. 34-62).

se aplicam as realidades abstratas. Nos casos de justiça comunitária é observada a realidade concreta em que todos estão submersos e, não ignorando esta, parte-se para princípios de igualdade em sentido anti-formalista. Deste intercâmbio participativo e plural, nascem às condições para emancipação social das comunidades oprimidas, rompendo com o caráter individualista, abstrato e homogeneizador da legalidade estatal.

Para quem trabalha com justiça comunitária, a origem da discussão se traduz em que [...] *o problema não somos nós. O problema está no lugar onde sempre esteve desde seu nascimento, está na justiça liberal, seus saberes e suas práticas perversas indolentes frente ao sofrimento alheio. Aí está a questão inicial de uma ampla luta pela Justiça*<sup>9</sup>.

(CHIVI VARGAS, p.10, 2010), fator que reforça a idéia de descolonizar e politizar a luta por um acesso à justiça de base comunitária e participativa no contexto de pluralismo jurídico.

Utiliza-se novamente as palavras de Chivi Vargas, sobre a jurisdição ordinária do ponto de vista crítico para um pensamento latino-americano:

Bolivia esta enfrentando un nuevo tiempo político, sin recetas de por medio, sabiendo que un Nuevo Estado es la base de un Nuevo Derecho y una Nueva institucionalidad. Bolivia esta enfrentando el reto de *Descolonizar el Estado desde el Estado; Descolonizar el Derecho y la justicia*. O se mantiene al “sistema judicial formal y ordinario” en calidad de rehén de los otros poderes o enfrentamos sinceramente el reto de su verdadera independencia política (CHIVI VARGAS, 2010, p. 9).

Nessa empreitada, ao falarmos de justiça comunitária, nos utilizamos das palavras do pesquisador de maior destaque no estudo na temática, Edgar Ardila Amaya:

Concluimos, entonces, que se entiende por justicia comunitaria a un conjunto de instancias y procedimientos mediante los cuales, para situaciones

<sup>9</sup> El problema no somos nosotros. El problema está en el lugar donde estuve desde su nacimiento, está en la justicia liberal, sus saberes y sus prácticas perversas indolentes ante el sufrimiento ajeno. Ahí está la cuestión inicial de una larga lucha por La Justicia. Tradução livre do autor. Tradução livre do autor.

de controversia, se regulan los comportamientos legítimos a partir de normas propias de una comunidad o contexto cultural específico. Es administración de justicia desde la comunidad, a partir de sus propias reglas y principios. (...) Es comunitaria en tanto su capacidad regulatoria deriva de dinámicas de identidad y pertenencia a lo mismo. La existencia de ese sentimiento de pertenencia es el puente que permite que los actos procedimentales y decisórios de estas instituciones de justicia interpelen de manera presente o diferida a los miembros de una comunidad. Tal sentimiento puede ser ocasionado por afectos o tradición (ARDILA AMAYA, 2010, p. 82).

Evidencia-se, na exposição acima, o protagonismo dos agentes da própria comunidade, na presente denominação. A participação comunitária em termos de justiça e direito é de um tipo de pluralismo jurídico como o que se tem tentado delinear; assim, trabalhar este conceito remete a outra prática cultural jurídica voltada aos interesses e características historicamente suprimidas e subsumidas pela cultura europeia; repensar a justiça a partir da comunidade põe em crítica os modelos tradicionais de Direito e Justiça.

Enfim, tem-se como reconhecidamente o contexto latino americano de pluralismo jurídico, pujante sobre a homogeneização do monismo jurídico colonizador das concepções europeias que produziram a ausência da cultura jurídica autóctone, originária e campesina; esta encoberta em sua diversidade e criatividade, mas retomando lentamente o espaço que lhe foi negado violentamente na sociedade moderna, uma sociologia emergente.

Dentro da perspectiva, em que se atravessa um período de crises epistemológicas e esgotamento das soluções para os problemas modernos, é que as práticas de justiça indígena, comunitária, campesina e alternativa se apresentam no horizonte de incertezas às perspectivas que alargam as opções do presente e comprimem as opções de um futuro concreto e plural da ecologia de saberes, assim propõe Bôa-ventura Santos (2006), em que se pode espreitar um sentido amplo, complexo, mestiço, intercultural e de dialógico sobre a justiça.

Entende-se que as problemáticas modernas oferecidas pela construção hegemônica em crise devem ser desconstruídas e desconstituídas do espaço-tempo em que foram produzidas, pois o caos e

a impotência de suas fórmulas não apresentam respostas adequadas às exigências do espaço-tempo da insurgência dos sujeitos negados. Com isso, a sociologia das emergências procura dar conta do período de transição epistemológica em que sejam consideradas as diversas cosmovisões de mundo, vida, humano, natureza e justiça.

### **Considerações finais**

Na análise acima se busca apresentar a América Latina como espaço de reconstrução do novo em relação à pesquisa na sociologia do direito. Com este trabalho se mantém o intento de referendar o espaço-tempo do continente deve ser observado a partir da historicidade crítica da construção de suas instituições políticas e jurídicas frente aos interesses minoritários das elites dirigentes.

Dessa forma, importa ter presente que a modernidade falhou na perspectiva humana, talvez porque realmente seu objetivo fosse privilegiar a ganância, o lucro e as relações individuais exacerbadas em contraposição ao modo de vida comunitário e de alteridade.

Assim, a construção da modernidade e sua epistemologia encontram o tempo da crise e do *triunfo* de sua própria construção, porém no auge dessa crise não tem condições de oferecer respostas adequadas.

Nesse sentido, é que a insurgência das culturas populares, originárias, autóctones e campesinas intentam respostas para seus anseios, forjadas inicialmente num processo de (des)construção da sua ausência das instâncias e instituições de poder, refletindo um processo de tomada de consciência e imersão nas lutas e ocupações democráticas dos espaços através do pluralismo jurídico, das práticas diferenciadas de justiça e retomada das ancestrais formas de decisão política e jurídica.

A epistemologia do sul, busca no espaço tempo do pluralismo jurídico refundar a cosmovisão do Direito, fundamentada no Direito em que seja levado em conta o processo de desumanização das relações sociais na história de opressão e violência supressora do diferente. A justiça na América Latina encontra seu conteúdo alargado pela diver-

sidade e complexidade de um continente formado pela mestiçagem de etnias, culturas e rostos, numa miscelânea e riqueza sincrética de um povo único em que as faces da opressão se exprimem em cada canto, e ao mesmo tempo se insurge para construir um novo espaço-tempo no qual o pobre, índio, campesino, negro, marginalizado, favelado tenha oportunidade de produzir um direito mais humano do que o direito ao lucro e a hipocrisia da abstração legal inventada para estes; e ainda reafirmar que os artifícios da modernidade para implantá-los foi mais eficaz do que seus artifícios para resolvê-los.

## Referências Bibliográficas

- ARDILA AMAYA, Edgar. Justicia Comunitaria y Sociedad Nacional. **Revista Cuarto Intermedio**, 93-94. Cochabamba, Bolívia: Es una revista trimestral de la Compañía de Jesús em Bolívia. pp. 80-104. Abril de 2010.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão da Segurança Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CHIVI VARGAS, Idón Moisés. Hacia La descolonización de la justicia. **Revista Cuarto Intermedio**, 93-94. Cochabamba, Bolívia: Es una revista trimestral de la Compañía de Jesús em Bolívia. pp.06-22. Abril de 2010
- DUSSEL, Enrique. **Política de la liberación** vol. II: arquitectónica. Madrid/España: Editorial Trotta, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Política de la Liberación: historia mundial y crítica**. Madrid/España: Editorial Trotta, 2007a.
- \_\_\_\_\_. **1492, o encobrimento do outro**: a origem do mito da modernidade, conferencias de Frankfurt. Tradução de Jaime A. Classen. Petrópolis: Vozes, 1993.
- \_\_\_\_\_. **20 Teses de Política**. Buenos Aires: CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007b.
- \_\_\_\_\_. **Filosofia da libertação**: Crítica à ideologia da Exclusão. São Paulo: Paulus, 1995.
- ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert. La justicia comunitária: aportes a la construcción de un nuevo orden jurídico social. In: LÓPEZ B. Manuel; *et al.* **Justicia Comunitaria y Jueces de Paz**.

- Las técnicas de la paciencia.** Medellín, Colombia: Corporación Región / Red de Justicia Comunitaria / Instituto Popular de Capacitación de la Corporación de Promoción Popular, 2000. pp. 34-62.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências.** Porto: Edições Afrontamento, 1987.
- \_\_\_\_\_. **Introdução a uma Ciência Pós-Moderna.** Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- \_\_\_\_\_. **A Crítica da Razão Indolente:** contra o desperdício da experiência. São Paulo: Editora Cortez, 2000.
- \_\_\_\_\_. **A Gramática do Tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Editora Cortez, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Sociología Jurídica Crítica:** para un nuevo sentido común en el derecho. Madrid/Bogotá: Editorial Trotta/ILSA, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur.** Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010a.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pensar el estado y la sociedad:** desafíos actuales. Buenos Aires: Waldhuter Editores, 2009.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- YOUNG, Jock. **A sociedade Excludente:** exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Pluralismo Jurídico:** fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico.** São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (Org.). **Lições de Direito Alternativo.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1991. pp. 28-53.

## El Proceso Judicial según Jorge Luis Borges. (The Judicial Process according to Jorge Luis Borges)

**José Orler<sup>1</sup>**

**Resumen:** Nuestro trabajo se dispara en la confluencia extravagante de un Borges ensayista y provocador con un Foucault provocador y ensayista, para derivar hacia una concepción del Proceso Judicial como relato, que aporta de modo instituyente a la construcción del discurso jurídico en nuestras sociedades de capitalismo desordenado —en categoría de Offe (1990, 2009)— con el fin explícito, de quien suscribe, de ensayar alguna línea crítica a ese objeto de estudio llamado Derecho.

Proceso Judicial como confrontaciones discursivas que se acumulan y superponen construyendo una urdiembre de relatos intrincada y densa, no siempre pertinente y mayoritariamente superflua, que transita por los carriles de “lo verosímil” casi como una burla al “principio de verdad” que el sistema de justicia se arroga.

Proceso Judicial como “*discurso clandestino*”, como discurso del orden. Discurso del poder, discurso del “*como si*”. O “*definir un crimen como si fuera una mariposa y viceversa*”.

**Palabras clave:** Derecho, Literatura, Proceso Judicial, Discurso, Crítica Jurídica

**Abstract:** Our work is fired in a bizarre confluence Borges and provocative essayist with a provocative and essayist Foucault to refer to a concept of Judicial Process as a story, so that brings the construction instituting legal discourse in our capitalist societies messy —in category Offe (1990, 2009)— with the explicit aim of the undersigned to test some critical line to that object of study called law. Judicial Process as discursive confrontations that accumulate and overlap of building a warp intricate and dense narratives, not always relevant and largely superfluous, passing through the lanes of “verisimilitude” almost like a mockery of the “principle of truth” that the system assumes justice.

Judicial process as “*secret speech*” as speech order. Speaking of power, discourse of “*as if*. ” O “*define a crime like a butterfly and vice versa*”.

**Key-words:** Law, Literature, Judicial Process, Speech, Legal Review

### 1. Introducción

Con el nacimiento y consolidación del Proceso Judicial en sus formas escriturarias y la precisa acción que cumple el mismo en la legitimación del Derecho moderno capitalista y su construcción de hegemonías, ciertas formas de violencia —en el sentido amplio en que Sandoval Cervantes (2011) propone el concepto con anclaje en Bourdieu (2000) y Tapia (2008)— resultan perfeccionadas y optimizado su poder de abuso e iniquidad.

Sin embargo, en su eficaz maquillaje identitario, de artero ocultamiento de las contradicciones que constituyen lo social, de ma-

---

1 Universidad Nacional de La Plata, direccióndecorreoelectrónico@hotmail.com, trabajo recibido el 7 de septiembre de 2012, aceptado el 12 de diciembre de 2012.

ñoso disimulo del conflicto social omnipresente; y en su aporte a la consolidación de una totalidad —en el sentido de Lukács (1971)— que sin embargo se exhibe dispersa y fragmentada en construcción sustraída de toda inocuidad —como si una mora excesiva o un suceder irrazonable de una instancia procedural, fuesen tan sólo errores puntuales, apenas disfuncionalidades, de un proceso previsto para asegurar el valor justicia—, es cuando cobra su mayor capacidad de daño y sostén del despojo.

Capacidad de daño que el Proceso Judicial ostenta —y ésta es la tesis que intentaremos sostener en las presentes parrafadas descentradas— esencialmente en su carácter de *forma escrita*, como técnica sofisticada del escamoteo, basada menos en reglas formales —que no son pocas ni de menor incidencia— que en cierto imaginario, en cierta idea de las relaciones entre la palabra y la acción, entre maneras de hacer y maneras de decir que se presentan al sentido común como relacionadas, como con algún tipo de transitividad expresa y portadora de representatividad de los decires respecto de los haceres, y aún más, de la palabra escrita respecto de los sucesos.

Thamos, rey de Egipto —en el frecuentado mito de la invención de la escritura expuesto en el diálogo platónico al final del *Fedro*— expresa con agudeza el carácter ambivalente de la palabra escrita: por un lado, constituye pintura muda de la palabra hablada, resulta versión yerta de un decir vivo, incapaz de responder si se le interroga; por el otro, ese propio mutismo sobreviene indeterminado y por consiguiente, demasiado locuaz, excesivamente disperso, capaz de hablarle a cualquiera. De este modo, el personaje advierte que la palabra escrita no resulta un simple medio de reproducción de la palabra hablada, sino un régimen específico de enunciación y de circulación del discurso, intransitivo en términos de las teorías literarias contemporáneas, que en interpretación de Ranciére (2009) constituye “*una puesta en escena*” diferente de la palabra, ya que “...el modo propio de visibilidad y de disponibilidad de la letra escrita confunde toda relación de pertenencia legítima de la letra escrita a la instancia que la enuncia, a la que debe recibirla y a los modos según los cuales debe ser recibida. Confunde la manera misma en que el discurso y el saber ordenan una visibilidad y su autoridad...” (p. 108).

Proceso Judicial entonces, como diferente *puesta en escena* de la palabra, como discurso ficcional construido en relatos enfrentados y disociados, que tiene su propia estructuración de sentido asimétrica e imposible de aprehender, como pantomima literaria que se instituye e impone, y cuyos caracteres intentamos restituir para explicitar su carácter político, que tras declamarse como la voz de la convivencia pacífica, imparcial despliegue de enseres y avíos encaminados a la restitución de una ley igual para todos, asume por todo horizonte la conservación del orden injusto de las cosas.

El propio Karl Marx (1945) en unas líneas escritas entre 1860 y 1862 y publicadas póstumamente, sugiere la asociación que ensayamos entre Derecho y Literatura —o así proponemos leerlo— afirmando en relación con la producción de delito en las sociedades capitalistas: “*No sólo produce Manuales de Derecho Penal, no sólo Códigos Penales y con ellos legisladores en este campo, sino también literatura, novelas y hasta tragedias*”.

Nuestro trabajo se dispara en la confluencia extravagante de un Borges ensayista y provocador con un Foucault provocador y ensayista, para derivar hacia una concepción del Proceso Judicial como relato, que aporta de modo instituyente a la construcción del discurso jurídico en nuestras sociedades de capitalismo desordenado —en categoría de Offe (1990, 2009)— con el fin explícito, de quien suscribe, de ensayar alguna línea crítica a ese objeto de estudio llamado Derecho.

El paso por Enrique Marí, Emilio De Ipola, Gyorg Lukács, Albert Camus, Oscar Correas, Jeremy Bentham, Jerome Bruner, Paul Veyne, Regine Robin, Leonor Arfuch, Italo Calvino, Roland Barthes, Clifford Geertz, los surrealistas y los románticos, entre otros, constituye un modo de proponer a ustedes un promiscuo recorrido de lecturas, tan arbitrario como pertinente, pero definitivamente placentero.

## 2. Una vuelta al Borges de Foucault

Nuestro Jorge Luis (1960), en lúdico y revelador esgrima de la insensatez, nos remonta a la indefectible inexpresividad de los idiomas del mundo y al esfuerzo de John Wilkins por construir un sistema de len-

guaje universal analógico al sistema decimal cartesiano, quizá como modo de trascender el debate inapelable —interjecciones y anacolitos mediante— en que el monosílabo *moon* defiende su mayor aptitud descriptiva frente al bisilábico *luna*.

Unos años más tarde, en su etapa tunecina —estructuralista a su pesar y borgeano a su desear, o viceversa— un Michel Foucault (2003) que entreteje sospechas en relación al Velásquez más cortesano y más admirado de todos los tiempos, recupera al olvidado Wilkins.

Dice, en hermenéutica novedosa: “...*Borges no añade ninguna figura al atlas de lo imposible; no hace brotar en parte alguna el relámpago del encuentro poético; sólo esquiva la más discreta y la más imperiosa de las necesidades: sustrae el emplazamiento, el suelo mudo donde los seres pueden yuxtaponese...*” (Foucault, *ob. cit.*).

Y así funciona, en evidente carencia de soporte, la clasificación irritante e irrisoria que impide ser pensada y a la que refiere: “...*los animales se dividen en: a) pertenecientes al Emperador, b) embalsamados, c) amaestrados, d) lechones, e) sirenas, f) fabulosos, g) perros sueltos, h) incluidos en esta clasificación, i) que se agitan como locos, j) innumerables, k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, l) etcétera, m) que acaban de romper el jarrón, n) que de lejos parecen moscas...*” (Borges, *ob. cit.*).

La clave de lectura —si efectivamente pudiera haberla— remite al absurdo, a esa ausencia de marco que niega *per se* algún tipo de orden inteligible, que impide un agrupamiento sino comprensible, al menos hilado, de la sucesión nominal propuesta.

Se trata de lo “*heteróclito*” que informa al mundo y que vuelve estéril toda pretensión de organizarlo, sugiere Foucault, y propone una aproximación etimológica al concepto: como ordenamiento de cosas a tal punto diferentes que resulta imposible encontrarles un lugar común de acogimiento, a tal punto disímiles que hasta el lenguaje resulta minado, impidiendo nombrarlas, impidiendo toda posibilidad gramatical, arruinando hasta la sintaxis, en la tentativa de antemano condenada al fracaso de aproximar las palabras a las cosas.

Aparece entonces bien explicitado el eje de análisis que nos ocupa: la teoría de la representación como fundamento del orden po-

sible del lenguaje se desvanece, la distancia entre el nombre y lo nombrado aparece constituyendo un espacio irrecorrible por el hablar y el pensar, y “*la sospecha de que hay un desorden peor que el de lo incongruente*” (Foucault, *ob. cit.*) definitivamente se instala.

### 3. El proceso judicial como relato

Afirma Bruner “...en la antigüedad, cuando no había dramas de Esquilo, Sófocles, o de los otros grandes autores de tragedias, los atenienses iban a los tribunales...” (Bruner 2002).

La retórica, esencialmente desplegada en los ámbitos judiciales y políticos, se imponía en toda su naturaleza de género verbal —Bajtin la incluye dentro de su vasto concepto de *género discursivo*.<sup>2</sup>

Paul Veyne (2001) describe acabadamente cómo la elocuencia, en el Foro y en la Tribuna, desempeñaba un importante papel durante la República Romana, sea en su aspecto formativo para la juventud “... todos los muchachos aprendían modelos de discursos judiciales...”, como en un sentido lúdico y social; y concluye: “...Todavía en tiempos del imperio, el público seguía los procesos como se sigue entre nosotros la vida literaria...”.

La estructura dramático-narrativa del proceso judicial y su “*mise en scène*” habita el imaginario popular desde tiempos antiguos y su presencia en la literatura, el teatro, y el cine, no ha sido poca.

También en los tiempos que corren forma parte medular de dicho imaginario, desplegándose mediáticamente a los ojos de un público siempre tan ávido de sus devenires que lo convierte en un suceso “...para ser contado...” parafraseando a Enrique Marí (1993).

Desde entrevistas a sus protagonistas —testigos que “declaran”, letrados que “exponen” sus estrategias procesales, jueces que “fundan” sus sentencias, todo ello frente a las cámaras, fuera y antes (en términos cronológicos y analíticos) de los debidos “estrados” de ocurrencia del proceso—; hasta transmisiones “en vivo” de causas resonantes —seleccionadas con los parámetros de *rating* que dominan

2 “...A partir de la antigüedad se han estudiado también los géneros retóricos... la especificidad de los géneros retóricos (judiciales, políticos) encubría su naturaleza lingüística común...”, p. 249, Bajtin Mijail (2002).

todo lo televisado y televisable—; pasando por informes cotidianos de las mismas, en seguimiento de sus diversas alternativas, avances y retrocesos, que permiten la especulación respecto de imposibles resultados parciales. La interrogación sobre el “¿cómo van?” se impone en impecable lógica futbolera que admite el absurdo de ir ganando o perdiendo antes de la sentencia.

Las innumerables voces que participan de la causa aportan a ello. Centro excluyente de relatos circunstanciados, adornados de fechas y lugares precisos, plagados de datos, de información adecuada con pretensiones de objetividad, que en cronológica exposición finge su condición apenas alegórica y en ocasiones muy distante, procurando ocultar el simulacro evidente, como si efectivamente los acontecimientos pudieran hablar por sí mismos (Benveniste, 2003).

El Proceso es origen y desarrollo, hitos enunciados, intimidades expuestas, saberes y sentires plasmados y circulando, “principio de proliferación” de un lenguaje consagrado por entero a hablar de sí mismo, a tematizarse hasta el infinito en formas sucesivas, tal y como expresa el *Montaigne* que Foucault nos relata: “...*Hay más que hacer interpretando las interpretaciones que interpretando las cosas...*”.<sup>3</sup>

Y las versiones corren como misceláneas *bembas*<sup>4</sup> ineficaces, convirtiéndose en tópico de interés general por mágica transformación massmediática, invadiendo el imaginario cotidiano, como “discursos desarmados y precarios” (De Ipola, 2005) que circulan hacia aquí y hacia allá, en formatos de análisis rigurosos, apenas verosímiles y siempre con pretensiones de *prognosis* eficiente, pero que —y en esto queremos poner el acento— quizás operan a modo de exorcismos vaños contra la desinformación conceptual que el proceso judicial porta, y contra el “principio de incertidumbre” que lo blinda y lo constituye.

Ante la imposible racionalidad del Derecho, la instancia judicial asume el esencial atributo del mundo retórico en el que los

3 Montaigne, “*Essais*”, libro III, Capítulo XIII, citado por Foucault (2003).

4 Bemba: modismo cubano que significa rumor, versión. Las “radio-bembas” durante la revolución cubana eran un modo de reproducir la información que bajaba de la Sierra Maestra desde la radio clandestina del movimiento guerrillero. Asimismo en las cárceles argentinas durante la dictadura militar de 1978-1982 constituyeron un fenómeno discursivo de resistencia de los presos a ese aspecto particular del funcionamiento de la cárcel política: “...*como una máquina rigurosamente controlada y siempre perfeccionada de desinformación...*” (Emilio De Ipola, *ob. cit.*).

entimemas dan forma y sentido a la disputa disfrazada de aplicacionismo. Encauzada al despliegue del Derecho en sus dos niveles de discurso: deóntico e ideológico —cada uno con su eficacia propia—, conforma ese instrumento de poder que procede por y cuya condición de posibilidad se sustenta en, el uso de prescripciones autorizadas que amenazan con la violencia (Correas 2004).

La concepción del Proceso Judicial como conjunto de relatos y urdiembre densa de discursos no es novedosa.<sup>5</sup> Éstos constituyen un tipo, quizás el más importante, de los tantos con que se va diseñando el “discurso jurídico” en nuestras sociedades. Discurso que tan sencilla como abrumadoramente define Camus (2004) “...y el abogado recogiendo una de las mangas, dijo con tono perentorio: ¡He aquí la imagen de este proceso! ¡Todo es cierto y nada es cierto!...”.

#### **4. Relatos enfrentados, relatos disociados**

Pero, ¿de qué hablamos cuando hablamos de “relatos judiciales”? En principio nos referimos no a otra cosa que a unas narrativas que transcurren en el marco de una causa judicial, en los estrados judiciales, con el impropio pero ineluctable destino de trascenderlos.

Se trata de relatos “enfrentados” y “disociados”. *Enfrentados* entre sí, a modo de voces contrapuestas que se oponen, se superponen y se enredan. *Disociados* con los hechos y el derecho, muy lejos de las variables factuales y legales que deberían darle soporte según el remanido y ficticio —ideológico— discurso de la ciencia jurídica.

Veamos:

1) *Enfrentados*: las voces contrapuestas que pugnan en el proceso judicial son múltiples. En principio y enunciado genéricamente, “las partes” y en reglado ejercicio de sustitución escandalosa, sus letrados.<sup>6</sup>

“Demandante-demandado”, en las causas civiles y comerciales; “acusador-acusado”, en las causas penales; con sus imprescindibles abogados, portadores, en calidad de patrocinantes o apoderados, de la “voz letrada” de los antes mencionados.

---

5 Una reseña general de la narrativa judicial: *Michigan Law Review* del año 1989, dirigida por Kim Lane Scheppeler.

6 Es deber legal, generalizado en el proceso judicial de los países capitalistas, la asistencia letrada de los interesados.

Se agregan a ellas innumerables “coreutas” no menos importantes y definitorios al momento constituyente del gran relato. Peritos, testigos, mediadores, querellantes, particulares damnificados, tutores, curadores, síndicos, *amici curiae*, el estado y toda la burocracia estatal subsidiaria representada por el funcionariado más diverso (Procuraduría General, Instructores, Asesor de Menores e Incapaces, etcétera).

Todos ellos multiplicando en una, dos y hasta tres instancias judiciales sus versiones que asumen formato de transcripciones liosas, como estratos superpuestos que recurrentes, reproducen, reciclan, crean y recrean las caóticas y fragmentarias explicaciones —pretendidamente elucidatorias— contadas en el expediente, afirmando y negando en la arena de contienda que constituye “el caso”.

La “experiencia jurídica”, como concreto y expuesto conflicto de intereses en el que todos dicen “*el agua es nuestra*”, tal como la concibe Diez Picazo (1983),<sup>7</sup> pero en el que la formalización del decir deviene relevancia y excluyente objeto de mirada, operando —tan grosera como inexplicablemente— la disolución de lo que se dice. “*Vida construida a varias voces*” dice Leonor Arfuch (2002), en que la peripécia de lo mencionado se constituye en el *quid* a partir y con sustento en la fórmula que lo contiene, arrojando como consecuencia y resultado trascendente un sujeto, que —decimos nosotros— por prodigo y aptitud inacabable del Proceso Judicial, deviene mágicamente “parte”; porque ese reguero de versiones imbricadas caóticamente aporta en suma narrativa compleja a crear el sujeto, a “*engendrarlo*” (De Mann, 1990), en un “*espacio biográfico como horizonte de inteligibilidad*” conformado en la polifonía del decir (Arfuch, *ob. cit.*).

Confrontaciones discursivas que se acumulan y superponen construyendo una urdiembre de relatos intrincada y densa, inestable y obsesionante, plagada de falsas semejanzas y forzadas disimilitudes, de confusiones y opacidades dilatas en tiempo no siempre pertinentes y mayoritariamente superfluas, que transita —en el mejor de los casos— por los carriles de “*lo verosímil*” casi como una burla al “principio de verdad” que el sistema de justicia se arroga.

<sup>7</sup> Diez Picazo refiere el relato bíblico de la riña entre los pastores de Guerar y los pastores de Isaac por el agua encontrada (p. 11).

Voces que se califican y descalifican mutua y simultáneamente, haciendo que el acontecimiento del enunciado y su formal circunstancia procesal prosperen sobre lo dicho. Interpretaciones y re-interpretaciones que, convertidas en texto judicial, transitan bien distantes de una escritura de “grado cero” alejada de toda deformación subjetiva al estilo de Roland Barthes (1984), aunque paradójicamente, operando la reducción del mundo percibido a apenas una exhibición de superficies, tal como proponía el propio Barthes.

Ficciones como aparatos lingüísticos que ocultan motivos y deseos por detrás de los intereses, como “pestilente aliento” que invade al Derecho, en la teoría del lenguaje del Jeremy Bentham (1973).

“...La “conciencia de la narración” implica una posición de no ingenuidad con respecto al lenguaje que problematiza tanto la idea de transparencia como la de una supuesta espontaneidad del decir, y que implica además el reconocimiento del carácter ficcional de todo relato por más testimonial que se pretenda...” dirá Regine Robin (2002), rozando, quizás, la propia fórmula Lacaniana de “toda verdad tiene estructura de ficción”.

Las voces de quienes protagonizan el plural devenir judicial —también plurales en sí mismas— urden relatos que se acumulan y derraman con afectado tono oracular que, sin embargo, no logran quitarle su carácter ficcional.

2) *Disociados*: enfrentados con “lo ocurrido” y “lo legislado”. “Lo dado” y “lo construido”, según las dimensiones en que supo desglosar al Derecho, hace ya muchos años, Geny (1925).

La aplicación de una norma jurídica preexistente a los hechos del caso pareciera ser el *leit motiv* del proceso judicial, cuyo producto último y esencial será la sentencia. Proceso judicial desenvuelto en relatos microscópicos con aspiraciones universalistas, como “modo de interpretar el mundo de acuerdo con otros”, al decir de Geertz (2001), que requieren de la inexcusable referencia factual que permita el imprescindible encuadre en la letra de la ley.

“...A los jueces no les gustará mucho oírlo o reconocerse en ello. Pero la mayor parte de las veces llegan a la conclusión de que una conducta es, o no, la prevista por la norma que se ha acepta-

*do como la aplicable, por la evidencia. Sin ningún otro argumento. Pareciera que los hechos como los empíricamente verificables, evidentemente contienen las características que aparecen en los textos jurídicos...”* (Correas, 2011).

Pero, ¿de qué “hechos” hablamos?, ¿acaso es posible imaginar unos tales “hechos” preexistentes, anteriores al sujeto que los refiere, a modo de realidad “objetiva” por revelar? ¿Acaso es posible para el juzgador “hallar” los hechos a fin de encuadrarlos en la norma? No abundaremos en referencias ontológicas acerca de “lo real”, pero si no se tratara del Derecho —esa práctica social específica que requiere tener presente en su consideración sus aspectos ideológicos, la cuestión relativa al poder, a la violencia, a su esencial papel constituyente, su historicidad y especialmente en esta oportunidad, sus condiciones de producción y reproducción— diríamos que no es otra cosa que ingenuidad supina.

A esta altura del debate epistemológico parece inequívoco que el juzgador trabaja con perspectivas definitivamente distantes del “principio de verdad”, que el sistema judicial ha pretendido arrogarse, y a modo de “juegos del lenguaje”, que ponen en cuestión los puntos de referencia de la certeza.

Por nuestra parte, preferimos partir del concepto de “doble hermenéutica” de Shutz (1995). En primer lugar será la interpretación-construcción que de lo ocurrido haga el actor y luego la que haga el juzgador con base en el relato de aquél; o con base en el relato de un testigo que vio al actor; o un perito que no lo vio pero puede testimoniar sobre lo sucedido merced a los indicios que obtiene de “aplicar” su ciencia y técnicas; o con base en el relato que haga el funcionario judicial (Secretario)—que toma las audiencias cuando no lo hace personalmente el juzgador— del relato del actor, del testigo, del perito; o... innumerables mediaciones que multiplican el ejercicio hermenéutico, como lo advirtiera Giddens (1987). Por tanto, las partes y cualquier otro interviniente en el proceso (de los muchos enumerados), brindan realidades *pre-interpretadas* al juzgador, quien a su vez interpretará.

La maquinaria judicial se mueve haciendo fintas al principio de realidad, resolviendo sus tensiones hacia expresiones simbólicas, figuradas o alusivas. Ejemplo de discurso no interpelado, pleno de sentidos figurados y ocultos, de sinédoques y metonimias, de decires y no-decires polivalentes, que configuran ficciones reacias, esquivas a toda correlación con la realidad en el marco de una estructura representativa. Proceso de creación en formato expediente.

Se trata de un orden loco, colmado de giros figurativos, que, encauzado por pompas y solemnidades de códigos y reglamentos, permite agrupar categorías inagrupables y separar otras simbióticas, haciendo que animales “*dibujados por un pincel finísimo de pelo de camello*” convivan en clasificación obtusa y jaranera con animales “*que acaban de romper el jarrón*”, por ejemplo, en audaz ejercicio de lenguaje desvanecido, de discurso que no logra construir el enlace entre la grafía y los seres, tal como el nunca Nobel nos los propone en: *El idioma analítico de John Wilkins*, con el que iniciamos estas líneas tentativas.

Convergencia de discursos imposible de ser trascendida hacia lo factual, como dificultad práctica y absurdo lógico, según lo propone Wittgenstein (2003); pero carente también de concordancia con el propio sistema de enunciados, al estilo carnapiano (1965).

Quizá mejor, lucha de discursos que transporta velada lucha de saberes y poderes, al modo en que Foucault (1980) lo concibe: apropiación del procedimiento judicial por el estado, y la *inquisitio* como nueva estructura política ritualizada,<sup>8</sup> como forma de gestión, como modalidad nueva de ejercicio del poder, respecto de la cual expresa: “...nos engañaríamos si viésemos en la *indagación* el resultado natural de una razón que actúa sobre sí misma, se elabora, hace sus propios progresos; o bien si viésemos en ella el efecto de un conocimiento, de un sujeto de conocimiento elaborándose. Ninguna historia expresada en términos de progreso de la razón o perfeccionamiento del conocimiento puede dar cuenta de la adquisición de la racionalidad de la *indagación*...”.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Ese carácter de “*estructura política ritualizada*” que asume el proceso judicial y que en ocasiones se expresa de modo tan ostensible como impune, es abordado por Aníbal D’Auria (2009) en relación con procesos judiciales que tuvieron en el banquillo de acusados a militantes anarquistas durante el siglo XIX, en los que la propia legitimidad del proceso se pone en cuestión, constituyendo una categoría que Aníbal lúcidamente denomina “discursos judiciales paradójicamente antijudiciales” (p. 18).

<sup>9</sup> Cursivas nuestras.

Discursos, en fin, que no se suman ni se combinan, sino que se agreden, se molestan y combaten, en una ecuación extravagante y sinuosa de la que también participa —y medularmente— lo no dicho, lo no explícito. Ecuación a la que los hechos y la ley aportan poco, y que —por ello mismo— hace del producto final *sentencia*, en categorías de Enrique Marí, un *discurso clandestino* (2002).

## 5. Definir un crimen como si fuera una mariposa y viceversa

A modo de perplejidad primera hacemos nuestro recorrido por el Derecho, anclando su abordaje en el particular “formato expediente” que constituye su difusa huella, su impreciso rastro. Formato que hace de soporte eficiente para el fascinante despliegue del fenómeno jurídico en su inequívoca sinonimia con el fenómeno literario tal y como lo ha descrito Italo Calvino (1998): “*definir un crimen como si fuera una mariposa y viceversa*”.

En aquellas conferencias de la cátedra “Charles Eliot Norton Poetry Lectures” de Harvard, que nunca llegó a dictar, el cubano coincide con Foucault en el Borges más intratable y, previo confesar que “...Rápidamente advertí que entre los hechos de la vida que hubieran debido ser mi materia prima y la agilidad nerviosa e incisiva que yo quería dar a mi escritura, había una divergencia que cada vez me costaba más esfuerzo superar...”,<sup>10</sup> pasa por el Cervantes imprescindible que ya desde el primer párrafo<sup>11</sup> confirma que “...el lugar y el nombre del personaje quedan velados por una bruma de incertidumbre...”,<sup>12</sup> para confirmar lo obvio con erudición: “...lo que se lee no es vida sino narración escrita...”<sup>13</sup>

André Breton (1924), por su parte, tira de la cuerda hasta romperla y abandona el intento desde el inicio: “...Si un racimo de uvas no contiene dos granos semejantes, ¿a santo de qué describir un grano en representación de otro, un grano en representación de todos?...”.

10 Italo Calvino, Primera Conferencia “Levedad”.

11 “En un lugar de la mancha, de cuyo nombre no quiero recordarme, no ha mucho tiempo que vivía un hidalgo de los de lanza en astillero...”, Don Quijote de la Mancha.

12 Italo Calvino, manuscrito de la que sería su Séptima Conferencia “El arte de empezar y el arte de acabar”.

13 Italo Calvino, *ob.cit.*

También Novalis (1973) desde otro paradigma lejano (lejano?) a los que estamos recorriendo, advierte que no se habla en razón de las cosas, sino que la esencia del lenguaje es ocuparse de sí mismo, renunciando a todo anhelo representacionista, al modo en que lo hace la abstracción de los signos matemáticos. El carácter autotélico del lenguaje —en esta insinuación del Romanticismo alemán— se afirma, antes que en su autosuficiencia, en su condición de experiencia del mundo que le permite expresar nada más que su naturaleza, sin remisión a cosa alguna.

De este modo, el Proceso Judicial como revelador de sucesos subsumidos por obra del juzgador en el derecho vigente, para imponer no otra cosa que el valor justicia a diestra y siniestra, se erige entonces en testimonio de su propia imposibilidad —decimos parafraseando al Rancière (*ob. cit.*) que afirma que “*...la poesía de Novalis, la poética de los hermanos Schlegel y la filosofía de Hegel y de Schelling confundieron irremediablemente el arte y la filosofía, junto a la religión y el derecho, la física y la política, en la misma noche de lo absoluto...*” — cual esfuerzo literario que apenas oscila entre la afición de los poetas por las palabras sonoras y de los metafísicos por las ideas trascendentes —agregamos nosotros a los juristas, excedidos en las primeras y exiguo en las segundas.

Descorrido el velo del representacionismo volvemos a Foucault, quien en la coordinación del equipo de investigación del Collège de France sobre el “caso Pierre Riviere”<sup>14</sup> expresó: “*Por más que se diga lo que se ve, lo que se ve no se aloja en lo que se dice*”, y provoca en Enrique Marí (*ob. cit.*) alguno de sus más lúcidos trabajos —ensaya su lectura en paralelo con el argentino caso “Santos Godino, el petiso orejudo”— en relación al Proceso Judicial como espacio de ficciones.

Ficciones que pueblan el derecho y configuran el “*discurso del orden*” principalmente como espacio de la ley, como espacio de racionalidad, en que “*...doctores del derecho, jurisprudentes (esos profesores de racionalidad), intérpretes y glosadores de los códigos y las leyes...*” encabezan el reparto estelar, homogeneizando y asegurando los efectos de la fuerza y la violencia aún en su ausencia, y montando

---

<sup>14</sup> “*Moi Pierre Riviere, ayant égorgé ma mère, ma soeur et mon frere...*” (1973) Gallimard, Paris.

la escenografía del reino del “*como si*”, que impera para reproducción y continuidad del poder (Enrique Marí, 1988).

## 6. Interrogantes finales y provisorios

El Proceso Judicial entendido como narrativa, como conjunto singular de relatos plurales en permanente disputa y esencial contradicción, ha servido de excusa para nuestro propósito más oscuro, que confesaremos —a esta altura del relato— ya sin miramientos: cuestionar el Derecho y sus pretendidas certidumbres.

Esfuerzo ímprobo y diletante el nuestro, si se tiene presente que sólo nos acompañan dudas e incertezas:

*¿Será revisable la clásica concepción del Proceso Judicial como restaurador de categorías universalmente aceptadas por virtud del valor “verdad” que detenta como inquestionable develador de lo real?*

¿Podrá entenderse el conjunto del complejo social/institucional que representa, como ámbito de despliegue de juegos de lenguaje que ponen en cuestión los puntos de referencia de la certeza?

¿Habrá lugar en su acotado espacio formal, para trascender la ideología de legitimación de nuestras sociedades injustas que lo invisite y ponerla en cuestión, para acompañar con ello la búsqueda de la potencialidad transformadora de las formas jurídicas alternativas que se disparan por toda América Latina (Correas, *ob. cit.*)?

Vacilaciones y perplejidades que transitamos como virilianos “*turistas de la desolación*” aunque —a nuestro pesar— apenas en grado de tentativa, y sin evitar sucumbir al irresistible impulso de cerrar estos dislates como vedaba el insoportable Valery: “...*la marquesa salió a las cinco...*” (Breton, *ob. cit.*).

## 7. Bibliografía

Arfuch, Leonor (2002), *El espacio biográfico. Dilemas de la subjetividad contemporánea*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

- Bajtin, Mijail M. (2002), *Estética de la creación verbal*, Siglo XXI, 1ra Edición en Argentina, Bs. As.
- Barthes, Roland (1984), *El susurro del lenguaje*, Paidos, Bs. As.
- Bentham, Jeremy (1973), *Fragmento sobre el gobierno*, Aguilar, Madrid.
- Bauman, Zygmund (2006), *Modernidad y Holocausto*, Madrid, Ediciones Sequitur (trad. Ana Mendoza).
- Borges, Jorge Luis (1960), “El idioma analítico de John Wilkins”, en *Otras inquisiciones*, Buenos Aires, Sur.
- Benveniste, Emile (2003), *Problemas de lingüística general*, Trad. Juan Almela, Ed. Siglo XXI, México DF.
- Bourdieu, Pierre (2000), *Poder, Derecho y Clases Sociales*, Introducción Andrés García Inda, Bilbao, Desclée de Brouwer.
- Breton, André (1924) “Primer Manifiesto”, en *Manifiestos del surrealismo*, Trad. Andrés Bosch, Edit. Labor S.A., Barcelona.
- Bruner, Jerome (2002), *La fábrica de historias*. Edit. Fondo de Cultura Económica.
- Calvino, Italo (1998), *Seis propuestas para el próximo milenio*, Ciruela, Madrid.
- Camus, Albert (1949), *L'étranger*, Emecé Editores.
- Carnap, Rudolf (1965), “La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje”, incluido en *El positivismo lógico* de J. Ayer, Fondo de Cultura Económica, México.
- Carnelutti, F., Carrio, Genaro, Capella, J. R. (1968), *El Derecho como lenguaje*, Barcelona.
- Correas, Oscar (2004), “Alternatividad y Derecho” en *Teoría del Derecho*, Fontamara, México, DF.
- \_\_\_\_\_, (2011) *Metodología Jurídica* Tomo I y II, Segunda Edición, Fontamara, México DF.
- D'Auria, Aníbal (2009), *Contra los jueces. El discurso anarquista en sede judicial*, Utopía Libertaria, Buenos Aires.
- De Ipola, Emilio (2005), *La bamba*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- De Man, Paul (1990), *Alegorías de la lectura*, Lumen, Barcelona.
- Diez Picazo, Luis (1983), *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Edit. Ariel, Barcelona.

- Foucault, Michel (2003), *Las palabras y las cosas: una arqueología de la ciencias humanas*, Segunda Edición, Trad. Elsa Cecilia Frost, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.
- \_\_\_\_\_, (1980), *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona.
- Geny, F. (1925), *Método de interpretación y fuentes del Derecho Privado Positivo*, Reus, 2da. Edic., Madrid.
- Giddens, Anthony (1987), *Las nuevas reglas del método sociológico*, Amorrortu, Bs. As.
- Habermas, Jurgen (2004), *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, Paidos.
- Lukács, Gyorg (1971), *History and class consciousness*, Cambridge, MIT Press.
- Marí, Enrique (2002), *La Teoría de las Ficciones*, EUDEBA, Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_, (1993), *Papeles de Filosofía*. Biblos, Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_, (1988), “El poder y el imaginario social” en *La Ciudad Futura*, No. 11/Junio, Buenos Aires.
- Marx, Karl (1945), “Concepción apologética de la productividad de todas las profesiones”, en *Historia crítica de la Teoría de la Plusvalía*, México, Fondo de Cultura Económica, Trad. Wenceslao Roces, Tomo I, pág. 217.
- Novalis (1973), “Fragments” en *Euvres Complétes*, París, Aubier.
- Offe, Claus (2009), “Características generales e insuficiencias cualitativas de las democracias liberales contemporáneas”, en Alfonso Guerra & Jose Felix Tezanos (eds.), *La calidad de la democracia. Las democracias del siglo XXI*, Madrid, Editorial Sistema.
- \_\_\_\_\_, (1990), *Contradicciones en el Estado de Bienestar*. Madrid, Alianza.
- Robin, Regine (2002), “Identidad, Memoria y Relato. La imposible narración de sí mismo”, en *Cuadernos Post Grado*, Fac. Cs. Soc.UBA.
- Ruiz, Alicia E.C. (1991) “Aspectos ideológicos del discurso jurídico”, en *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Marí, Ruiz, Carcova y otros. Abeledo Perrot.

- Sandoval Cervantes, Daniel (2011), “Las transformaciones de la violencia y el derecho en el desarrollo del capitalismo en México. Apuntes iniciales”, en *VI Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica, Actas del Congreso*, La Plata.
- Sautu, Ruth (2003), *Todo es Teoría*, Edit. Lumiere.
- Schutz, Alfred (1972), *Fenomenología del mundo social*, Paidos, 1972.
- \_\_\_\_\_, (1995), *El Problema de la realidad social*, Amorrortu.
- Tapia, Luis (2008), “La reforma del sentido común en la dominación neoliberal y en la constitución de nuevos bloques históricos nacional-populares”, en Ceceña, Ana Esther (coord.), *De los saberes de la emancipación y de la dominación*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- Veyne, Paul (2001), “El Imperio Romano”, en *Historia de la Vida Privada, T. I*, Taurus, Bs.As.
- Virilio, Paul (1997), *Un paisaje de acontecimientos*, Edit. Paidos.
- Wittgenstein, Ludwig (2003), *Tractatus logico-philosophicus*, Tecnos, 2da. Edicion.

## O Método na Sociologia do Direito: Ehrlich visitado por Pachukanis. (Sociology os Law's Method: Ehrlich visited by Pachukanis)

**Júlio da Silveira Moreira<sup>1</sup>**

**Resumo:** Este artigo propõe um enfoque teórico-metodológico sobre a Sociologia Jurídica, e se constrói a partir da definição dessa disciplina e da contribuição de Eugen Ehrlich, analisado à luz do método materialista dialético do qual faz parte Evgeni Pachukanis. O contexto introdutório do artigo leva em consideração a explicação, por Alysson Mascaro, dos três caminhos do pensamento jurídico contemporâneo. A concepção de Ehrlich se opõe ao normativismo mais tradicional do pensamento jurídico, sedimentado por Hans Kelsen, pois busca encontrar o direito nas instituições sociais e não no formalismo das normas. Pachukanis aponta o direito como um fenômeno específico da sociedade capitalista, que introduz as noções de igualdade e liberdade no plano jurídico abstrato para sustentar relações de circulação e produção de mercadorias, chegando aos conceitos de sujeito de direito e de relação jurídica. A estrutura do artigo se baseia, portanto, na crítica de Ehrlich a Kelsen e na na crítica de Pachukanis a ambos, concluindo com uma contribuição relevante para que o jurista sociólogo possa captar a realidade por trás da abstração das relações jurídicas.

**Palavras-chave:** Sociologia Jurídica. Positivismo. Direito Vivo. Crítica marxista do direito, Pachukanis.

**Abstract:** This paper proposes an theoretical and methodological approach on Sociology of Law, which is constructed parting from the definition of this discipline and the contribution of Eugen Ehrlich, analyzing these on the light of the dialectical materialist method constructed by Evgeni Pachukanis. The introductory context of the article takes account of the explanation, by Alysson Mascaro, of the three paths of contemporary legal thought. Ehrlich's conception opposes to the most traditional normativism, settled by Hans Kelsen, after this, it advances on finding the social institutions of Law and not the formalism of norms. Pachukanis points towards Law as a specific phenomenon of capitalist societies, that introduces the notions of equality and liberty in the abstract legal plane in order to sustain the necessary relations for the production and circulation of merchandise, arriving at the concepts of legal subject and of legal relation. The paper's structure is based, in this manner, in Ehrlich's critique to Kelsen and Pachukanis' critique on both Kelsen and Ehrlich, concluding in a relevant contribution through which the legal sociologist can capture the reality behind of legal relation's abstraction.

**Key-words:** Legal Sociology, Positivism, Live Law, Marxist Legal Critique, Pachukanis.

---

1 Pesquisador Visitante no Centro de Investigaciones sobre América Del Norte (CISAN-UNAM), México, Bolsista da Fundação Capes, Ministério da Educação, Brasil, Doutorando em Sociologia, Universidade Federal de Goiás (Brasil). Mestre em Direito, Relações Internacionais y Desenvolvimento, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Professor de Direito Internacional, Autor do livro *Direito Internacional: para uma crítica marxista*, pela Editora Alfa-Omega, São Paulo, Vice-Presidente da Associação Internacional dos Advogados do Povo (IAPL), e membro da Associação Brasileira dos Advogados do Povo (ABRAPO). Membro da Comissão Jurídica do Tribunal Internacional de Consciência dos Povos em Movimento e do Eixo sobre Migração, Refúgio e Deslocamento Forçado do Tribunal Permanente dos Povos, Capítulo México. Columnista da *Revista Crítica do Direito* ([www.criticadodireito.com.br](http://www.criticadodireito.com.br)), direcciónde-correoeléctronico@mail.com, recibido en 10 de octubre de 2012, aceptado el 14 de noviembre de 2012.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Os caminhos do pensamento jurídico contemporâneo; 3. Conceito e objeto da Sociologia do Direito; 4. O Direito Vivo de Eugen Ehrlich; 5. O positivismo sociológico e o método de Ehrlich; 6. Marx e o método nas Ciências Sociais; 7. A teoria do direito de Pachukanis; 8. Considerações finais.

## 1. Introdução

A **Sociologia Jurídica** é um campo fundamental da formação de estudantes de Direito e juristas. É uma das disciplinas que indicam as bases do pensamento jurídico, chamadas de “propedêuticas” exatamente porque propiciam ao estudante um conhecimento preliminar e necessário para compreender cada campo específico, para que não se torne um mero memorizador de códigos. Estudar Direito não é apenas compreender os mecanismos e silogismos petrificados no ordenamento jurídico, mas sim compreender seus fundamentos. Só assim um jurista pode ser mais que um profissional ou burocrata, tornando-se um agente de transformação da sociedade. Daí a importância dos autores analisados de maneira crítica e integrada neste artigo: Kelsen, Ehrlich, Marx e Pachukanis.

Discutiremos neste artigo alguns fundamentos teóricos da Sociologia Jurídica, ou, em outras palavras, a tratamos como **ciência** e concebemos o seu método. Partimos de uma concepção de ciência baseada na totalidade, que rejeita a fragmentação do conhecimento. A única maneira de abordar a realidade e os campos do saber que dela emanam é a partir da totalidade concreta ou totalidade histórico-social (MARX, 1987a; LUCKÁCS, 2003; MASCARO, 2007; ALMEIDA, 2006). Não se trata meramente da interdisciplinaridade, que, ao buscar a complementação de um campo do saber por outros campos, não apreende os laços internos que entramam todos eles, sobretudo as relações sociais marcadas por contradições e conflitos de interesses, que encontram no capitalismo o motor fundamental, no qual a vida é mercantilizada e constitui relações baseadas no valor de troca. A totalidade a que nos referimos concebe que não há uma ciência para cada campo do conhecimento, mas apenas uma ciência do conhecimento abstraído da realidade, “uma ciência histórico-dialética, única e unitária, do desenvolvimento da sociedade como totalidade” (LUCKÁCS

*apud* ALMEIDA, 2006, p. 45). As divisões e ramificações, como a Sociologia Jurídica, só têm espaço como uma divisão didática para focar determinados aspectos e permitir uma exposição.

A totalidade na observação de um fenômeno é também uma totalidade espaço-temporal, ou seja, um fato ou objeto deve ser analisado não apenas com base em sua forma aparente, mas conforme a história de sua constituição e o seu devenir. Em outras palavras, seu passado e seu futuro.

A compreensão de um fenômeno não se dá pela imagem que ele faz de si mesmo, mas das relações concretas que o caracterizam, sendo a prática social o único critério para conhecimento da verdade. A definição de um objeto por si próprio não reflete sua essência, mas sim as ideias predominantes no momento em que ele é definido, a sua imagem visível (MOREIRA, 2011:19-20).

O que expressamos por **método** vai além de instrumentos imediatos para aplicar normas ou expor análises acadêmicas. Nos referimos a um “procedimento racional para o conhecimento seguindo um percurso fixado” (Marilena Chauí, *apud* OLIVEIRA, 2001:17). Assim, o método se insere na teoria do conhecimento, como um conjunto de estratégias orientadas para a racionalização do real. É definido pela visão de mundo do pesquisador, por sua experiência de vida e pelas opções teóricas que realiza de acordo com essa experiência.

Em geral, qualquer discussão sobre a visão de mundo dos juristas começa pela oposição entre jusnaturalismo, como pensamento predominante no século XVIII na Europa ocidental, e positivismo jurídico, que surge numa outra fase e coloca em relevo o pensamento de Hans Kelsen. Atualmente, a visões de mundo no Direito, ou são positivistas, ou são críticas ao positivismo. Isso é o que explicaremos no primeiro tópico deste artigo, ao tratar dos caminhos do pensamento jurídico contemporâneo de acordo com a exposição da Mascaro (2010).

Em seguida, introduzimos Sociologia Jurídica a partir de seu conceito doutrinário, e em seguida analisamos um de seus autores

clássicos, Eugen Ehrlich, e sua concepção sobre o Direito Vivo, que se coloca como crítica ao juspositivismo, mas que, como demonstraremos, não se trata de uma ruptura essencial.

A crítica marxista na Sociologia Jurídica é a que aponta para essa ruptura essencial com o juspositivismo. Para demonstrá-lo, faremos análises sobre as concepções de método e de direito em Marx, passando em seguida ao jurista soviético Evgeni Pachukanis, contemporâneo de Lênin.

Portanto, a dinâmica deste trabalho consiste em abordar duas críticas ao juspositivismo, a de Ehrlich e a de Pachukanis, apontando a essência de cada uma. Em outras palavras, consiste em colocar à prova o método de Ehrlich para a Sociologia Jurídica, à luz do que concebemos sobre as contribuições de Pachukanis.

## 2. Os caminhos do pensamento jurídico contemporâneo

É Alysson Mascaro (2010) quem logra constituir um modelo teórico completo para caracterizar as vertentes do pensamento jurídico contemporâneo e as colisões entre elas. As balizas que determinam essas vertentes são

[...] as visões do mundo *conservadoras*, que legitimam o direito positivo estatal como única vertente de compreensão filosófica possível ao direito, ou as visões *críticas*, que desnudam os limites do juspositivismo (2010, p. 311, grifos do original).

Não poderemos, neste apartado, aprofundar em cada autor trazido como exemplo. Pretendemos traçar as linhas gerais de cada vertente, demonstrando a abrangência e coerência desse modelo, que serve de base para fundamentar, mais adiante, as concepções jurídicas de Ehrlich e de Pachukanis.

A tendência dominante é o juspositivismo, uma “visão estatal, formalista, institucional, liberal” (MASCARO 2010, p. 311) do direito, voltada para a legitimação exclusiva do Direito estatal, sacralizado

nas normas escritas, e para a redução da ciência do direito à técnica de criação e aplicação dessas normas. Uma tal “ciência” caracteriza o direito como dever-ser, cabendo a ela estudar as relações das normas entre si, e não explicar a realidade. Hans Kelsen (1992), a principal referência dessa vertente, afirma que essa “ciência” *“tiene como tarea conocer no lo que de hecho es sino lo que debe ser con arreglo al derecho, esto es una ciencia valorativa y no explicativa, en otras palabras, una ciencia del derecho normativa”* (1992, p. 214). Em seguida, aponta que *“no se puede reprochar la falta de contacto con la realidad a una ciencia que desde un principio nunca ha pretendido ser una explicación de la realidad”* (1992, p. 217).

Buscando a autonomia do campo jurídico, Kelsen trabalha sobre um sistema lógico segundo o qual o fundamento de uma norma só pode ser outra norma, e não uma relação social, o que leva à concepção de uma estrutura abstrata, uma pirâmide de normas que se relacionam formando o ordenamento jurídico. Assim, os fatos jurídicos e os sujeitos de direito só se caracterizam como tal se estiverem inseridos em um sistema normativo. Essa concepção encontra plausibilidade num raciocínio lógico formal ou, também podemos dizer, mecânico ou idealista, no sentido filosófico, como demonstra Celso Kashiura Júnior (2009, p. 76):

A conclusão de Kelsen, não se pode negar, é logicamente perfeita. Mas a perfeita coerência lógica leva à conclusão pouco plausível de que não é a existência de uma estrutura social que, por sua organização específica, demanda uma forma de direito, mas uma forma de direito que, por sua existência, determina a organização social.

Não é sem razão que essa forma de pensar encontre amplo espaço nos cursos de Direito, por traçar um esquema tão simples e de fácil reprodução quanto a afirmação incauta de que “o direito é um conjunto de normas”. Porém, essa concepção precisa ser desnudada como um fetichismo da norma jurídica, que tem como base o fetichismo da mercadoria na sociedade capitalista, conforme demonstra Michel Mialle (1979, p. 90):

É aqui que entra a fetichização: atribuo à norma jurídica uma qualidade que parece intrínseca (a obrigatoriedade, a imperatividade), justamente quando esta qualidade pertence não à norma mas ao tipo de relação, da relação social real de que esta norma é a expressão. Da mesma maneira que a mercadoria não cria valor mas o realiza no momento da troca, a norma jurídica não cria verdadeiramente a obrigação: realiza-a no momento das trocas sociais.

Algumas outras correntes de pensamento se levantaram sobre a crítica dessa concepção analítica reducionista, chamada de normativismo. Muitas delas, porém, não podem ser tratadas como críticas ao juspositivismo, porque ao fim retornam à concepção essencial de Kelsen. Em outras palavras, criticam o arcabouço teórico mas reproduzem sua essência, ou, usando expressões de Miaille (1979), constituem teorias com críticas e não teorias críticas. Na construção de Mascaro (2010), essas correntes são o juspositivismo eclético e o juspositivismo ético.

O ecletismo é uma “resistência romântica” (MASCARO, 2010, p. 314) à redução total do direito à norma. Sua linha é de criticar o normativismo, inserindo outros elementos no fenômeno jurídico. Aqui está fundamentalmente a Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale (2009), segundo a qual o direito não é apenas um conjunto de normas, mas uma integração de normas, fatos e valores, ou, em outras palavras, uma apreciação normativa de fatos segundo os valores dos sujeitos envolvidos na criação, interpretação e aplicação das normas. Assim, não pode haver um reducionismo à norma, que seria normativismo, mas tampouco reducionismo aos valores, que seria moralismo, ou aos fatos, que seria determinismo social.

O esquema de Miguel Reale pode parecer bastante atrativo como uma crítica inteligente ao reducionismo. Insere na explicação outros elementos que operam numa relação jurídica, mas sua base segue uma concepção positivista, permanecendo no velho esquema lógico-formal segundo o qual o direito se aplica pela subsunção do fato à norma. A autonomia e o fetichismo da norma jurídica seguem presentes: “os fatos e as relações sociais só têm significado jurídico quando inseridos numa

estrutura normativa” (REALE, 2009, p. 215). A estrutura normativa é o critério que qualifica certos fatos sociais como fatos jurídicos e certas relações sociais como relações jurídicas, e ainda:

Quando falamos, todavia, em fato jurídico, não nos referimos ao fato como algo anterior ou exterior ao Direito, e de que o Direito se origine, mas sim a um fato juridicamente qualificado, um evento ao qual as normas jurídicas já atribuíram determinadas consequências, configurando-o e tipificando-o objetivamente (REALE, 2009, p. 200).

Já o juspositivismo ético tem como característica essencial um normativismo renovado (e chancelado) pela moral, que legitima o ordenamento jurídico estatal como justo e moralmente adequado. Em outras palavras, apresenta-se crítico por ressaltar conceitos como justiça e democracia dentro do aparato estatal vigente, reforçando sua legitimização. Isso só é possível com um método baseado no dever-ser —na imaginação de um direito ideal, afastada da análise de como é na realidade. Dworkin, Alexy e Rawls, com matizes distintas, são alguns exemplos dessa corrente.

Ao lado das críticas limitadas ao normativismo, que acabamos de abordar, existem outras correntes que podem ser consideradas críticas reais, rupturas, frente ao juspositivismo desde suas características essenciais. Essas críticas vão para dois caminhos, delimitados pela base marxista ou não, dessa ruptura. Indo mais além, cada um desses caminhos não é homogêneo, e se espalham por diferentes referenciais teóricos.

Passemos ao primeiro desses caminhos da crítica, caracterizado pelo desnudamento das relações sociais, expondo fatores que marcam mais essas relações que o próprio direito, ou seja, derrubando as crenças ou ilusões de que as normas jurídicas possam tornar-se reais pela sua simples existência e afirmação. Sua base epistemológica não é a norma jurídica, e sim o poder. O direito é uma expressão de poder, logo, não é a norma em si quem regula a sociedade. O poder regula o direito, e não o contrário. A norma não tem vida própria, ela é um instrumento manejado na disputa política.

Os principais referenciais dessas críticas são Carl Schmitt, Michel Foucault e Martin Heidegger, cada qual com um tipo de pensamento autônomo ao qual se aderem outros autores clássicos. Estão em questão, por exemplo, o poder soberano que pode decidir sobre a vigência ou suspensão da norma, no caso de Schmitt, bem como as relações intersubjetivas de poder e o controle social, no caso de Foucault.

Esse caminho crítico é paradoxal, pois, ao mesmo tempo que permite criticar a sociedade e apontar seus problemas reais, acaba naturalizando esses problemas, gerando um conformismo consciente. Em outras palavras, se o juspositivismo hesita em admitir a opressão do poder, caminhando para a neutralidade e o tecnicismo, a crítica do poder não vai pelo mesmo caminho. Admite essa opressão, de um modo que ela é tão real e inquebrantável que não permite ver mais além.

Passemos então à crítica marxista —fundada no materialismo histórico e dialético. O direito é sim uma expressão de poder, mas esse poder não é universal, abstrato e atemporal, mas sim caracterizado histórica e socialmente, desde os interesses sociais antagônicos fundados nas condições materiais de existência de cada sujeito. Enquanto o outro tipo de crítica transfere a autonomia do campo normativo para o campo do poder, a crítica marxista não admite a autonomia nem da norma nem do poder, pois os enraiza nas relações sociais historicamente determinadas. Resolve a divisão entre dever-ser e ser tomando a ciência como totalidade, pensando o direito a partir das estruturas do todo histórico-social. Embora a crítica marxista do direito seja seguida por muitos autores clássicos, neste artigo vamos focar na análise do jurista soviético Evgeni Pachukanis.

Assim expusemos os vários matizes do pensamento jurídico contemporâneo no modelo abrangente do Professor Alysson Mascaro (2010). Mais que isso, pretendemos aplicar esse tipo de análise crítica a um campo sobre a qual ela tem sido pouco explorada, que é a Sociologia Jurídica, onde, por outro lado, entra um autor pouco conhecido em outros ramos, Eugen Ehrlich. Façamos então um corte para entrar no conceito doutrinário dessa disciplina.

### 3. Conceito e objeto da Sociologia do Direito

É fácil perceber que as definições do conceito e do objeto de estudo da Sociologia do Direito seguem as vertentes do pensamento jurídico acima expostas. Trabalhemos com as doutrinas mais conhecidas nos cursos de Sociologia Jurídica no Brasil. A definição de Henry Lévy-Bruhl (1997, p. 20) demonstra a permanência do juspositivismo no seu conceito “sociológico” de direito: “o direito é o conjunto das normas obrigatórias que determinam as relações sociais impostas a todo momento pelo grupo ao qual se pertence”. O conceito de Cavalieri Filho (2007, p. 30) ratifica essa órbita:

[...] conjunto de normas de conduta, universais, abstratas, obrigatórias e mutáveis, impostas pelo grupo social, destinadas a disciplinar as relações externas do indivíduo, objetivando prevenir e compor conflitos.

Examinando os dois conceitos, pode-se perceber que a particularidade do conceito sociológico em relação ao conceito geral e positivista de direito fica apenas na menção ao grupo social. A disciplina foca na gênese do fenômeno jurídico a partir das relações sociais e da influência do grupo social sobre o indivíduo.

Citando Sabadell, Dimitri Dimoulis (2010, p. 50) traz uma definição mais completa e estrutural:

A sociologia jurídica estuda o direito positivo sob o prisma da *eficácia social* das normas jurídicas (dimensão *fática* do conhecimento do direito). Mais concretamente examina a dimensão real do fenômeno jurídico, isto é, a *facticidade* do direito, analisando as relações entre a sociedade e os ordenamentos jurídicos [...]. (grifos do original)

O foco da Sociologia Jurídica nas relações sociais e não na norma em si não significa necessariamente uma ruptura com o positivismo, assim como o positivismo não desqualifica a Sociologia Ju-

rídica como ciência. É o próprio Kelsen quem afirma que não existe apenas uma “ciência” do direito, pois a “ciência pura” do direito (a jurisprudência normativa) e a sociologia jurídica (a jurisprudência sociológica) possuem objetos distintos. E sua base teórica para tanto é a definição de Max Weber (*apud* KELSEN, 1998, p. 254):

Quando nos ocupamos com “Direito”, “ordem jurídica”, “regra de direito”, devemos observar estritamente a distinção entre um ponto de vista jurídico e um sociológico. A jurisprudência pede as normas jurídicas idealmente válidas. Ou seja... qual significado normativo deverá ser vinculado a uma sentença que aparenta representar uma norma jurídica. A sociologia investiga o que efetivamente está acontecendo na sociedade porque existe certa possibilidade de que os seus membros acreditem na validade de uma ordem e adaptem a sua conduta a essa ordem.

O objeto da Sociologia fica então na análise da validade (ou eficácia) da ordem jurídica, o que não choca com o objeto da jurisprudência normativa. Regressando a sua característica mais típica, Kelsen (1998, p. 258) submete a mesma sociologia jurídica, que admite ser uma ciência própria, ao normativismo: “a jurisprudência sociológica pressupõe o conceito jurídico de Direito, o conceito de Direito definido pela jurisprudência normativa”.

Ehrlich erguerá sua teoria criticando a concepção de Kelsen. Para o seu Direito Vivo, a concepção sociológica é a única ciência do direito pois a jurisprudência normativa não é nada mais que a prática jurídica.

#### **4. O Direito Vivo de Eugen Ehrlich**

Eugen Ehrlich nasceu em 1862, na cidade de Czernowitz, que fazia parte do império austro-húngaro, e hoje faz parte da Ucrânia. Em Viena, formou-se em Direito e exerceu a advocacia, retornando a Czernowitz como professor universitário, chegando a ser reitor da universidade local. No advento da Primeira Guerra Mundial, encontrou profundas dificuldades em sua atividade acadêmica, devido à perseguição anti-semita.

Em 1913, publicou sua obra mais conhecida, *Fundamentos da Sociologia do Direito* (1986). Assim como Kelsen, procurava uma ciência pura do direito, mas esta não poderia continuar refém do pragmatismo jurídico, estudando apenas a técnica de aplicação do direito:

O dilema da jurisprudência é o seguinte: apesar de ser somente uma doutrina prática do direito, continua sendo ao mesmo tempo a única ciência do direito. E isso significa que aquilo que ela ensina a respeito de direito e de condições jurídicas, não vai além do que a doutrina prática do direito pode fornecer em termos de orientação, objeto e método (EHRLICH, 1986, p. 11).

E acrescenta: “o lugar da apreciação científica foi tomado pela apreciação prática” (1986, p. 15). A jurisprudência prática (ou normativista), ao se basear num método abstrato e dedutivo, “se contrapõe frontalmente a toda ciência autêntica, onde predomina o método indutivo, que procura aprofundar o conhecimento da essência das coisas através da observação de fatos e da coleta de experiências” (1986, p. 14).

Estava claro, para Ehrlich, que o estudo das normas aplicadas pelos juízes não preenchia a totalidade do fenômeno jurídico, pois as pessoas, no dia-a-dia, não agem levando em conta as regras do direito formal estatal: “os homens nem sempre agem segundo as regras que são aplicadas nas decisões referentes às suas querelas” (1986, p. 14). Essas práticas sociais encaradas como um direito do dia-a-dia são chamadas de Direito Vivo, independente do direito formal vigente e positivo: “o direito vigente não reproduz o quadro mais pálido daquilo que realmente acontece na vida” (1986, p. 377). O Direito Vivo se trata das regras que efetivamente são reconhecidas e praticadas nas relações sociais em cada localidade, cultura e período histórico, como, por exemplo, as disposições dos contratos. As pessoas se voltam muito mais à observação do conteúdo dos contratos — cumprir os compromissos assumidos — do que dos seus pressupostos de constituição e validade.

Os órgãos judiciais e administrativos do Estado, em suas decisões, pressupõem que o direito vigente é o único válido porque, mesmo que não corresponda ao direito vivido pelas pessoas, sua im-

posição continuada fará com que elas se conformem a essas normas, assentando assim o fundamento do *dever ser*, o que, para Ehrlich, é uma “falácia lógica”: “não se pode negar que as decisões dos tribunais têm influência sobre o agir dos homens, mas deveria averiguar-se primeiro em que medida isto acontece e de que circunstâncias depende” (1986, p. 15). Assim, vai expressando o objeto e método da Sociologia Jurídica.

Ehrlich é influenciado pela Escola Histórica do Direito, notadamente Savigny e Puchta, sobretudo por sua concepção do sentimento de justiça do povo, que, ainda que abstrato, leva ao direito consuetudinário. Os historicistas, assim como seus precursores, os jusnaturalistas,

[...] têm em comum a recusa em aceitar cegamente como direito tudo aquilo que o Estado lhes apresenta como tal; procuram chegar à essência do direito por via científica. E ambos localizam a origem do direito fora do Estado (EHRLICH, 1986, p. 19).

Com a crença no monopólio estatal da administração da justiça e da criação do direito, o direito estatal é elevado a fonte única do direito e, pelo processo de codificação, pretende abranger todo o universo jurídico, tornando supérfluo o direito consuetudinário.

Colocando em destaque os teóricos que buscaram a origem do direito fora do Estado, Ehrlich, por sua vez, influencia a concepção do pluralismo jurídico, tendo Gurvitch como teórico fundamental, e podendo-se citar, no Brasil, Luís Fernando Coelho (1991) e Antonio Carlos Wolkmer (1997).<sup>2</sup>

Por outro lado, os historicistas e jusnaturalistas, segundo Ehrlich, ainda que busquem a origem do direito fora do Estado, são incapazes de visualizar um ordenamento jurídico independente do Estado, e,

2 A vertente pluralista, a partir da constatação da existência de sistemas jurídicos diversos do estatal, projeta um cenário de conflito entre eles, que leva à afirmação dos direitos fundamentais do povo, e neutraliza a concepção do Judiciário como instrumento de controle e repressão. O Judiciário pode ser visto como “instância futura de absorção dos conflitos coletivos, desde que descentralizada e controlada democraticamente pelo poder dos movimentos sociais e demais corpos comunitários intermediários” (WOLKMER, 1997, p. 93).

ao fim, clamam por uma legislação estatal. Ou seja, fazem a correta constatação, mas, ao chegar aos termos práticos, regressam (ou, melhor dizendo, conduzem) ao positivismo: “assim, apesar de Savigny e Puchta, a jurisprudência continuou sendo aquilo que é desde o surgimento do cargo de juiz estatal: uma doutrina da aplicação do direito estatal” (EHRLICH, 1986, p. 21).

O Direito Vivo propõe um próprio método de pesquisa do direito. Propõe que o direito não seja captado nas normas oficiais, e sim nas relações concretas, no agir humano que nem sempre tem como referência as normas estatais. Assim, um método de investigação do direito só pode ser indutivo, baseado na observação de fatos e coleta de experiências.

Em 1915, dois anos após a publicação de Fundamentos da Sociologia do Direito, Kelsen publica um artigo respondendo e insurgindo-se contra a teoria de Ehrlich. Aponta que não se pode confundir numa mesma ciência o estudo das normas e o estudo das ações e comportamentos humanos frente às normas. São objetos distintos. A Sociologia do Direito de fato é uma ciência do ser e não do dever-ser, mas, assim sendo, não é capaz de estudar as normas, de interpretar os direitos, ou, em nossas palavras, de apreender a lógica abstrata do discurso jurídico. Ainda que uma tal ciência social possa existir,<sup>3</sup> não pode ser chamada de ciência *do direito*, por ser incapaz de estudar as normas, pois estas importam, necessariamente, um juízo de valor que constitui uma ciência própria. A Sociologia Jurídica pode se ocupar dos comportamentos humanos frente à normas, mas não pode se ocupar da definição de qual comportamento seja lícito ou ilícito. Ao submeter a ciência do dever-ser à ciência do ser, Ehrlich estaria afirmando que uma ação humana não é apenas uma constatação fática, mas também uma regra sobre como se deve agir. O que está incorreto, frente à ciência do direito, que caracteriza as normas como heterônomas: o fato de serem descumpridas não significa que deixam de existir, prescrevendo obrigações, permissões e proibições.

3 “Sólo en la medida en que se atribuye el carácter de social a una regla que expresa un determinado comportamiento similar de los hombres en su convivencia, se puede caracterizar como ciencia social o, si se quiere, como sociología, una ciencia que se preocupa de determinar las reglas de la vida jurídica o las reglas jurídicas. Que una sociología así caracterizada sea teóricamente posible, así como deseable para la explicación de la convivencia humana, no se va a poner en duda” (KELSEN, 1992, p. 214).

Em nossa análise, a crítica de Kelsen a Ehrlich serve para engrandecer trabalhos de ambos os teóricos. De um lado, expõe o reducionismo que o atual “estudo” do direito, baseado em apostilas, aplica à teoria de Kelsen, supondo que ele não via nada no horizonte além de textos normativos e códigos, e impedindo uma crítica correta. De outro lado, mantém válida a crítica de Ehrlich ao normativismo, a qual convida para uma abordagem do direito que olha para a realidade, para as causas das relações sociais, que não estão nas prescrições jurídicas.

O problema está na lógica fragmentária do positivismo, que é o oposto da totalidade concreta ou histórico-social à qual nos referimos no início deste artigo. Ao fragmentar direito e sociologia em ciências autônomas, o positivismo fragmenta a si mesmo em positivismo jurídico (Kelsen) e positivismo sociológico (Durkheim), permitindo uma disputa entre ambos que não chega à essência problema. Vamos demonstrar isso analisando Ehrlich à luz do método de Durkheim (2004).

## 5. O positivismo sociológico e o método de Ehrlich

A teoria de Ehrlich está atada ao conceito de Sociologia como ciência, dentro do qual se incorporam, entre outras relações sociais, as relações jurídicas. Seu método, portanto, está ligado ao método sociológico, mais precisamente, à concepção metodológica dominante, da qual fazem parte Auguste Comte e Émile Durkheim. É a sociologia, tal como definida por estes autores, que estrutura e define o direito como ciência social.<sup>4</sup>

Durkheim (2004), um autor clássico para abordar o positivismo na Sociologia, sintetiza assim as regras do seu método sociológico, chamado de método comparativo ou experimental:

- (1) Tratar os fatos sociais como coisas (observação e experimentação);
- (2) Reconhecer a exterioridade e coercibilidade dos fatos sociais em relação ao indivíduo;

---

<sup>4</sup>“Como o direito é um fenômeno social, qualquer tipo de jurisprudência pertence ao âmbito das ciências sociais, mas a ciência do direito propriamente dita é parte integrante da ciência social teórica, isto é, da sociologia. A sociologia do direito é a doutrina científica do direito” (EHRLICH, 1986, p. 26).

(3) Afastar sistematicamente da ciência todas as noções prévias;

(4) Agrupar os fatos segundo as suas características exteriores comuns;

(5) Distinguir entre o normal e o patológico em determinado estágio de desenvolvimento de dada sociedade, formando um tipo médio;

(6) Classificar as sociedades mais simples e mais complexas e iniciar o estudo pelas mais simples.

Em Ehrlich, também se verifica o tratamento dos fatos sociais como coisas, partindo para a experimentação. Seu método sustenta que a investigação só pode partir do concreto para o genérico: “inicialmente ela concentrará sua atenção sobre o concreto e não sobre o genérico. Afinal, observar só se pode o concreto” (1986, p. 384). E prossegue:

Por isto não é verdade que na investigação do direito vivo se trate somente de investigar o “direito consuetudinário” ou os “costumes sociais”. Mesmo que se possa imaginar algo sob estes conceitos —o que nem sempre é o caso—, não se trata de algo concreto, mas de generalizações já efetuadas (1986, p. 384).

O “concreto”, para a ciência do direito de Ehrlich, são principalmente os documentos legais, entre os quais se destaca a sentença judiciária. E às relações jurídicas concretas correspondem os hábitos, as relações de dominação, contratos, estatutos, declarações de última vontade.

O direito comercial é um campo privilegiado para a demonstração do método proposto, pois é “a única área do direito que parte regularmente, e não só ocasionalmente, daquilo que realmente se pratica” (1986, p. 377). Isso porque, em vez de buscar o direito a partir das prescrições jurídicas, deve-se partir dos modelos jurídicos, do seu conteúdo que se consolida pela repetição ao longo do tempo. Todos os contratos de comércio, por exemplo, “contêm, além do conteúdo

individual, válido somente para a transação específica, um conteúdo típico que se repete em todos eles" (1986, p. 379). Se os juristas pretendem escrever sobre assuntos jurídicos, deviam partir desse conteúdo e não das prescrições jurídicas abstratas; além disso, os documentos estão mais de acordo com as circunstâncias regionais e culturais do grupo social do que as normas. Mais que as regras dos tribunais, esses modelos jurídicos expressam o que as partes de fato observam como sendo direito.

Todavia, o documento não esgota todas as relações jurídicas, pois existe aquilo que não é registrado. Nesse caso, "não há outro meio do que abrir os olhos, instruir-se através da observação atenta do dia-a-dia, inquirir as pessoas e registrar suas manifestações" (1986, p. 382), onde se vê a preocupação de Ehrlich com o empírico. Podem-se inferir, a partir daí, as técnicas quantitativas e qualitativas de pesquisa da sociologia, como a análise documental e a observação direta por meio de entrevistas.

Então, o que diferencia a pesquisa jurídica da pesquisa social em geral, ou, melhor dizendo, o que diferencia as relações jurídicas, objeto da sociologia jurídica, das demais relações sociais?

Primeiramente, Ehrlich considera que os grupos humanos se desenvolvem em associações (ou organizações sociais), que são "um conjunto de pessoas que em seu relacionamento mútuo reconhecem algumas regras como determinantes para seu agir e em geral, de fato agem de acordo com elas" (1986, p. 37) —trata-se, portanto de uma expliação contratualista da sociedade. A ordem interna dessas associações é determinada pelas normas jurídicas. O funcionamento das organizações sociais encontra algum paralelo com a divisão do trabalho social da qual fala Durkheim.

Mais que em normas, o direito se expressa em instituições: "quem quer determinar quais são as fontes do direito deve saber explicar como surgiram Estado, Igreja, família, propriedade, contrato, herança e como eles se modificam e evoluem no decorrer do tempo" (EHRLICH, 1986, p. 70). O direito é uma ficção da consciência humana, ele só existe porque existe uma concepção de direito nas pessoas, moldada a partir da realidade palpável e perceptível.

Didaticamente, os **fatos jurídicos** podem ser reduzidos aos seguintes: o **habito**, a **dominação**, a **posse** e a **declaração de vontade**. Essas são, para Ehrlich, as formas jurídicas que permitem diferenciar as relações jurídicas das demais relações sociais.

Assim como em Durkheim, o método de Ehrlich parte das sociedades mais simples para as mais complexas, o que fica claro no recurso ao relato histórico para demonstrar suas teses. Argumenta, ademais, que “a ordem interna das associações humanas não só é a primeira forma do direito, mas é, até hoje, a fundamental” (EHRLICH, 1986, p. 36). O direito, portanto, existe desde as primeiras associações humanas.

É fundamental, ante o exposto, criticar tanto Ehrlich quanto Durkheim, apontando as limitações do empírico tal como exposto pelo positivismo, na Sociologia, como supervalorização do dado imediato.

O método indutivo puro acaba se revelando como uma observação parcial da realidade, pois leva em conta apenas o que foi diretamente experimentado pelo pesquisador, e não toda a experiência humana acumulada, que dá à ciência o caráter de totalidade. É a teoria que condensa e expressa o acúmulo de conhecimento das gerações anteriores, elemento que liga e relaciona os vários objetos específicos e concretos de cada observação empírica.

Fundamentar a pesquisa exclusivamente na observação direta do concreto leva a um resultado que Lígia Martins (2009) chama de **empiria fetichizada da sociedade capitalista**:

[...] ao conferir tamanha importância ao mundo empírico, os modelos qualitativos de pesquisa acabam por preterir a análise da empiria fetichizada que caracteriza a sociedade capitalista. Descentrando suas análises das metanarrativas, os percursos qualitativos aprisionam-se ao empírico, ao imediato, furtando-se ao entendimento essencial dos fundamentos da realidade humana.

Duarte (*apud* MARTINS, 2009) acrescenta que “as pessoas só vêem aquilo que está imediatamente presente e não conseguem anali-

sar o fato imediato à luz da totalidade social. O fetichismo é um fenômeno próprio do mundo da cotidianidade alienada”.

Tal crítica serve para introduzir o método marxista, ou seja, como ele comprehende a questão do dado imediato, empírico, concreto. Explica Adorno:

[...] justamente o não factual, o que não pode ser diretamente convertido em percepção sensorial, não é dotado de um grau menor de realidade efectiva, mas sim maior; isto é, determina a vida das pessoas mais do que os chamados concreta, com que nos deparamos de imediato (ADORNO, 2008, p. 140).

Ao suscitar “o que não é visível, para explicar o visível”, o pensamento crítico “se recusa a crer e a dizer que a realidade se limita ao visível” (MIAILLLE, 1979, p. 18). Afinal, “os fios escondidos do direito muitas vezes o determinam mais que as suas camadas visíveis aos olhos do jurista” (MASCARO, 2010, p. 16).

O método de Pachukanis, de que vamos tratar em seguida, encontra algumas diferenças fundamentais com os pressupostos de Ehrlich. Primeiro que tudo, é preciso compreender o que Marx propõe para enxergar o concreto a partir do abstrato (o concreto pensado); começar o estudo a partir das sociedades mais complexas, que trazem em si a compreensão das sociedades mais simples; e assim caracterizar o direito desde a concepção de forma jurídica, que só se encontra com suas características plenamente desenvolvidas sob o capitalismo, sendo, ademais, o que sustenta a forma mercadoria, que é a sua célula.

## **6. Marx e o método nas Ciências Sociais**

Após expor as linhas gerais do pensamento de Ehrlich, considerado o “pai” da Sociologia Jurídica, cabe tratar do método de pesquisa e da crítica marxista do direito. Com isso, pretende-se contribuir com uma concepção marxista para a sociologia e a pesquisa no campo jurídico.

A essencialidade das relações de produção da vida social já fazia parte do método de Marx desde seus trabalhos iniciais de crítica da ideologia alemã, tal como exposto na 6<sup>a</sup> tese sobre Feuerbach (1987b, p. 162): “a essência humana não é abstrata residindo no indivíduo único. Em sua efetividade é o conjunto das relações sociais”. Após décadas de estudos e luta prática, sintetizou seu método na seguinte exposição (insistimos na conhecida passagem da obra *Para a crítica da economia política* – MARX, 1987a, pp. 29-30 —para que seja compreendida em seus estritos termos):

Na produção social da própria vida, os homens contraem relações determinadas, necessárias e independentes da sua vontade, relações de produção estas que correspondem a uma etapa determinada de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo em geral de vida social, político e espiritual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência.

Portanto, o conhecimento é algo mais que a observação direta dos fatos e relações sociais. Existe uma relação de mão dupla entre a ação prática e o pensamento. A **produção social** da existência humana diz respeito à sua própria história em sentido amplo —a vida do homem ao longo da história, obtendo da natureza os meios de sobrevivência e relacionando-se com os outros em sociedade.

Mao Tsetung amplia a noção de prática social em três tipos: luta pela produção, luta de classes e experimentações científicas. No começo do processo de uma atividade prática, os homens só vêem o aspecto exterior dos fenômenos, a “ligação externa dos fenômenos isolados” (TSETUNG, 2011, p. 41) —trata-se do conhecimento sensível. Apenas com a repetição da prática é que se processa um salto para o conhecimento racional —a formação de conceitos, que já não ficam no aspecto exterior aparente dos fenômenos, mas captam sua essência.

Essa repetição na prática põe à prova os conceitos, validando apenas aqueles que correspondem à realidade material. O contato reiterado com a prática transforma o conhecimento sensível em conhecimento racional, e o acúmulo de experiências na história da humanidade torna esse conhecimento racional cada vez mais complexo e completo.

O conhecimento se dá em saltos da matéria à consciência, e da consciência à matéria —sendo que o segundo salto é o principal— e é por isso que o único conhecimento verdadeiro é aquele que está ligado à atividade humana de transformação da matéria.

Analizando a repetição do processo de conhecimento, Marx aponta que o método correto de investigação consiste em partir das categorias do conhecimento racional, para compreender o plano concreto, material, uma vez que essas categorias tenham sido fruto de um processo anterior que vai do concreto ao racional: “o concreto aparece no pensamento como o processo da síntese, como resultado, não como ponto de partida, ainda que seja o ponto de partida efetivo”. Assim, “**o método que consiste em elevar-se do abstrato ao concreto** não é senão a maneira de proceder do pensamento para se apropriar do concreto, para reproduzi-lo como concreto pensado” (1987a, pp. 16-17, grifo nosso).

Embora pareça correto partir das características aparentes e concretas do objeto, o concreto só pode ser tomado em sua totalidade como fruto da racionalização do sujeito. Em outras palavras, o processo do conhecimento permite sair de uma apreensão parcial e aparente do objeto para uma compreensão totalizante.

O concreto é concreto porque é a síntese de muitas determinações, isto é, unidade do diverso. Por isso o concreto aparece no pensamento como o processo da síntese, como resultado, não como ponto de partida, **ainda que seja** o ponto de partida efetivo e, portanto, o ponto de partida também da intuição e da representação (MARX, 1987a, p. 16, grifo nosso).

O concreto, portanto, é a síntese. “Ainda que seja” indica que partimos dela, mas não exatamente sabíamos: saberemos com

a síntese. O concreto que atua como ponto de partida é o concreto-determinado existente na realidade, e que é apreendido imediatamente na consciência humana. O processo do conhecimento reconstrói essa realidade anterior como concreto-pensado.

Esse método permite compreender um fenômeno em sua realidade e concretude histórica, evitando-se abstrações generalistas. Categorias como o dinheiro e o trabalho, por exemplo, não podem ser explicadas fora de uma delimitação histórica:

[...] até mesmo as categorias mais abstratas [...], apesar de sua validade para todas as épocas, são, contudo, na determinidade desta abstração, igualmente produto de condições históricas, e não possuem plena validade senão para estas condições e dentro dos limites destas (1987a, p. 20).

Delineando e demonstrando o método, Marx aponta enfim que o estudo de uma categoria, além de ser historicamente situado, deve partir da expressão historicamente mais desenvolvida e complexa dessa categoria, pois ela traz em si a explicação de suas expressões anteriores: “o chamado desenvolvimento histórico repousa em geral sobre o fato de a última forma considerar as formas passadas como etapas que levam a seu próprio grau de desenvolvimento” (1987a, p. 20).<sup>5</sup>

Aplicando esse método à sociedade capitalista, e buscando sua expressão mais totalizante, abstrata e nuclear, encontra-se a mercadoria, ou forma mercantil. Assim como, nas ciências naturais, “o átomo invisível explica a matéria visível na sua estrutura e na sua evolução” (MIAILLE, 1979, p. 23), pois traz em si os elementos essenciais que caracterizam a matéria, o mesmo acontece com a mercadoria na Economia Política.

---

<sup>5</sup> No mesmo trabalho, Marx (1987a, p. 20) complementa: “A sociedade burguesa é a organização histórica mais desenvolvida, mais diferenciada da produção. As categorias que exprimem suas relações, a compreensão de sua própria articulação, permitem penetrar na articulação e nas relações de produção de todas as formas de sociedades desaparecidas, sobre cujas ruínas e elementos se acha edificada, e cujos vestígios, não ultrapassados ainda, leva de arrastão desenvolvendo tudo que fora antes apenas indicado que toma assim toda a sua significação, etc. A anatomia do homem é a chave para da anatomia do macaco. O que nas espécies animais inferiores indica uma forma superior não pode, ao contrário, ser compreendido senão quando se conhece a forma superior”.

A troca de mercadorias revela o conceito de **equivalência**: para serem trocadas, *x* medidas de um produto devem valer o mesmo tanto (equivaler) que *y* medidas do outro produto, ou seja, devem conter o mesmo tempo de trabalho abstrato.

A equivalência é a primeira expressão do direito no capitalismo mercantil: a troca de mercadorias deve ser proporcional, equivalente, e, portanto, justa.<sup>6</sup> A forma jurídica acompanha o capitalismo desde seu elemento nuclear, expressa na medida de equivalência ou igualdade.

No primeiro capítulo de nosso livro *Direito Internacional: para uma crítica marxista* (MOREIRA, 2011), tentamos fazer uma revisão contextualizada da concepção de Marx sobre o Direito. É inteiramente falso dizer que Marx não possuía uma concepção desenvolvida e específica sobre o direito, senão que é preciso compreender que, de acordo com seu próprio método, aborda o direito no bojo da análise da história e da sociedade, ou seja, como uma totalidade histórico-social.

Seu livro *A questão judaica* (2004) desnuda o significado dos direitos expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, aplicados sobre uma concepção burguesa de homem como indivíduo genérico, universalizado abstratamente, fora do seu contexto social, projetado a partir da visão que os políticos burgueses tinham de si mesmos. Essa é a noção de um indivíduo “membro ilusório de uma soberania imaginária, despojado da sua vida real individual, e dotado de universalidade irreal” (MARX, 2004, p. 22), e “separado dos outros homens e da comunidade” (MARX, 2004, p. 31). No contexto da sua crítica da Filosofia do Direito de Hegel, mostrava que um indivíduo só se pode emancipar com a emancipação de toda a humanidade. E da mesma maneira que, na história, o Estado laico não significou a superação de uma concepção de mundo fundada na religião, a afirmação de direitos abstratos, como liberdade e igualdade, não significava um caminho para atingir liberdade e igualdade reais.

A crítica das noções de liberdade e igualdade, como elementos nucleares de todo o arcabouço jurídico, é completada em *O Capital*

6 “Uma vez estabelecida a forma de troca de equivalentes, estabelece-se igualmente a forma do direito” (PACHUKANIS, 1988, p. 28). “É a idéia de equivalência decorrente do processo de trocas mercantis que funda a idéia de equivalência jurídica” (NAVES, 2000, p. 58). “A equivalência das mercadorias na troca demanda a equivalência dos sujeitos que trocam” (KASHIURA JÚNIOR, 2009, p. 89).

(MARX, 1988). Com a compreensão dos mecanismos econômicos da sociedade capitalista, alcança perceber que a afirmação abstrata dos direitos de liberdade, igualdade (e propriedade) não só não significa sua realização, mas, como elementos necessários à exploração da força de trabalho assalariada, significam o próprio mecanismo de reprodução do capitalismo e a condição para impedir que hajam liberdade, igualdade e propriedade reais. A caracterização de como esse mecanismo de produção constitui capitalistas e trabalhadores em sujeitos de direito abstratamente iguais, e assim permite a submissão dos segundos pelos primeiros, está bem resumida na seguinte passagem:

Para que seu possuidor [da força de trabalho] venda-a como mercadoria, ele deve poder dispor dela, ser, portanto, **livre proprietário** de sua capacidade de trabalho, de sua pessoa. Ele e o possuidor de dinheiro se encontram no mercado e entram em relação um com o outro como possuidores de mercadorias, **iguais** por origem, só se diferenciando por um ser comprador e o outro, vendedor, sendo portanto ambos **pessoas juridicamente iguais** (MARX, 1988, p. 135, grifos nosos).

Na prática, caída a máscara do direito abstrato, o que se revela desse processo é, de um lado, o capitalista, “cheio de importância, sorriso satisfeito e ávido por negócios”, e, de outro, o trabalhador, “tímido, contrafeito, como alguém que levou a sua própria pele para o mercado e agora não tem mais nada a esperar, exceto o – curtume” (MARX, 1988, p. 141).

É nesse contexto que o autor **Evgeni B. Pachukanis** precisa ser considerado referência obrigatória para os estudos do Direito, por ter desenvolvido e aplicado ao direito o método marxista, onde o mecanismo de reprodução da sociedade capitalista é base para compreensão da vida social.

## 7. A teoria do direito de Pachukanis

Evgeni B. Pachukanis nasceu em 1891 na Rússia, e desde os primeiros anos de escola secundária exerceu atividade política contra o regime

czarista, vindo a integrar, ainda jovem, as fileiras do Partido Operário Social Democrata da Rússia (POSDR). Foi preso em 1910, e levado ao exílio na Alemanha, onde terminou seu curso de Direito. De volta a Rússia, participou intensamente do processo revolucionário e da experiência socialista. Juntamente com Stutchka, foi o principal jurista da época de Lênin.

Travou intenso debate com as correntes teóricas do pensamento jurídico em vigência dentro e fora da União Soviética, desde as teorias clássicas do direito, chegando ainda dar importantes contribuições aos desafios de abordar o direito na nova fase de construção socialista. Sua obra fundamental é a *Teoria Geral do Direito e Marxismo* (1988), de 1924. Na Introdução, aborda a discussão entre as reduções sociológicas e jurídicas do fenômeno jurídico, ou seja, o debate entre Ehrlich e Kelsen que trouxemos até aqui. Sem citar diretamente Ehrlich, indaga: “Seria a jurisprudência capaz de evoluir para uma teoria geral do direito sem que por isso viesse a dissolver-se seja na Psicologia ou ainda na Sociologia?” (PACHUKANIS, 1988, p. 17).

A oposição simplificada entre Ser e Dever-Ser, e a fragmentação do conhecimento em uma ciência do Ser (explicativa) e outra do Dever-Ser (valorativa) leva a lógicas autônomas, que não explicam a si mesmas. Kelsen leva essa metodologia ao absurdo, em que a categoria “pura” do Dever-Ser não encontra determinações de natureza racional, em que a própria finalidade da norma é excluída da definição do jurídico. Arremata Pachukanis (1988, p. 19):

Uma tal teoria geral do direito, que nada explica, que a priori volta as costas às realidades concretas, ou seja, à vida social, e que se preocupa com as normas sem se importar com sua origem [...] ou com suas relações com quaisquer interesses materiais, não pode ter pretensões ao título de teoria senão unicamente no sentido em que, por exemplo, se fala popularmente de uma teoria do jogo de xadrez. Uma tal teoria nada tem a ver com a ciência.

Mais adiante, prossegue:

Finalmente, o extremo formalismo da escola normativa (Kelsen) exprime, sem sombra de dúvida, a decadência geral do mais recente pensamento científico burguês, o qual, glorificando o seu total afastamento da realidade, se dilui em estéreis artifícios metodológicos e lógico-formais (1988, p. 34).

Já em relação às correntes sociológicas e psicológicas no direito, diz, se pode exigir muito mais, pelo fato de que seu método pressupõe o contato com a realidade. O jurista crítico mais facilmente se volta para elas, especialmente quando reage às teorias jurídicas idealistas e moralistas. Mas a limitação das correntes sociológicas e psicológicas está no fato de que não trabalhar com conceitos jurídicos, impedindo de ver que o direito tem um significado mais amplo que meramente ideológico.

Um exemplo disso vem quando Pachukanis ataca a teoria psicologista de Rejsner, para quem, sendo o direito estritamente parte da superestrutura, não é mais que ideologia de dominação, não existindo para além do campo psíquico. Que dizer então das finanças, do exército, da administração, das fronteiras alfandegárias? Seriam puros epectros ideológicos? Obviamente que não, pois “a natureza ideológica de um conceito não suprime a realidade e a materialidade das relações por ele expressas” (PACHUKANIS, 1988, p. 39). E ainda:

A perfeição formal dos conceitos de “território nacional”, de população, de “poder do Estado”, não reflete somente uma determinada ideologia, mas também a realidade objetiva da formação de uma esfera de domínio concentrado e, portanto, antes de tudo a criação de uma organização administrativa, financeira e militar real com um aparelho humano e material correspondente (1988, p. 40).

O primeiro capítulo, por sua vez, trata de suas concepções metodológicas. Cada conceito da ciência deve ser tomado por sua construção histórica. O direito não é apenas uma expressão pensamento, se trata de “um sistema particular de relações que os homens realizam em consequência não de uma escolha consciente, mas sob pressão das relações de produção” (PACHUKANIS, 1988, pp. 32-33).

Pachukanis coincide com Ehrlich ao conceber o direito como um fenômeno histórico, mas longe de ter a mesma concepção dos historicistas. Em sua especificidade, o direito não está relacionado a um genérico “sentimento de justiça do povo”, tampouco se manifesta da mesma maneira em todos os períodos da história; “a evolução histórica não implica apenas uma mudança no conteúdo das normas jurídicas e uma modificação das instituições jurídicas, mas também um desenvolvimento da **forma jurídica** como tal” (1988, p. 35, grifo nosso). Aqui está uma chave para compreender sua teoria: o conteúdo das normas não lhes caracteriza histórica e funcionalmente tanto quanto sua forma. A tendência de juristas atuais, mesmo no campo do marxismo, em conceber as normas e seu desenvolvimento histórico comparando seus conteúdos, pode levar a uma reafirmação do normativismo de Kelsen, que nada mais é do que o fetichismo da norma jurídica, acima exposto, e que impede ver os verdadeiros laços de poder e submissão dos quais o direito é parte.<sup>7</sup>

Aplicando o método de investigação marxista, Pachukanis (1988, p. 35) afirma que se deve partir da “análise da forma jurídica na sua configuração mais abstrata e mais pura”, para se chegar ao seu “concreto histórico”. Em decorrência, concebe que “apenas a sociedade burguesa capitalista cria todas as condições necessárias para que o momento jurídico esteja plenamente determinado nas relações sociais” (1988, p. 24). É nessa sociedade que o direito realiza sua forma completa, quando atinge “máxima diferenciação e precisão”, estando as relações sociais e econômicas inteiramente determinadas (1988, p. 36). O conhecimento da forma jurídica, portanto, deve partir da sua configuração na sociedade capitalista, para, a partir de seu elemento nuclear, alcançar as formas correspondentes às sociedades anteriores.

7 “[...] não resta dúvida de que a teoria marxista não deve apenas examinar o conteúdo material da regulamentação jurídica nas diferentes épocas históricas, mas dar também uma explicação materialista sobre a regulamentação jurídica como forma histórica determinada.” (PACHUKANIS, 1988, p. 21).

Isso não significa dizer que antes do capitalismo não havia direito, o que seria uma simplificação indevida do pensamento de Pachukanis. Em outros contextos histórico-sociais, as normas não possuem a mesma forma jurídica, não exercem o mesmo papel que exercem na sociedade capitalista, mas sim se encontram em um “estado embrionário com uma leve diferenciação interna e sem delimitação no que concerne às esferas próximas (costume, religião)” (1988, p. 35). Os dois ciclos em que o direito aparece como um sistema jurídico com totalidade orgânica são Roma, com seu sistema de direito privado, e a Europa dos séculos XVII e XVIII, “quando o pensamento filosófico descobriu a significação universal da forma jurídica como potencialidade que a democracia burguesa era chamada a realizar” (1988, p. 36).

Em outras formas de produção, como o escravismo e o feudalismo, não é o direito quem atua diretamente como forma de dominação. O homem escravizado é submetido pela força física, pela coação direta. O homem submetido à servidão feudal é coagido pela hierarquia social e pelo monopólio hereditário da terra.

No estrito momento da relação de produção capitalista, não há coerção extra-econômica, ou, em outras palavras, o vínculo de submissão se realiza estritamente pelo contrato de trabalho, que é a forma jurídica de uma relação econômica que tem como núcleo a forma mercadoria (seja a mercadoria como realização do produto, já na esfera da circulação, seja a própria força de trabalho transfigurada em mercadoria, na esfera da produção). A **liberdade** de vender a força de trabalho aparece ao mesmo nível da liberdade que tem o capitalista em comprar força de trabalho alheia para produzir mercadorias, portanto trabalhador e capitalista são **iguais**.

O salário corresponde a um **equivalente**, uma relação de troca, de proporcionalidade. Essa proporção é medida pelo valor da força de trabalho,<sup>8</sup> e não pelo lucro realizado na venda do produto. No plano da abstração, o que se passa é uma troca objetiva e justa de equivalentes. Essa medida “justa” é a própria forma jurídica representada no contrato. Os fundamentos de liberdade, igualdade e propriedade,

---

8 O valor da força de trabalho, como de qualquer outra mercadoria, é medido pelo tempo de trabalho abstrato invertido no processo de sua produção. Todavia, o processo de produção capitalista leva a um incremento crescente da exploração do trabalhador, representado nas crises de superprodução (a lei geral da acumulação capitalista) e no conceito de **mais-valia relativa**, que faz com que o salário corresponda ao mínimo para que o trabalhador apenas continue vivo e mantenha sua família (que assegura a reprodução da força de trabalho), sem que se perca a equivalência abstrata representada no salário.

no plano abstrato, não só estão contidos nessa dinâmica, são ainda pressupostos para que ela se realize e seja perpetuada.

Essa condição de “livres proprietários” “juridicamente iguais” constitui os homens em **sujeitos de direito**, e as relações entre eles correspondem às **relações jurídicas** específicas do capitalismo. No mercado, ao se relacionarem como possuidores de mercadorias, os sujeitos de direito que operam valor de troca são, assim como as mercadorias, formas abstraídas de suas características particulares.<sup>9</sup> Como já havia observado Marx, o sujeito de direito aparece despojado de sua vida real enquanto pessoa, como indivíduo atomizado, “um proprietário de mercadorias abstrato e transposto para as nuvens” (PACHUKANIS, 1988, p. 78).

Para efetivar a troca, a única coisa que interessa é que as duas partes queiram dispor livremente de suas mercadorias, e haja equivalência. À forma mercadoria corresponde uma forma jurídica: “a mercadoria e o sujeito de direito são duas faces do mesmo fenômeno social, a relação de troca” (KASHIURA JUNIOR, 2009, p. 61), sendo, assim, a mercadoria como aspecto objetivo, e o sujeito de direito como aspecto subjetivo dessa relação.

Transpondo a análise do abstrato ao concreto, a partir dessas considerações, se completa a crítica marxista do direito. No contexto aqui tratado, os direitos de liberdade, igualdade e propriedade, em sentido abstrato, estão longe de representar reivindicações éticas e de dignidade humana, e tratá-los assim seria reproduzir as ilusões dadas a partir do fetichismo da norma jurídica. Retomamos o método de Pachukanis (1988, p. 49):

Para afirmar a existência objetiva do direito não é suficiente conhecer apenas o seu conteúdo normativo, mas é necessário igualmente saber se este conteúdo normativo é realizado na vida, ou seja, através de relações sociais.

<sup>9</sup> “Do mesmo modo que a diversidade natural das propriedades úteis de um produto não aparece na mercadoria senão sob a forma de simples embalagem do valor e assim como as variedades concretas do trabalho humano se diluem no trabalho abstrato, como criador de valor, assim também a diversidade concreta da relação do homem com a coisa surge como vontade abstrata do proprietário e todas as particularidades concretas, que diferenciam um representante da espécie *Homo sapiens* de um outro, se diluem na abstração do homem em geral, do homem como sujeito jurídico” (PACHUKANIS, 1988, p. 72)..

Em outras palavras, os direitos de liberdade, igualdade e propriedade devem ser entendidos não a partir do conteúdo de normas a eles relacionadas, mas a partir de quais relações sociais correspondem. A redução do sujeito à condição de livre proprietário abstrato é a redução à condição de livre proprietário de si mesmo, podendo se oferecer como mercadoria ao possuidor de dinheiro. A troca de mercadorias depende da relação de produção baseada no trabalho assalariado com a separação entre produtor e proprietário dos meios de produção. Logo, a desigualdade material entre as partes é um pressuposto. Em outras palavras, a igualdade jurídica corresponde (e sustenta) a desigualdade real. O proprietário da força de trabalho só vai ao mercado como tal porque não tem nenhuma propriedade e depende do salário para sobreviver. E a liberdade abstrata de vender sua força de trabalho significa nada mais que a necessidade de sobrevivência.

Compreendido como opera o direito a partir das relações de produção capitalista, resta compreender se o mesmo se dá nas outras esferas do direito e da vida social. Observemos a explicação de Ellen Meiksins Wood (2001, p.12):

O capitalismo é um sistema em que os bens e serviços, inclusive as necessidades mais básicas da vida, são produzidos para fins de troca lucrativa; em que até a capacidade humana de trabalho é uma mercadoria à venda no mercado; e em que, como todos os agentes econômicos dependem do mercado, os requisitos da competição e da maximização do lucro são as regras fundamentais da vida.

É fácil perceber como, no capitalismo, inclusive na sua forma atual, as pessoas condicionam suas decisões profissionais, familiares, seu lazer e até suas decisões afetivas à sua situação econômica e profissional. Quando Marx (1988) explica o fetichismo da mercadoria, demonstra que, assim como as mercadorias se apresentam como coisas com propriedades inerentes e mágicas, e não como fruto do trabalho, também as relações sociais se fetichizam e se apresentam como relações entre coisas.

Observando esse fenômeno na forma jurídica, Kashiura Júnior (2009, p. 72) acrescenta que opera uma “assimilação da forma subjetiva da relação de troca”: “as relações sociais que possuem conteúdos outros que não o intercâmbio de mercadorias podem assumir uma forma jurídica na medida em que se constituem como relações entre sujeitos de direito”. Em outras palavras, os sujeitos de direito assim constituídos na relação de troca mercantil seguirão atuando como sujeitos de direito em outros campos da vida social. O direito moderno, em sua qualidade e quantidade formadoras, onde quer que chegue, “chegará por meio da lógica mercantil que lhe é própria” (MASCARO, 2007, p. 21).

Isso não significa, por outro lado, que a forma jurídica deva ser dada como um dogma, como uma definição geral para um capitalismo genericamente definido e universalmente aplicado: “a regulamentação, ou a normativização das relações sociais só aparece homogênea e totalmente jurídica para uma reflexão superficial ou puramente formal” (PACHUKANIS, 1988, p. 43). Lénine logrou demonstrar, com dados históricos e estatísticos, como o capitalismo entrou, na transição do século XIX para o século XX, em sua fase monopolista, que, ao invés de suprimir os laços coloniais, os reforçava (LÉNINE, 1984; SEGAL, 1946). Baseados nisso, outros autores demonstraram como o capitalismo, para se manter nas regiões em que estava desenvolvido, precisa manter relações pré-capitalistas nas regiões que explora, travando o seu desenvolvimento, daí a importância do conceito de capitalismo burocrático (v. MOREIRA, 2011). A importância de estudar Pachukanis, ao contrário de sugerir uma explicação única para qualquer expressão idealizada de direito, está em captar o método, que permite caracterizar a forma jurídica em cada contexto histórico e social, abrindo espaço para trabalhos essenciais, como a análise que Alysson Mascaro (2003) faz do direito brasileiro, ou estudos, atualmente desenvolvidos no México, sobre o direito e o trabalho em sociedades indígenas (VILLAVICENCIO PEÑA, 2012).

## 8. Considerações finais

Este artigo tentou, em primeiro lugar, oferecer uma contribuição inédita à Sociologia do Direito, e, em segundo lugar, cumprir um importante papel na aplicação do método marxista à teoria do direito em geral. Ao contrário de um método supostamente atrasado, anacrônico, reducionista, etc., é o método mais adequado para fugir dos reducionismos e simplificações, e mais completo para explicar um objeto, tratando da totalidade histórico-social, e, além disso, permite submeter a si próprio a crítica.

A opção por estudar um autor como Ehrlich se deveu à necessidade de trazer referenciais teóricos clássicos e críticos para a Sociologia do Direito, que não deve ser apenas uma disciplina de estudos práticos, tampouco uma reprodução de conceitos extraídos de apostilas de Sociologia Geral.

Os três caminhos do pensamento jurídico contemporâneo, explicados por Alysson Mascaro (2010), não se tratam de uma simples classificação de autores, mas de uma forma original de ver a teoria do direito com base na crítica do positivismo que leva até a crítica marxista. Portanto, é importante conhecer cada caminho para dominar o sentido da crítica, percebendo que ela deve romper com a essência do objeto criticado e não apenas lhe agregar adornos (caso dos juspositivismos ecléticos e éticos).

Submetendo a teoria de Ehrlich ao modelo de Mascaro, haveria alguma tendência a caracterizá-la como não juspositivismo, por criticar frontalmente Kelsen. Mas não é o que compreendemos. Conforme adiantamos em nossa exposição, Ehrlich critica o positivismo jurídico sem romper com o positivismo sociológico, recuperando, em seu método, aproximações ao método sociológico de Durkheim. A fragmentação do conhecimento é um traço marcante do positivismo. O próprio Kelsen não exclui a possibilidade de uma sociologia que se diferencie da sua ciência “pura” do direito, pois as duas “ciências” podem coexistir, cada qual com seus objetos próprios. Ehrlich procura elevar a sociologia jurídica à única “ciência” do direito, afirmando que a doutrina prática não tem um caráter científico. Embora tenha um

método diferente, a sociologia de Ehrlich não se opõe à normatividade jurídica do capitalismo, aliás, ela é “como toda ciência, só tem de registrar os fatos e não de avaliá-los” (1986, p. 298).

Ehrlich parece possuir uma concepção funcionalista sobre a formação das sociedades, partindo de algo como a divisão do trabalho social, chega ao conceito de organizações sociais, que possuem uma ordem interna que é exatamente a expressão do direito, mais que as leis formais. Esta concepção dá uma definição de direito que pode estar presente em qualquer grupo social, portanto, não capta a especificidade histórica da forma jurídica. Quanto ao método, Ehrlich aponta o método indutivo e experimental para a análise jurídica, sustentando que a observação só pode se dar no objeto concreto e particularizado, e a partir dele se podem fazer generalizações.

Mirando os três caminhos, seu pensamento é mantido dentro do juspositivismo, pois mantém a concepção de uma sociedade regulada pela norma, e não oferece uma concepção realista sobre o poder, tampouco sobre a divisão da sociedade conforme a posição nas relações de produção e a luta de classes. Por outro lado, diferencia-se da redução total do direito à norma. Numa tentativa ainda pouco madura, poder-se-ia caracterizar o pensamento de Ehrlich dentro do juspositivismo eclético.

A crítica do positivismo jurídico de Kelsen só pode ser completada com o caminho marxista, do qual faz parte Pachukanis. Este, assim como Ehrlich, está preocupado em tratar do fenômeno jurídico na realidade social, e não nas normas abstratas, e aborda os conceitos levando em conta suas origens históricas. Mas, exatamente em consequência disso, reconhece a especificidade da forma jurídica na sociedade capitalista, sendo esta uma sociedade desigual e conflituosa, em que o direito assegura sua perpetuação e cria um sentido de liberdade, propriedade e igualdade que só existe no plano formal.

Pachukanis aporta o método materialista histórico e dialético, em que o plano abstrato expressa o nível do conhecimento racional, que é uma etapa superior do conhecimento. O concreto imediato e particular não é suficiente para compreender o fenômeno jurídico, que está inserido num contexto abstrato e geral anterior à sua própria formação.

A investigação deve levar em conta a totalidade, observando o movimento incessante, contraditório, e transformador da matéria.

A partir da crítica da economia política, aponta o caráter abstrato e a contradição na forma jurídica no capitalismo: igualdade jurídica implica em desigualdade material; a liberdade formal é condicionada pela carência econômica; a propriedade abstrata implica na redução do trabalhador à condição de mercadoria.

Este método revela-se plenamente aplicável à Sociologia Jurídica. A partir dele, há que se considerar que a sociedade não é um grupamento homogêneo de indivíduos, e que seus comportamentos não são determinados pelo conteúdo de normas escritas em textos oficiais (leis, códigos, portarias, etc.), mas por relações sociais que envolvem desigualdade de poder e submissão, mas que, sob o capitalismo, assumindo a forma de relações jurídicas, ocultam essa submissão apoiando-se no caráter impessoal de uma lei ou contrato, conformando os seres humanos em seres ou sujeitos abstratos que operam a todo tempo uma troca de mercadorias também abstrata. Trabalhando com o princípio da contradição, o jurista sociólogo consegue captar as relações reais que se passam por trás dessas relações abstratas e idealizadas. Arrancando a máscara do sujeito de direito, a crítica jurídica se revela como um instrumento de transformação.

## Referencias

- ADORNO, Theodor W. **Introdução à sociologia**. São Paulo: Ed. Unesp, 2008.
- ALMEIDA, Sílvio Luiz. **O direito no jovem Luckács: a filosofia do Direito em História e consciência de classe**. São Paulo: Alfa-Omega, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Sociologia Jurídica**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris (Ed.). 1991.

- DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito.** 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito.** Tradução René Ernani Gertz. Brasília, Ed. UnB, 1986.
- KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Crítica da Igualdade Jurídica: contribuição ao pensamento jurídico marxista.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- KELSEN, Hans. “Una fundamentación de la sociología del derecho”. **Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho.** N. 12. Alicante, Espanha: Universidad de Alicante, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do Estado.** Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LÉNINE, V.I. “O imperialismo, fase superior do capitalismo”. In: \_\_\_\_\_. **Obras escolhidas.** Tomo 2, p. 291-404. Lisboa: Ed. Avante!, 1984.
- LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do direito.** Tradução Antonio de Pádua Danesi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LUKÁCS, Giörgy. **História e consciência de classe: estudos sobre a dialética marxista.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARTINS, Lígia Márcia. **As aparências enganam: divergências entre o materialismo histórico dialético e as abordagens qualitativas de pesquisa.** UNESP/Bauru, GT Filosofia e Educação, 2009.
- MARX, Karl. “Para a crítica da economia política”. In: Karl Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos.** Tradução José Carlos Bruni (et al.). Vol. I. 4. ed.. São Paulo: Nova Cultural, 1987a. P. 1-157 (Os pensadores).
- \_\_\_\_\_. “Teses contra Feuerbach”. In: Karl Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos.** Tradução José Carlos Bruni (et al.). Vol. I. 4. ed.. São Paulo: Nova Cultural, 1987b. P. 159-163. (Os pensadores).
- \_\_\_\_\_. **O capital: crítica da economia política.** Livro Primeiro. O processo de produção do capital. Tradução Regis Barbosa e

- Flávio R. Kothe. 3. ed.. São Paulo: Nova Cultural, 1988. Tomo I. (Os economistas).
- \_\_\_\_\_. “A questão judaica”. In: Karl Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.
- MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao Direito**. Tradução Ana Prata. Lisboa: Moraes Editores, 1979.
- MOREIRA, Júlio da Silveira. **Direito Internacional: para uma crítica marxista**. São Paulo: Alfa-Omega, 2011.
- OLIVEIRA, Paulo de Salles. “Caminho de construção da pesquisa em ciências humanas”. In: OLIVEIRA, Paulo de Salles, org. **Metodologia das ciências humanas**. São Paulo: UNESP & HUCITEC, 1998.
- PACHUKANIS, Evgeni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva 2009.
- SEGAL, Luís. **Noções fundamentais de economia política**. Volume II. Tradução J. Z. de Sá Carvalho. Rio de Janeiro: Editorial Calvino, 1946.
- TSETUNG, Mao. “Sobre a prática”. In: TSETUNG, Mao. **Obras Escolhidas**. Vol. I, p. 499-523. São Paulo: Alfa-Ômega, 2011.
- VILLAVICENCIO PEÑA, Amanda, 2012
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.
- WOOD, Ellen Meiksins. **A origem do capitalismo**. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

# Los abogados populares y sus prácticas profesionales. Hacia una aplicación práctica de la crítica jurídica. (Cause Lawyers and their Practices. Towards a practical application of critical legal theory)

*Francisco Vértiz<sup>1</sup>*

*“Cuando concluya, no quiero tener que reprocharme a mí mismo haber dejado principio por defender, verdad sin decir, ni crimen sin denunciar”.* Fidel Castro

**Resumen:** El presente artículo aborda la cuestión de los “abogados populares”, con el objetivo de conocer y comprender cuáles son los aspectos centrales que caracterizan sus prácticas profesionales e identificar los principales obstáculos para el desarrollo de sus intervenciones. Para ello se propone una estrategia metodológica enmarcada en el enfoque cualitativo que combina el trabajo empírico y el análisis teórico con la intención de trascender la mera descripción del hacer de estos actores, y poder brindar una explicación de sus prácticas profesionales.

**Palabras clave:** Abogados populares, Activismo jurídico, Prácticas profesionales, Crítica jurídica, Estrategias jurídico-políticas.

**Abstract:** This article addresses the issue of “cause lawyers” in order to know and understand what the main aspects that characterize their professional practices are, and identify the main obstacles to the development of their interventions. We propose a methodological strategy, framed in the qualitative approach, that combines the empirical and the theoretical analysis, in order to transcend the mere description of the activities of these actors and to provide an explanation of their professional practices.

**Key-words:** Cause lawyers, Judicial activism, Professional practices, Critical legal theory, Legal and political strategies

**Sumario:** 1. Introducción; 2. La abogacía popular; 3. Reflexiones sobre las prácticas profesionales; 4. Las estrategias jurídico-políticas de los abogados populares. Una aplicación práctica de la crítica jurídica; 5. Palabras finales; 6. Referencias bibliográficas.

## 1. Introducción

En el presente artículo se comparten los avances de un proceso de investigación más amplio,<sup>2</sup> en el cual reflexionamos sobre las intervenciones profesionales de abogados, que de alguna manera se apartan

251

1 Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de La Plata, correo electrónico francisco.vertiz@yahoo.com.ar, recibido el 4 de septiembre de 2012, aceptado el 23 de diciembre de 2012.

2 Dicho proceso se desarrolla a partir de una beca de investigación otorgada por la UNLP (2011-2013), bajo la dirección de la Dra. Manuela González. El título del proyecto es: “Los abogados populares que intervienen en la defensa de los derechos fundamentales de los sectores pobres en el Departamento Judicial de La Plata. Las relaciones que se generan con estos sectores sociales, las estrategias jurídicas y sus problemáticas”.

del rol tradicional, en el sentido de no adscribir al modelo de abogado hegemónico.<sup>3</sup> Dentro de este universo, nos interesan particularmente aquellos que realizan sus prácticas como miembros de un colectivo u organización social (sea específicamente jurídico o no) y que se identifican como “abogados populares”.

El objetivo central de este trabajo es conocer y comprender las prácticas profesionales de algunos abogados populares e identificar cuáles son los principales obstáculos para el desarrollo de sus intervenciones. Para ello desarrollamos una estrategia metodológica que combina una serie de actividades empíricas, orientadas fundamentalmente a observar y describir las prácticas (recopilación bibliográfica, observaciones participantes, charlas con informantes clave, entrevistas en profundidad, análisis de los discursos plasmados en comunicados, revistas y sitios web, etc.), con un segundo momento, en donde recurrimos a conceptos y categorías teóricas utilizadas en investigaciones sobre objetos similares, con la intención de trascender la mera descripción del hacer de estos actores y poder brindar una explicación de sus prácticas profesionales.

En la literatura sociojurídica latinoamericana existe una línea de investigación que se ocupa de la abogacía popular (Rojas Hurtado, 1988; Palacio, 1989; Junqueira, 2002; Wolkmer, 2006), y la caracteriza como una abogacía dirigida a los sectores sociales más vulnerables, que enfatiza la transformación social a partir de una actividad profesional que humaniza al cliente, politiza la demanda jurídica y anima a la organización colectiva de los sujetos de derechos. Estas posiciones indican como uno de los aspectos centrales que distingue a los abogados populares del resto de los profesionales del derecho, la perspectiva crítica a partir de la cual piensan y realizan sus prácticas jurídicas.

Dadas las similitudes existentes entre estas indagaciones y nuestro objeto de estudio, decidimos revisar sus reflexiones para ver cuáles son sus avances y retrocesos en el estudio de la temática, y en qué medida pueden brindarnos elementos para analizar los aspectos esenciales que caracterizan este tipo de profesional, que pone en discusión tanto la concepción formalista del derecho como el rol tradi-

---

<sup>3</sup> Entendemos por rol tradicional, al ejercicio de la profesión liberal, desarrollada de manera individual y orientada principalmente a obtener recursos económicos.

cional del abogado. Ello sin perder de vista los diferentes contextos (circunstancias de tiempo y espacio) en que intervienen los actores, aspecto que vuelve único a cada objeto de investigación, y como tal, debe tenerse en cuenta en el abordaje.

## 2. La abogacía popular

La preocupación en torno de la abogacía popular reconoce sus antecedentes en una pluralidad de miradas y posturas provenientes de diferentes disciplinas socio-jurídicas (*Filosofía del Derecho, Sociología Jurídica, Antropología Jurídica, Economía Política*), que podemos englobar dentro del movimiento de crítica jurídica desarrollado a partir de los años sesenta. Más allá de los múltiples y diversos enfoques, este movimiento ha coincidido en dos puntos centrales como ser: la crítica a la concepción dogmática y formalista del derecho hegemonizada por la ciencia jurídica tradicional; y la denuncia de la función que cumple el derecho en las sociedades capitalistas, esto es el mantenimiento y la legitimación de las relaciones de explotación (Wolkmer, 2006).<sup>4</sup>

Sin desmerecer los aportes teóricos realizados por la crítica jurídica, los estudios sobre la abogacía popular se interesan por cuestiones vinculadas a la acción de ciertos profesionales que se apartan del modelo tradicional. Es así, que se produce un cambio en el objeto de investigación, donde lo que interesa ya no son los grandes debates teóricos acerca de las funciones y los efectos del derecho (monopolizado por los teóricos —filósofos, sociólogos y juristas), sino que se focaliza en las prácticas de abogados comprometidos con los sectores populares. En este sentido visualizan un tipo de profesional —definido como abogado sociopolítico— preocupado por lograr cambios concretos y efectivos que puedan solucionar los problemas revelados por la crítica jurídica (Rodrígues, 1993 citado por Wolkmer, 2006, p.178).

Los primeros trabajos latinoamericanos sobre el tema (Rojas Hurtado, 1988; Palacio, 1989; Cárcova, 1993) refieren que el cambio de objeto se relaciona con la aparición, en algunos países de América

---

<sup>4</sup> Un análisis profundo de las diferentes corrientes críticas del derecho que se extendieron por Europa, Estados Unidos y América Latina, puede verse en el capítulo tercero (pp. 51-87) del trabajo de Antonio C. Wolkmer (2006).

Latina, de colectivos que presentan una manera diferente de organizar las intervenciones jurídicas denominados Servicios Legales Alternativos (SLA), donde se gesta un nuevo tipo de profesional. A partir de ello la indagación sobre las prácticas de dichos profesionales está estrechamente ligada con el abordaje del desarrollo de los SLA. En esa línea Cárcova sostiene que,

En América Latina [...] el pluralismo jurídico como teoría o como percepción de la realidad, parece haberse desarrollado en íntima vinculación con las prácticas innovativas, por una parte, y con las concepciones críticas del derecho, por la otra. La articulación de tales elementos procura una decidida intervención en favor de los sectores populares, en una estrategia que no disimula sus dimensiones políticas y que se inordina en proyectos de cambio social sustantivo (1993, p. 50).

Una particularidad a tener en cuenta es que la mayoría de los trabajos fueron publicados en los primeros números de la revista *El Otro Derecho*, principal órgano difusor del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), instituto abocado a impulsar tanto las investigaciones como la creación de nuevos SLA. Ello nos da elementos para pensar que el objetivo central de estas primeras indagaciones era conocer con mayor profundidad el desarrollo de los SLA existentes, con el propósito de aportar a su mejor funcionamiento y a la creación de nuevos grupos, lo que se vincula con el enfoque de investigación-acción participativa (Fals Borda, 2007).

Dicho instituto sitúa la aparición de estos grupos a mediados de los años setenta, como consecuencia de múltiples factores —la crisis de los partidos de izquierda, el compromiso de algunos miembros de la iglesia con el fortalecimiento de las organizaciones de base (Teología de la Liberación), los nuevos conceptos de democracia, el apoyo financiero externo, entre otros. Asimismo sostiene que la importancia creciente de los SLA, que para finales de los años ochenta constituyen cerca de mil en América Latina y el Caribe y nuclean alrededor de seis mil abogados, estudiantes avanzados de derecho y profesionales afines, no es igual en todos los países de América Latina.

Surgen dudas de si realmente se trata de un fenómeno nuevo —en términos sociohistóricos—, o si justamente se vuelve novedoso a partir de que comienza a ser estudiado. Nos inclinamos por esta segunda opción, ya que las investigaciones no dan cuenta del momento preciso en que surgen los SLA, más allá de referencias muy generales que no indican fechas concretas ni especifican la situación en los distintos países. Ello los lleva a hacer una enumeración superficial de las posibles causas que explican el surgimiento de estos grupos, las que tampoco reciben un tratamiento riguroso.

Sin embargo, esas falencias no inhabilitan el aporte de dichas investigaciones en un tema poco indagado —como el que nos ocupa— por lo que tampoco impiden que establezcamos un diálogo con sus avances y reflexiones. Queremos dejar en claro que no es nuestra intención indagar sobre el origen sociohistórico de los abogados populares, ni tampoco realizar una historización de los estudios sobre esta temática.<sup>5</sup> La referencia a otras investigaciones y trabajos que abordan un objeto similar al nuestro tiene como objetivo prioritario compartir los hallazgos y las incertidumbres que surgen en el proceso de construcción del objeto de estudio y del método adecuado para conocerlo.

Las producciones más actuales sobre la temática han encontrado algunos referentes empíricos que permiten hacer más concreta la categoría “abogados populares”. En este sentido, indican que se trata de operadores jurídicos organizados en grupos pequeños integrados por magistrados, fiscales y abogados militantes, que se identifican con las reivindicaciones de los grupos populares menos favorecidos de la sociedad (Wolkmer, 2006). Según Junqueira (2002) la abogacía popular en Brasil y en otros países latinoamericanos asume explícitamente un proyecto de transformación social que presupone la utilización no sólo de los instrumentos clásicos de defensa de los derechos, sino también

5 Consideramos que es sumamente complejo realizar una investigación orientada a conocer el origen histórico de este tipo de profesionales, ya que posiblemente existan innumerables experiencias de abogados que han aportado al mejoramiento de las condiciones de vida y organización de los sectores populares, con la particularidad de que muchas de ellas no deben estar sistematizadas. Algunos trabajos que recuperan experiencias históricas de este tipo de profesionales son los de Chama (2007) y Eidelman (2009). Respecto a la segunda cuestión, puede consultarse el trabajo de Manzo (2012), en donde se realiza un breve recorrido por las definiciones clásicas acerca de los abogados activistas presentadas por la literatura norteamericana bajo el rótulo de “abogados de causa” (*cause lawyers*), y por la literatura latinoamericana bajo la categoría “abogados populares”.

de mecanismos más claramente politizados a través de la asociación con movimientos sociales y organizaciones de base.

Estas definiciones se aproximan a los colectivos que fueron seleccionados a partir de nuestro trabajo de campo y sobre los que nos referimos en este trabajo.<sup>6</sup> La particularidad de estos grupos es que todos se articulan con movimientos sociales y organizaciones políticas, manteniendo cierto grado de autonomía. Reconocemos una vasta literatura que analiza la relación entre movimientos sociales y derecho, focalizando en diferentes aspectos de la movilización legal (Scheingold, 1974; McCann, 1998; Sarat y Scheingold, 1998 y 2001). En esta línea, queremos destacar los trabajos realizados en el marco de un proyecto de investigación que se desarrolla en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), donde se analizan los discursos y las prácticas de abogados vinculados a ONGs y Movimientos Sociales en el ámbito local (Lista y Begala, 2012; Manzo, 2012).

Compartimos la clasificación propuesta por Manzo (2012), quien distingue dos grandes grupos al interior de los abogados activistas. Por un lado ubica a los profesionales ligados a las clínicas jurídicas, que denomina “abogados de interés público”, cuyas intervenciones están dirigidas a generar cambios sociales a partir de un uso estratégico del litigio judicial. La apuesta principal de estos abogados es generar decisiones judiciales que tengan como consecuencia directa el reconocimiento o ampliación de derechos en el caso particular, y como consecuencia indirecta —a través de su efecto simbólico— un cambio en la cultura legal, priorizando la esfera jurídica por sobre la esfera política. Por otro lado, la autora menciona a los abogados vinculados con movimientos sociales, que a diferencia de los anteriores consideran que la esfera jurídica debe subordinarse a la estrategia política. En este grupo de profesionales, que define como “abogados populares”, podemos enmarcar a los colectivos que constituyen nuestro objeto de estudio.

---

6 Entre los colectivos de abogados consultados se encuentran los siguientes: Colectivo de Investigación y Acción Jurídica —CIAJ—; Colectivo de Abogadas y Abogados Populares “La Ciega”; Asociación Gremial de Abogados, el Colectivo de Acción Jurídica Popular “La Grieta”, entre otros.

Luego de mencionar algunas notas sobre esta línea de investigación, en la próxima sección nos centraremos en los aspectos principales que caracterizan las prácticas profesionales de los abogados entrevistados.

### **3. Reflexiones sobre las prácticas profesionales**

#### **3.1. Advertencias epistemológicas y metodológicas**

El interés por cuestiones prácticas, ligadas al hacer de los abogados, no puede hacernos perder de vista que toda práctica se sustenta en una concepción acerca de la realidad que es teórica. El punto que pretendemos abordar es la falsa antinomia entre teoría y práctica que suele establecerse desde algunos análisis. En este sentido consideramos que es un error desechar de antemano las discusiones desarrolladas por la teoría jurídica crítica (o el movimiento de crítica jurídica), sobre algunos aspectos ligados a las funciones y los efectos del derecho en las sociedades actuales, por tratarse de temas principalmente teóricos.

Nuestra búsqueda orientada a conocer y comprender las prácticas profesionales de abogados que se apartan del modelo tradicional, exige poder trascender la mera descripción del hacer de estos actores. Es decir, que nuestra estrategia metodológica está integrada por dos partes que persiguen objetivos parcialmente diferentes. Sin embargo, queremos dejar en claro que dicha separación, es solamente a los fines expositivos, ya que ambos planos son complementarios y cobran sentido en su interrelación.

En primer lugar nos proponemos identificar cuáles son —y en qué consisten— las características principales de las prácticas profesionales de los abogados populares, para lo cual debemos observar y describir los múltiples aspectos que las constituyen. Si bien este momento es predominantemente empírico requiere de definiciones previas que son teóricas (qué se entiende por prácticas profesionales, qué actividades quedan dentro y cuáles fuera, qué aspectos de las mismas serán relevados, etcétera).

En segundo lugar nuestro objetivo es comprender por qué estos profesionales actúan de esta manera y no de otra, qué presupuestos teóricos y epistemológicos sostienen y orientan sus acciones, cuáles son los motivos que los llevan a realizar una práctica diferente, entre otros interrogantes. Es aquí que necesitamos recurrir a conceptos y categorías teóricas que sean útiles para buscar respuestas —provisorias— a nuestras preguntas. No acordamos con las propuestas que conciben a la teoría como algo preexistente al objeto, cuya sola utilización genera conocimiento. Contrariamente, pensamos que los conceptos y categorías son útiles y necesarios para construir el objeto de estudio, en el sentido de pensar la realidad que se quiere conocer identificando los aspectos o dimensiones principales del fenómeno y cómo es su articulación. Este proceso, mediante el cual se piensa el objeto a partir de las conexiones internas y externas del recorte de la realidad en su contexto (temporalidad y espacialidad) y en relación con los diversos determinantes, es lo que entendemos por construcción de un problema de investigación, y como tal exige aproximaciones empíricas pero fundamentalmente un trabajo teórico.

En este razonamiento, los recursos teóricos forman parte tanto de la construcción del objeto de estudio como del método adecuado para conocerlo (Bourdieu, Chamboredon y Passeron, 2011). El camino iniciado debe producir una mirada crítica en cuanto a la morfología del fenómeno estudiado. Usualmente se concibe a los fenómenos sociales como cosas dadas, que se presentan estáticos, y por ende su estudio tiende a cosificarlos u objetivarlos. Consideramos que un abordaje que se contente con la descripción del fenómeno tal como aparece dado a los ojos del investigador, esto es a partir de sus características morfológicas, no podrá explicar el objeto en lo que tiene de esencial.

Por ello, si queremos evitar un análisis que tienda a esencializar y por ende a cosificar el fenómeno en cuestión —en nuestro caso los abogados populares—, debemos generar una ruptura epistemológica, en el sentido de romper con la idea de que alcanza con la descripción para conocer un objeto, y pensar que el mismo tiene una unidad espacio-temporal que es producto de su desarrollo histórico. De esta manera podremos abordar al fenómeno como un recorte parcial de

la realidad que en parte está dada pero que también está dándose. Podemos pensar que el término “abogados populares” es una categoría a partir de la cual algunos profesionales del derecho definen y dan sentido a sus actividades que comparten con, y que a su vez los diferencia de, otros abogados (lo que Brubaker y Cooper definen como categorías de la práctica).<sup>7</sup> Como todo fenómeno social está en constante movimiento y transformación. Por ello buscamos conocer las prácticas de este tipo de profesionales en su devenir.

Si bien en esta oportunidad nos centraremos principalmente en el análisis de cuatro entrevistas en profundidad realizadas a abogados populares de distintos colectivos,<sup>8</sup> el trabajo recupera todas las actividades realizadas en la construcción de nuestro objeto de estudio en momentos previos de la indagación (observaciones participantes, charlas con informantes clave, recopilación bibliográfica, análisis de los discursos plasmados en comunicados, revistas y sitios web, entre otras).

En esta sección realizaremos una descripción de las características centrales que los propios actores le asignan a sus prácticas, para luego interpretarlas y analizarlas utilizando distintos recursos teóricos a nuestro alcance. En este camino nos proponemos recuperar algunas discusiones sobre el significado y el alcance del concepto de “crítica”, que se han dado en los estudios de la teoría social como asimismo en el movimiento de crítica jurídica, para ver en qué medida pueden iluminar las prácticas de los abogados populares.

### **3.2. Las prácticas profesionales de los abogados populares**

Un buen punto para comenzar la descripción es dejar en claro que no todas las prácticas profesionales que realizan estos abogados pueden

---

7 Estos autores refieren que se trata de “categorías de la experiencia social diaria, desarrolladas por actores sociales ordinarios, en contraste con las categorías de la experiencia distante utilizadas por los analistas sociales” (2001, p. 33).

8 Las entrevistas fueron realizadas en el marco del proyecto de investigación 11/J101, denominado “Las nuevas configuraciones del campo de la formación del abogado en la Argentina: instituciones, planes de estudios y prácticas profesionales” (FCJyS-UNLP, 2009-2012) y han servido previamente para explorar algunos aspectos de las prácticas jurídicas no tradicionales (Vértiz *et al.*, 2011; Blanco, Ciocchini y Vértiz, 2012). Elegimos la entrevista en profundidad, por ser una técnica de investigación flexible y dinámica, que permite conocer a través del discurso de los actores múltiples aspectos de sus prácticas. Si bien puede existir un guión que oriente el diálogo, el entrevistador debe estar dispuesto a dejarse llevar por el relato del informante e incorporar otros temas y preguntas no pensados previamente (Valles, 2007).

incluirse en la categoría abogacía popular. Como adelantamos en los párrafos anteriores, el término “abogados populares” es una categoría a partir de la cual algunos profesionales del derecho definen y dan sentido a sus actividades que comparten con, y que a su vez los diferencian de, otros abogados. Por lo que, si bien estas actividades forman parte de sus experiencias cotidianas y los constituyen como colectivo, en la mayoría de los casos conviven con otras actividades jurídicas que quedan fuera de la categoría.

Esta separación está presente en las opiniones de nuestros informantes clave, quienes establecen algunas distinciones entre aquellas actividades que les permiten obtener recursos económicos para satisfacer sus necesidades materiales y aquellas que, si bien son actividades profesionales, están vinculadas a la militancia y no suponen remuneración. La diferencia no está acotada solamente a la remuneración o no de sus acciones, sino que abarca un conjunto de aspectos ligados a la manera en que se desarrolla la intervención profesional, que tiene que ver con otros usos del derecho al servicio de otros intereses.<sup>9</sup>

Nuestro interés se posa sobre las prácticas que definen a los abogados populares, por lo que solamente nos referiremos a las prácticas tradicionales en la medida en que sean útiles para explicar las primeras. En este punto podemos mencionar los aspectos principales de lo que implica una abogacía popular según los dichos de los profesionales.

### **3.2.1. La politicidad del derecho**

Un primer aspecto es que se reconoce el contenido político del derecho y las funciones que cumple en el mantenimiento de las relaciones sociales actuales, donde el poder está distribuido de una manera asimétrica.<sup>10</sup> Es decir, que confrontan la mirada ingenua sobre el fenómeno jurídico que tienen la mayoría de los abogados, producto de la concepción dogmática y formalista del derecho —caracterizado por su neu-

---

<sup>9</sup> Cuando decimos otros, nos referimos al distanciamiento del modelo tradicional hegemónico, cuyas características fueron mencionadas en la primera parte de este trabajo.

<sup>10</sup> Más allá de los términos utilizados (relaciones de explotación, relaciones de opresión, relaciones de poder, etc.), los diferentes colectivos identificados como “abogados populares” coinciden y sostienen, al menos en lo discursivo, que el derecho ha servido históricamente —y también en la actualidad— para mantener y reforzar las desigualdades sociales.

tralidad, objetividad e imparcialidad— difundida ampliamente por la ciencia jurídica tradicional. En la conformación de esta mirada crítica respecto a qué es el derecho y qué intereses protege en las sociedades actuales, está presente la reflexión sobre el rol que juega la enseñanza formal en el mantenimiento de esta imagen ideológica —en el sentido marxiano— acerca de lo jurídico. Se visualiza a la formación, centrada en una enseñanza dogmática y positivista que prioriza el Derecho Privado por sobre el Derecho Público, como preparación para defender la propiedad privada de los sectores de altos y medianos ingresos. Respecto a este punto, cabe citar las palabras textuales de uno de los entrevistados:

...en la universidad de La Plata la Facultad de Derecho es llamativamente conservadora, es llamativamente procesalista también, civilista. No solamente acota el derecho a la norma escrita con su acción... si uno revisa la currícula de la carrera y compara cuántas materias se dedican al derecho público y al derecho privado, uno en seguida se da cuenta que lo están entrenando para defender fundamentalmente a la clase media, en su traslación a la propiedad privada, no? Los negocios que tienen por objeto a la propiedad privada. Digo, Civil I, cuándo uno tiene capacidad para transmitir la propiedad privada; Civil II, obligaciones, las obligaciones que generan los negocios donde se tienen por objeto la propiedad privada; Civil III, contratos, las formalizaciones que hay que revestir en los negocios que tienen por objeto la propiedad privada; Civil IV, derechos reales, propiedad privada; Civil V, qué hacemos con la propiedad privada cuando se muere el viejo o nos sepáramos. Es decir, la propiedad privada tiene una centralidad en la organización de la currícula que uno de alguna manera reconoce en seguida el lugar que se le está asignando también para la profesión, no?...

Podemos conectar estas percepciones con los estudios vinculados a la crítica jurídica que se han esforzado por indagar cuáles son las funciones principales que cumplen el derecho y los abogados en las sociedades actuales, y qué responsabilidad le cabe a la enseñanza tradicional del derecho —y a las instituciones implicadas en la formación— en la reproducción de las mismas.

En este sentido, no es la formación en las Facultades la que posibilita un quiebre con el rol tradicional, sino que más bien, pese a ella, y por motivos generalmente externos a los ámbitos formales, algunos profesionales escapan a la regla o se salen del camino.<sup>11</sup> Elegimos estas palabras porque consideramos que las condiciones estructurales —del campo jurídico en particular como del campo social en general— tienen un peso central en el rol social que cumplen los abogados y por ende en el tipo de intervenciones que llevan adelante. Los condicionantes sociales —entendiendo lo social en términos amplios— significan una carga demasiado pesada, que sólo unos pocos pueden sortear. En nuestra opinión ello explica que los abogados populares sean una porción ínfima y poco significativa en el universo general de los profesionales del derecho.

Entre los motivos aludidos por los entrevistados y los que surgen de los documentos analizados, cobra peso la participación en colectivos de distinto cuño (organizaciones sociales, movimientos políticos, partidos políticos, grupos culturales, etc.), que en algún sentido desarrollan actividades políticas. Mayoritariamente son cuestiones vinculadas a su socialización extra universitaria las que llevan a los actores a integrar diferentes colectivos y, desde allí, a participar en política. Es decir, que primero aparece la militancia social y política y, a partir de ese contacto el derecho, comienza a ser indagado desde otro punto de vista —desde otra perspectiva, con otras preguntas.

### **3.2.2. El ejercicio colectivo**

Otro de los rasgos principales es el ejercicio colectivo de la práctica profesional. A diferencia del rol tradicional de la abogacía que propone un ejercicio individual, solitario, y construye un modo de ser abogado —el abogado liberal—, los abogados populares son conscientes de los efectos que ello genera en los usos del derecho. En este sentido consideran que es esencial para realizar una práctica distinta —tanto en la

---

11 Esta afirmación no debe ser entendida en términos lineales ya que, como toda generalización, reduce la realidad escondiendo las diferencias. El hecho de que en algunos casos sea la universidad el lugar donde se hayan vinculado estudiantes y abogados críticos, no niega que la formación en sus trazos generales, o vista como programa, sea fuertemente criticada por los distintos grupos, tanto por la imagen del derecho que construye como por el tipo de abogados que forma.

forma como en los fines buscados—, que las estrategias sean pensadas y diseñadas en forma colectiva. Por tanto, constituyen o se suman a diferentes grupos —sean específicamente jurídicos o no— para encontrar o generar un ámbito que posibilite este tipo de intervenciones.

Asimismo hay que mencionar que los colectivos que nuclean a este tipo de abogados son bastante heterogéneos desde la composición, el número de integrantes, la forma organizativa que adquieren, la dinámica de trabajo, entre otros aspectos. Si bien, nuestro interés se centra en las prácticas de dichos profesionales, y no tanto en las características que asume la modalidad organizativa de cada colectivo, nos parece importante indicar algunos puntos para visualizar las diferencias en este aspecto. En este sentido, proponemos dos coordenadas para diferenciarlos. En primer lugar, según la composición, donde se dividen los que están integrados solamente por abogados, de aquellos en los que participan profesionales de otras disciplinas. La segunda distinción es según la forma organizativa y dinámica de trabajo, donde encontramos grupos que funcionan como organización social y política —con reuniones periódicas, distribución de tareas con responsables específicos, etc.—, y, por otro lado, aquellos que mantienen solamente una coordinación que se basa en intercambio de información y recursos técnicos. Un caso particular es el de abogados que se suman a una organización social, movimiento popular o partido político y, desde allí, piensan con otros sus intervenciones jurídicas.

En el caso de los grupos que se constituyen como tales en torno a lo jurídico, el acto de pensar colectivamente su intervención se produce en dos planos. Por un lado, se genera una instancia con los referentes de las organizaciones sociales y políticas con las cuales se está trabajando, y se piensa la intervención jurídica dentro de una estrategia política más amplia. Por otro lado, esa práctica jurídica se moldea colectivamente ya sea entre abogados o en conjunto con otros profesionales, según sea la conformación del grupo específico.

La reflexión sobre el alcance y los límites de las intervenciones jurídicas para resolver problemas sociales estructurales —producto de relaciones sociales desiguales—, permite a los abogados tomar conciencia de que estas prácticas colectivas que articulan el trabajo

técnico con estrategias más amplias, exigen también otro papel para los abogados, otras actividades que forjen otro tipo de relaciones con los sujetos de derecho. Además de utilizarse los instrumentos jurídicos tradicionales (reclamos administrativos, presentación de escritos judiciales, participación en audiencias, etc.) se introducen nuevas herramientas educativas, tendentes a capacitar a los militantes de organizaciones políticas y sociales para la defensa de sus derechos. Respecto a esta cuestión uno de los entrevistados dijo,

[...] Incorporar otros actores, otras prácticas a través de las organizaciones de derechos humanos, implica otro papel para los abogados, que no espere al cliente, pero que tampoco espere a la organización social [...] la idea es salir a buscar, interpelar a la organización social para que empiece a referenciar como problemáticas determinadas situaciones, determinados conflictos sociales [...] se generen rutinas militantes en torno a esos conflictos y que pongan en crisis esas rutinas institucionales, eso es lo que nosotros llamamos la ofensiva jurídica...

### **3.2.3. La defensa de los sectores populares**

Un tercer aspecto observado es que la profesión se pone al servicio de los sectores populares. Existe una referencia clara a cuáles son los que deben ser defendidos. En este sentido, más allá de las distintas nominaciones utilizadas por los abogados para definir a los destinatarios de sus intervenciones —clases trabajadoras, sectores oprimidos, grupos sociales vulnerabilizados, entre otras—, existen puntos comunes. Sus prácticas profesionales deben orientarse a lograr cambios significativos en aquellos sectores que sufren las consecuencias de las relaciones sociales desiguales establecidas en sociedades capitalistas. Existe una toma de conciencia por parte de estos actores sociales, de que son las mismas reglas del sistema social las que generan las dificultades, o mejor dicho, la imposibilidad, de que los sectores populares puedan efectivizar sus derechos.

De allí que se proponen trabajar con los sectores organizados y no con el individuo aislado. Se puede notar que la concepción acerca

de la realidad social —o en otros términos, de cómo se organiza la sociedad— orienta el tipo de intervención para la resolución del problema. Al entender que las desigualdades sociales son inherentes al sistema de organización de la vida social, las soluciones nunca pueden ser individuales. Por tanto, la búsqueda es aportar —y fortalecer— a las organizaciones del campo popular que tienen estrategias de corto y largo plazo. En lo inmediato, la organización puede ampliar la capacidad de presión y torcer las relaciones de fuerza con respecto a las necesidades materiales más urgentes, lo que puede aumentar las posibilidades de éxito en los reclamos. En un trabajo a mediano y largo plazo, se intenta desnaturalizar las desigualdades sociales y generar conciencia de que es necesario constituir un nuevo sistema de organización social para terminar con las profundas asimetrías sociales. En palabras de uno de los entrevistados:

[...] Para nosotros los derechos se tienen cuando se los ejerce, y la mejor manera de garantizar el ejercicio, tratándose de actores vulnerabilizados, es a través de la organización colectiva, por eso nosotros decimos no hay derecho sin organización, por eso nuestro interlocutor no es el ciudadano solo, nosotros interpelamos a la organización, es la organización la que va creando condiciones para que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos, trabajamos con organizaciones [...]

#### **4. Las estrategias jurídico-políticas de los abogados populares. Una aplicación práctica de la crítica jurídica**

Por lo dicho hasta aquí, podemos inferir que las prácticas de los abogados populares tienen un alto contenido crítico. Con esta categoría —utilizada tantas veces para significar cosas muy distintas— nos referimos a la acepción marxiana del término crítica, que puede explicarse como aquel conocimiento destinado a transformar la realidad social. En palabras de Marx, se trata de “revolucionar el mundo existente, de atacar prácticamente y de hacer cambiar las cosas con que nos encontramos” (1974, p. 46). Esta categoría trabajada por el autor alemán, cobra fuerza para rechazar todo conocimiento contemplativo de la realidad, el

cual cumple una función de legitimación del estado de cosas y, por ende, es funcional al mantenimiento del orden social (injusto). El conocimiento y la crítica deben trascender el terreno de la filosofía y, por tanto, el plano abstracto de las ideas, y situarse donde los hombres encuentran las principales trabas o ataduras, esto es en las relaciones sociales que rigen la vida material.

Junto con Marx podemos pensar que los abogados populares desarrollan una práctica crítica en dos sentidos. En primer lugar, otorgan centralidad a la intervención práctica sobre la realidad social, orientando su aporte jurídico-político a lograr cambios en las condiciones materiales de los sectores populares. En este sentido, la discusión en los ámbitos académicos no es desechada, pero pasa a un segundo plano. Ello no implica que descarten la teoría sino todo lo contrario, ya que utilizan los recursos teóricos en tanto y en cuanto les permitan pensar y comprender la realidad social para mejorar sus intervenciones. En segundo lugar, son conscientes de los límites que tiene el derecho para generar cambios profundos en la estructura social y, por ende, piensan sus acciones en el marco de estrategias políticas más amplias.

En esta discusión, relativa a las posibilidades que tiene la teoría de aportar a la *praxis* social, es interesante el planteo de Horkheimer (2003), quien sostiene que, en la medida en que el concepto de teoría se independiza de los procesos sociales estudiados y de las condiciones sociales en las cuales se produce el conocimiento científico, como si pudiera fundamentarse a partir de la esencia íntima del conocimiento, la teoría se transforma en una categoría cosificada y ahistórica, y, por ende, ideológica. Según el autor, no hay que perder de vista que la transformación de las estructuras científicas depende de las condiciones sociales bajo las cuales se construye el conocimiento científico, esto es de las relaciones históricas concretas. Ello determina los temas y problemas de la investigación corriente, la manera en que se hace ciencia y fundamentalmente los propósitos (o el para qué) del conocimiento científico.

Conforme Horkheimer (2003) a diferencia de la teoría tradicional la teoría crítica tiene por función ser crítica de la forma de organización social actual —capitalista— y del lugar que ocupa la ciencia

en dicho orden social. En este sentido, el comportamiento crítico es aquel que tiene por objeto a la sociedad entendida como totalidad, ya que —desde esta perspectiva— los problemas sociales más acuciantes dependen de la manera en que está organizada la sociedad en su conjunto. La teoría crítica considera que la división social del trabajo y las diferencias de clase, al ser producto del obrar humano, pueden modificarse, pero, para ello, es necesario transformar las relaciones sociales actuales dentro de las cuales se desarrolla la ciencia. Por tanto, es imprescindible que el trabajo teórico se articule con la lucha política.

Este argumento es central para comprender una de las principales características que unifica a los diferentes colectivos de abogados populares. La preocupación por la dimensión política y la prioridad asignada a esta esfera como ámbito de disputa, se relaciona con la concepción que tienen acerca del funcionamiento de lo social y la posibilidad de generar transformaciones profundas en la estructura social. En este sentido, la reflexión acerca del derecho inspirada en la teoría marxista, que concibe al fenómeno jurídico como expresión de las relaciones sociales desigualitarias, explica la desconfianza en el derecho como motorizador de los cambios sociales y la necesidad de desarrollar la lucha en el plano político. Por tanto, esta manera de ver y entender lo social compartida por los abogados populares, promueve como primera cuestión la necesidad de orientar sus aportes teórico-prácticos a favorecer la lucha política.

La puesta en práctica de esta decisión es por demás compleja y está plagada de contradicciones que se reflejan en la manera de desarrollar dichas intervenciones. Pudimos relevar que la articulación entre la esfera jurídica y la esfera política, tan anhelada por este tipo de profesionales, está atravesada por constantes tensiones que, en parte, tienen que ver con las lógicas y las reglas de funcionamiento específicas de cada ámbito, y, en parte, con las maneras de actuar y conducirse en dichos espacios interiorizadas tanto por los profesionales del derecho como por los miembros de las organizaciones sociales y políticas —lo que Bourdieu (1997) explica como la relación entre los aspectos objetivos y subjetivos, a través de los conceptos de campo y *habitus*.

En un trabajo anterior mencionamos algunas particularidades de los distintos caminos seguidos por los abogados populares para poner en acción la articulación entre lo jurídico y lo político, y los problemas que surgen en dicho proceso (Blanco, Ciocchini y Vértiz, 2012). Las posiciones más cercanas al ejercicio tradicional proponen una estrategia donde opera una clara división de tareas entre los abogados, que se encargan de lo jurídico, y los referentes de las organizaciones sociales y políticas, que se encargan de la dimensión política. En este caso, las esferas de intervención están bien delimitadas de acuerdo con los saberes especializados, y la articulación se piensa como una sumatoria de los trabajos en ambos planos. Podemos relacionar esta mirada con la corriente del uso alternativo, donde lo que prima para diferenciarse del ejercicio tradicional es la intervención a favor de los sectores oprimidos.<sup>12</sup>

Como ejemplo de esta posición se pueden citar las palabras de uno de los entrevistados, quien dijo,

Yo soy de los que creo que el trabajo técnico es sólo el 50 por ciento, como mucho capaz que menos, hay que hacer justicia también, que el otro 50 o 60 por ciento es la movilización, la lucha, la resistencia que la organización del compañero lleve adelante por cualquier metodología.

Otra postura sostiene que la articulación entre lo jurídico y lo político no puede pensarse como una suma de dos partes, sino que la estrategia política debe determinar tanto el objetivo de la intervención jurídica como su forma. Se desplaza el lugar privilegiado del saber técnico jurídico en el diseño de dicha intervención, incorporándose otros saberes. Aquí, el derecho ocupa un lugar subsidiario a la lucha política.

---

12 Esta corriente nacida en Italia en la década del setenta considera que el texto de la ley, lejos de ser un objeto uniforme, presenta silencios, lagunas y baches que pueden ser aprovechados para realizar una práctica jurídica orientada a favorecer los intereses de las clases subordinadas. En esta dirección, puede pensarse un uso del derecho alternativo al tradicional que implique el desarrollo de prácticas jurídicas encaminadas a la emancipación de los sectores oprimidos.

Militar es decidir intervenir en el marco de una estrategia más general [...] ahí aparece cuál es la estrategia de intervención en términos políticos, digamos ahí hay una determinada concepción de cuáles son los temas que queremos abordar y de qué manera y a partir de esa participación en esa decisión intervenimos en determinados procesos judiciales y llevamos adelante un laburo que entremezcla nuestra postura ideológica sobre el tema con la intervención profesional, eso es lo que intentamos hacer, no siempre sale, a veces tenemos intervenciones muy tradicionales, en otras tratamos de crear formas de intervención o incorporar las voces o las formas que, digamos, no están contempladas en un procedimiento común, justamente para tratar de darle el perfil que nosotros intentamos imprimirle a esos procesos o a la temática.

Una tercera posición, más radicalizada, piensa en la intervención jurídica por fuera de la práctica judicial, como una instancia en donde se ofrece el conocimiento jurídico a los colectivos sociales y políticos a través de talleres y capacitaciones. En esta visión, los abogados preparan el terreno para que lo jurídico no sea monopolio de los profesionales, y el colectivo asume el verdadero protagonismo en la acción jurídica que siempre es acción política. El planteo principal es que lo jurídico tiene utilidad en tanto que es apropiado por los sujetos y es utilizado en forma colectiva dentro de su lucha política.

Más allá de las distintas maneras ensayadas para lograr la articulación entre las dimensiones jurídica y política, y resolver las tensiones que se generan en su instrumentación, consideramos que esa particularidad es el rasgo principal que caracteriza las prácticas de los abogados populares, y por ello las hemos definido como estrategias jurídico-políticas. Como sostiene Manzo (2012), ésta es una diferencia central con los abogados de clínicas jurídicas, que, por su optimismo en el derecho como herramienta para generar cambios sociales, enfocan sus intervenciones en el ámbito jurídico, buscando generar nuevas interpretaciones y decisiones judiciales que modifiquen las desigualdades sociales. Desde la mirada de los abogados populares podemos decir que esta postura peca de ingenuidad, ya que al centrar su intervención en el ámbito judicial y enfocarse en las personas en tanto sujetos de derecho, no discuten la estructura de poder que impide

el ejercicio de los derechos en la realidad social. Si la lucha política se apoya demasiado en la estrategia jurídica, se corre el peligro de obtener decisiones judiciales y nuevas leyes que consagren formalmente nuevos y más derechos, que encontrarán los mismos problemas para materializarse en la realidad. En última instancia, se intenta politizar lo jurídico y no a la inversa.

## 5. Palabras finales

El objetivo que nos planteamos en este trabajo, tal como se menciona en la introducción, fue conocer y comprender las prácticas profesionales de algunos abogados populares e identificar los principales obstáculos para el desarrollo de sus intervenciones.

Luego de revisar las características principales de dichas prácticas, consideramos que el aspecto central que comparten las intervenciones de los abogados populares es la preocupación por desarrollar acciones que plasmen, en la práctica social, la compleja articulación entre la esfera jurídica y la esfera política, con el objetivo de forzar otros usos del derecho.

Como pudimos ver a lo largo del artículo, son profesionales que desconfían de la esfera jurídica y, específicamente, del ámbito judicial, como espacio en el cual dar la disputa para conseguir el reconocimiento de derechos de los sectores populares. En su mayoría visualizan el tránsito entre ambas esferas como un camino sinuoso, donde lo jurídico suele operar como un campo magnético que atrae las acciones y, al mismo tiempo, encorseta las estrategias. En este sentido, lo que Bourdieu (2000) define como efecto de apropiación —y expropiación— del conflicto social respecto de los profanos, que se produce cuando se ingresa al campo jurídico, puede acentuarse si estos profesionales destinan una porción mayoritaria de sus recursos a pensar la estrategia jurídica. Para defenderse y neutralizar la succión establecen un sistema de contrapesos que está dado, principalmente, por la participación en los colectivos que integran de otros compañeros que no son abogados. Consideramos que la desconfianza en lo jurídico se relaciona con la concepción crítica acerca del derecho y de la

realidad social que orienta sus prácticas, y que determina la primacía de lo político en la conformación de sus estrategias jurídico-políticas.

Por último, nos parece que la reflexión en torno a la articulación entre lo jurídico y lo político, puede aportar a la discusión sobre un tema que ha despertado mucho interés en la literatura sociojurídica como es la relación entre “Derecho y Cambio Social”. En este sentido, la indagación sobre las distintas formas que asume dicha articulación en las prácticas concretas de los abogados populares, relevando cómo se constituyen ambas esferas en cuanto a sus especificidades —qué aspectos quedan dentro y cuáles afuera— y cuáles son las principales tensiones que operan en el terreno de la práctica, puede favorecer un análisis que trascienda el plano especulativo.

Otra cuestión no menor, es que este tipo de profesionales representan un porcentaje muy minoritario del universo total de los abogados, lo cual, en nuestra opinión, se explica por las dificultades sociales, económicas, políticas y culturales para desarrollar un ejercicio profesional con estas características. Por ende, si queremos amplificar estas experiencias, debemos problematizar qué tipo de formación se lleva a cabo en las universidades, y en qué medida ello se vincula con las demandas de los sectores sociales que logran imponer —universalizar— sus intereses en relación a cuál debe ser la función social de los abogados. Nos parece que un buen comienzo es conocer con mayor profundidad cuáles son las posibilidades y los límites de la abogacía popular, para pensar en estrategias que minimicen los obstáculos y amplifiquen las posibilidades.

## 6. Referencias bibliográficas

- Blanco, C., Ciocchini, P. y Vértiz, F. (2012). “El lugar de la teoría crítica en las estrategias político-jurídicas alternativas”. Ponencia publicada en las *Actas del XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica*, Universidad Nacional de Río Negro, Sede Atlántica/SASJU, Viedma, Río Negro.
- Bourdieu, P. (1997). *Razones Prácticas. Sobre la teoría de la acción*, (traducido por Thomas Kauf), Editorial Anagrama, Barcelona.

- Bourdieu, P. y Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho*, Siglo del hombre, Bogotá.
- Bourdieu, P., Chamboredon, J.C., Passeron, J.C. (2011). *El oficio de sociólogo. Presupuestos epistemológicos*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires.
- Brubaker R., Cooper F. (2001). “Mas allá de ‘Identidad’”. En *Apuntes de Investigación de CEDYP*, nro. 7, pp. 30-67, Buenos Aires.
- Cárcova, C.M. (1993). *Teorías jurídicas alternativas. Escritos sobre Derecho y Política*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.
- Chama, M. (2007). “Movilización y politización: los abogados de Buenos Aires, 1968-1973”. En A. Pérotin-Dumon (dir.), *Historizar el pasado vivo en América Latina*, 2007. Disponible en <http://historiapolitica.com/datos/biblioteca/Chama.pdf>.
- Eidelman, A. (2009). “El PRT-ERP y la lucha por la libertad de los presos políticos, 1971-1973”. En *Sociohistórica*, nro. 25, pp. 13-39.
- Fals Borda, O. (2007). “La investigación acción en convergencias disciplinarias”, disponible en <http://historiactualdos.blogspot.com/2008/11/la-investigacion-accion-en-convergencias.html>
- Horkheimer, M. (2003). “Teoría tradicional y teoría crítica (1937)”, en *Teoría crítica*, Amorrortu editores, Buenos Aires.
- Junqueira, E.B. (2002). “Los abogados populares: en busca de una identidad”. En *El Otro Derecho*, nros. 26 y 27, Bogotá. Disponible en <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr026-27/elotrdr026-27-09.pdf>.
- Lista, C. y Begala, S. (2012). “Abogados, compromiso social y uso del derecho”. Ponencia publicada en las *Actas del XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica*, Universidad Nacional de Río Negro, Sede Atlántica/SASJU, Viedma, Río Negro.
- Manzo, M. (2012). “Diversas luchas, prácticas y estrategias ¿Podemos hablar de abogados activistas?” Ponencia publicada en las *Actas del XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica*, Universidad Nacional de Río Negro, Sede Atlántica/SASJU, Viedma, Río Negro.

- Marx, K. y Engels F. (1974). *La ideología alemana. Crítica de la novísima filosofía alemana en las personas de sus representantes Feuerbach, B. Bauer y Stirner y del socialismo alemán en las de sus diferentes profetas*, Ediciones Grijalbo, Barcelona.
- Mc Cann, M. (1998). "How does law matter for social movements?" En: G. Garth y A. Sarat, eds. *Studying How Law Matters?* Northwestern University Press. 3, 76-109.
- Palacio, G. (1989). "Servicios legales y relaciones capitalistas: un ensayo sobre los servicios jurídicos populares y la práctica legal crítica". En *El Otro Derecho*, nro. 3, Temis/ILSA, Bogotá.
- Rojas Hurtado, F. (1988). "Comparación entre las tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina". En *El Otro Derecho*, nro. 1, ILSA, Bogotá. Disponible en <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr001/elotrdr001-01.pdf>
- Sarat, A. and Scheingold, S. (eds.) (1998). *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsabile*. New York: Oxford University Press.
- 
- \_\_\_\_\_. (2001). *Cause Lawyering and the State in a Global Era*. New York: Oxford University Press.
- Scheingold, S. (1974). *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*. New Haven, Conn.: Yale University Press.
- Valles, M. S. (2007). *Entrevistas cualitativas*, Centro de Investigaciones Científicas, Madrid.
- Vértiz, F., Carrera, M.C., Bianco, C., Cristeche M. y Furfaró C. "¿Se puede pensar en un uso alternativo del derecho desde la formación académica de lxs abogadxs?" Ponencia presentada en el XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica, La Pampa, 3, 4 y 5 de noviembre 2011.
- Wolkmer, A.C., (2006). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México.

**Sitios web consultados:**

[www.ilsa.org.co](http://www.ilsa.org.co)

<http://ciaj.com.ar/>

<http://laciegalp.blogspot.com.ar/>

<http://gremialdeabogados.blogspot.com.ar/>

<http://colectivolagrieta.blogspot.com.ar>

## LA NUEVA ALIANZA

F.C.P.S.



---

## Entrevistas

---

**Alcances y perspectivas de los nuevos procesos constituyentes en América Latina. Entrevista a Marco Navas Alvear<sup>1</sup> por Oscar Correas y Cynthia Salazar, en torno a la nueva Constitución del Ecuador. (Achievements and perspectives of the new constitutional processes in Latin-America. An Interview with Marco Navas Alvear by Oscar Correas and Cynthia Salazar concerning the new Ecuatorian Constitution)<sup>2</sup>**

**Oscar Correas<sup>3</sup> y Cynthia Salazar<sup>4</sup>**

Hacer referencia a las Nuevas Constituciones latinoamericanas amerita análisis y estudios propios para cada caso, sin que eso signifique atomizar los procesos, pues bien se inscriben bajo ciertos procesos comunes de tipo histórico, político, económico y social que dan unicidad a esta región. Por esta misma razón, en el equipo de Crítica Jurídica nos hemos dado a la tarea, en el marco de nuestro proyecto de investigación, de platicar con algunos investigadores latinoamericanos respecto al tema. Si bien es cierto que es muy pronto para hacer evaluaciones sobre la efectividad y eficacia de estos textos constitucionales, consideramos que es necesario y oportuno construir escenarios de discusión que nos permitan delinejar determinados horizontes sobre los cuales marchan estos procesos, así como otros posibles sobre los cuales puedan marchar, partiendo, claro está, desde una postura crítica que enriquezca la retroalimentación no sólo desde el plano académico, sino, y lo más importante, en el plano del diálogo con los actores sociales que han permitido y construido estos procesos desde las bases.

Después de diez años de vigencia, se conforma en Ecuador una nueva Asamblea Constituyente para la producción de un nuevo texto jurídico constitucional capaz de atender a la pluralidad de demandas y exigencias que han sostenido a los movimientos sociales en Ecuador,

277

<sup>1</sup> Jurista y político. Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar en Quito.

<sup>2</sup> Esta entrevista fue realizada en el marco del proyecto de Investigación PAPIIT IN301711, Movimientos Sociales y procesos constituyentes en América Latina.

<sup>3</sup> Investigador y docente. Director de la revista *Crítica Jurídica*, coordinador del Programa de Investigación Derecho y Sociedad, del CEIICH, UNAM.

<sup>4</sup> Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, cynthionasalazar@gmail.com.

sostenidos por una memoria histórica de dominación, invisibilización y marginalidad. De esta manera, el 28 de septiembre de 2008 es aprobada, a través de un referéndum la Constitución política del Ecuador.

El caso de la Constitución de Ecuador posee muchos elementos para la discusión, como es el perfil principista bajo el cual se rige, que, a su vez, nos permite delinear un estado más consolidado bajo el reconocimiento de una pluralidad, que más que ser un obstáculo insalvable, resulta ser el principio hegemónico sobre el cual se reconocen y satisfacen —al menos desde el texto constitucional— las demandas de los movimientos sociales desde los cuales se construye la necesidad de nuevas relaciones entre el estado y la ciudadanía, apoyadas por un nuevo texto constitucional. De esta manera, esta constitución nos presenta algunos avances discursivos e institucionales como son el reconocimiento de un estado plurinacional, la consolidación de un poder ciudadano y de la participación ciudadana, la institucionalización de una economía social y solidaria, entre otros, elementos, todos, regidos por el principio del *buen vivir*, que, a su vez, rinde un merecido y necesario reconocimiento a esa diversidad expresada en la subsistencia y resistencia de los pueblos originarios del ecuador.

En este sentido, Oscar Correas conversó con Marco Navas, quien es investigador y docente de la Universidad Andina Simón Bolívar en Ecuador, además de haber participado estrechamente en la Asamblea Constituyente, sobre todo en materia de participación ciudadana. De esta manera, Navas nos dilucida algunas de sus consideraciones y perspectivas sobre los alcances y limitaciones que la Constitución de Ecuador puede presentar no sólo en el marco interno, sino también desde su perspectiva global y regional latinoamericana.

*OC: Entonces Marco, la pregunta es sobre la Constitución; las novedades que te parecen a ti más importantes, ¿se están cumpliendo?, ¿cuál te parece que pueda ser su futuro? Me gustaría hablar de esa parte de la Constitución en la que has participado. ¿Cómo has visto tu participación?, ¿qué fue lo que salió?, ¿cuáles eran las intenciones y cómo está marchando eso?*

MN: La Constitución ecuatoriana es novedosa por algunos temas que, además, tienen relación entre sí, algunos temas ya estaban en

textos constitucionales anteriores, como la Constitución que data de 1998 y duró diez años, la cual fue sustituida por la actual, que data de 2008.

Una de las innovaciones principales de ésta —y yo creo que en eso coincide un constitucionalista ecuatoriano muy connotado que se llama Julio César Trujillo— es la participación, es decir, hay una ruptura del modelo tradicional de democracia representativa. Y no sólo que se introducen, sino que se establece un modelo que yo calificaría como mixto y heterodoxo, donde se mezclan elementos de representación con participación e incluso con participación emparentada con democracia directa y formas comunitarias.

Entonces, tenemos varias formas que, dentro de una estructura un tanto compleja, —ahí el reto de la implementación— se articulan en un nuevo modelo de democracia. Esto supone, por ejemplo, el clásico esquema tripartito de poderes o funciones: legislativo, ejecutivo y judicial, donde se introducen dos funciones nuevas, una de ellas es la principal, que se justifica como otra manera de racionamiento entre la sociedad y el mundo político, las instituciones a través de las cuales se ejerce el poder; dicho de otra manera, las instituciones del Estado. Este nuevo poder o función se llama *función de transparencia y control social* que en cuyo diseño yo participé. Participé con la convicción de que eso refleja la lucha social de los movimientos sociales, o sea, tiene lo que los constitucionalistas alemanes llaman *fuente material*: refleja una base material de varios sectores sociales un poco fragmentados del Ecuador a partir de la redemocratización que en el país se dio en el año '79: la lucha social a favor de una mayor participación en la democracia, mayor posibilidad de involucrarse en la discusión de los problemas públicos, mayor posibilidad de involucrarse en las decisiones públicas, también una lucha que abarcaba la resistencia frente a un modelo neoliberal que se expresó aquí, sobre todo en ajustes económicos y en pérdida de las condiciones sociales de muchas capas o en condiciones como la expansión de la pobreza en los años noventa. Esa lucha social, de alguna manera, se fue catalizando y se fue expresando después en un mandato que la Constitución recoge para innovar la forma de relación entre la ciudadanía y el Estado, y eso es esta nueva función de

Transparencia y Control Social, pero también este nuevo modelo de democracia que tenemos en el Ecuador que yo lo calificaría como mixto, representativo y participativo.

*OC: Si, pero, esas reformas ¿qué dicen?*

MN: Bueno, hay que aclarar una cosa. Esas reformas vienen de la mano de otras innovaciones que tienen que ver con el carácter plurinacional del Estado, tienen que ver con cierto reconocimiento de un pluralismo jurídico, no en el sentido de que existen sistemas autónomos de derechos, pero sí que existe un sistema jurídico único pero plural, abierto a reconocer prácticas de la justicia indígena, por ejemplo. Otra innovación tiene que ver con una apuesta por un modelo económico distinto por lo menos en el concepto, que en el constitucionalismo ecuatoriano lo hemos llamado *modelo de economía social y solidaria*, que aboga no por un protagonismo del mercado con un rol mínimo del Estado, sino por una relación equilibrada entre sociedad, Estado y mercado.

También tenemos un gran marco comprensivo de todas estas innovaciones que se llama régimen de *Buen Vivir* o, dicho en Kichwa, *sumak kawsay*. Este Buen Vivir es también como un marco que se abre a una comprensión holística; rescata de alguna manera algunos conceptos tradicionales del pensamiento andino situando estas innovaciones constitucionales dentro de una concepción sistémica. En resumen, tenemos la Economía Social y Solidaria, tenemos participación, tenemos plurinacionalidad y todo esto en el marco del Buen Vivir.

Ahora bien, ¿en qué consisten? La participación consiste en la definición del Estado como un Estado Republicano, donde el ejercicio del poder no se desarrolla solamente por mecanismos representativos. La típica concepción de autores como O'Donnell, por ejemplo, dicen "bueno la democracia es procedural y lo que importan son los procedimientos y eventualmente las libertades que permiten el ejercicio de las elecciones". Aquí decimos no, nos importa una relación mucha más fluida, mucho más rica entre los distintos sectores de la ciudadanía en toda esta pluralidad que hemos reconocido que somos los ecuatorianos, una relación muchas más fluida, mucho más intensa entre esta ciudadanía y el Estado en otras formas. Y entonces viene

no sólo una democracia de un Estado republicano representativo, sino representativo participativo con elementos de democracia directa y comunitaria. Ésa es una gran definición de cómo es el modelo. Después viene una serie de derechos que se aparejan a esa definición con cuatro elementos: definición, derechos, mecanismos de garantía del cumplimiento y también una nueva institucionalidad. Entonces, nuevos derechos, como el derecho a la resistencia, la revocatoria del mandato o la consulta previa entre otros, en una serie de derechos innovadores. También tenemos algunas instituciones que están reguladas en la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, como los cabildos populares, los presupuestos participativos, las asambleas locales o los observatorios. Tenemos una gran riqueza de mecanismos, quizás, como dije, el problema es que son tantos y todavía hay poca cultura de conocimiento en la ciudadanía sobre la apropiación de esto. Son tantos y a veces tan complejos y, como sabemos, los cambios de este tipo son cambios culturales que se dan en varias generaciones, no se pueden producir en un par de años ni en cinco años, se necesita un proceso de apropiación. Después podemos hablar de cómo se está implementando.

Entonces, tenemos derechos, tenemos mecanismos de implementación, también tenemos mecanismos de garantía que van hasta un nivel de justicia constitucional con una serie de acciones de tipo constitucional que permiten el ejercicio de estos derechos. Tenemos una nueva institucionalidad que, por ejemplo, redefine instituciones como el fortalecimiento de la defensoría del pueblo o las superintendencias que controlan servicios bancarios y servicios de telecomunicaciones.

Aquí tenemos una serie de superintendencias y organismos nuevos que dentro de esta concepción de economía social y solidaria, exigen calidad, por ejemplo, a los prestatarios de servicios. Todas estas nuevas instituciones, como la contraloría del Estado, también están cohesionadas ya que antes estaban agrupadas aisladamente dentro del diseño del Estado. Ahora están todas dentro de esta función de transparencia y control social. Esta función abarca todas estas instituciones de control social y se supone que ellas también tienen que desarrollar mecanismos por los cuales la ciudadanía participe en esta tarea.

Además, hay una institución que centraliza, de alguna manera, la gestión de la participación llamada Consejo de Participación Ciú-

dadana y Control Social. Esta nueva institución es, de alguna manera, la cabeza de esta nueva función o poder de Estado de transparencia y control social.

Entonces tenemos nuevos derechos, nuevos mecanismos, tenemos nueva institucionalidad y tenemos, como dije al principio, una nueva concepción del modelo de República del Estado que rige en el Ecuador.

*OC: ¿Cómo se eligen a los miembros de este nuevo Consejo de transparencia?*

MN: Es un sistema un poco complejo que ha tenido críticas por esa excesiva complejidad, pero la idea es que provengan no de un mecanismo representativo de elecciones, por ejemplo, ni de un mecanismo de nominación arbitraria por parte de otras funciones del Estado, sino que provengan de nominaciones por parte de organizaciones de la ciudadanía o de nominación directa de ellos mismos como ciudadanos y que son sometidos a un proceso meritario y democrático de selección donde se analiza su formación académica pero también su experiencia en el desarrollo y en la lucha social, así como en actividades de voluntariado o de participación dentro de una organización de la ciudadanía o de la sociedad civil organizada. Entonces, hay un mecanismo de impugnación, hay un concurso para que sean electos.

Hay un caso de siete personas que son las que conforman este consejo de participación ciudadana y control social, la mayoría de ellos responde a un criterio de pluralidad geográfica, porque el Ecuador también es muy diverso geográficamente; así que tenemos cuatro regiones: está la región de las islas galápagos, la costa, la región de la sierra central o los Andes y la región amazónica; estas siete personas provienen de estas cuatro regiones. También existe un concepto de paridad de género: de los siete, cuatro son mujeres y tres hombres. La presidenta del Consejo es mujer, es una persona que ha venido de la militancia feminista. Hay otra persona que también conozco que ha venido de la militancia en cuanto a los grupos que soportan los derechos de los niños, de las niñas y de adolescentes, y así sucesivamente; también hay un indígena y variedad en cuanto a la edad. Por lo que podemos decir que sí hay una representación de la sociedad ecuatoriana en este Consejo.

*OC: ¿Ya han tenido oportunidad de ejercer este poder con resoluciones?*

MN: Está en desarrollo la implementación de eso, un desarrollo no exento de problemas. Por ejemplo, quizá uno de los problemas sea cierta forma de interferencia por parte del ejecutivo pues ha creado instancias paralelas que, de alguna manera, chocan o entran en tensión con las competencias de este consejo. Este consejo tiene algunas competencias, la primera es el fomento de la interculturalidad como una relación de igual respeto entre distintos; el segundo es la lucha anticorrupción y obviamente la participación de las personas a través de la ciudadanía y del control social; la tercera es el fomento a la participación con mecanismos como las asambleas locales, con el fomento de mecanismos como los cabildos populares o la silla vacía; y el cuarto es la elección de autoridades, de otras instituciones del estado.

Quizá eso ha sido lo más polémico porque esto se hace también bajo concurso y algunas veces ha habido acusaciones de algunos sectores sobre que ha habido interferencia de sectores políticos, en algunos casos de la oposición, sobre todo acusaciones de que el ejecutivo y el movimiento político dominante en este momento en el Ecuador ha presionado para que sean elementos determinados para estas funciones.

Debo decir también que no todo lo que algunos propusimos para el diseño institucional se consagró en la Constitución. Considero que el mecanismo que se consagró en la Constitución para la elección de estas autoridades del Estado es demasiado denso y complejo y claro, cada vez que creamos un nuevo requisito también damos la oportunidad de que se manipule a veces ese tipo de procedimientos.

Pienso que hay una suerte de clima de inconformidad por parte de algunos sectores del Ecuador por el hecho de que el ejecutivo presiona o crea instancias paralelas. Una de las instancias que el ejecutivo ha creado es su propia Secretaría Anticorrupción, por lo que yo, como ciudadano, me pregunto para qué una secretaría de ese tipo en el ejecutivo si es que la función de vigilancia y lucha contra la corrupción está ya a cargo, según la Constitución, de esta nueva función de transparencia y control social y de una institución específica que es

parte de este nuevo poder del Estado, que es la contraloría o ¿para qué una Secretaría de Pueblos adscrita como ministerio del ejecutivo si el fomento a la interculturalidad y a la participación son competencias de la función de transparencia y control social en coordinación con las entidades descentralizadas con los gobiernos locales, con una serie de instituciones? Entonces, claro, hay esa duplicidad y eventualmente hay también esa tensión.

*OC: ¿Qué sería lo que alguien que participó en el diseño espera en el futuro de esta nueva institucionalidad de control?*

MN: A veces, en países como los nuestros, tenemos poca paciencia para dejar funcionar las instituciones, entonces vemos la aplicación de instituciones muy novedosas que rompen esquemas y patrones de tradición cultural que hemos venido aplicando durante siglos y esperamos que en dos años todo se haya transformado absolutamente. Eso pasa ahora porque el Ecuador es un país donde se están haciendo transformaciones importantes a partir de estos cambios, pero también estas transformaciones han causado tensiones sociales y conflictos, no están exentas de esto porque son parte del ejercicio del poder y tendemos a ver, aquí en el Ecuador, las cosas muy coyunturalmente; esperemos que el día de mañana todo funcione perfectamente y que estos mecanismos estén exentos de, por ejemplo, prácticas culturales preventivas, clientelares, etcétera.

Me contaba una persona que organiza los concursos públicos para elegir autoridades, que se organizan mediante una comisión que también está sujeta a concursos; los miembros de esta comisión son producto de otro concurso, entonces decían que alguien fue electo como miembro de esta comisión y lo primero que insinuó en privado a esta persona de la función de transparencia fue algo como “bueno y qué cargo me van a dar después”. Esto también refleja que la mentalidad de los ciudadanos que son electos para participar en la nominación de una autoridad estaba la idea de que ese cargo es una forma de acceso al poder del Estado y que después van a obtener un cargo por eso. Esto refleja toda una mentalidad de política tradicional, de política clientelar que hay que ir erradicando poco a poco.

Como conclusión de esto, hay que darse la oportunidad en varios años de que estas instituciones funcionen, porque como estamos tan focalizados en el conflicto político de la coyuntura, en cualquier momento puede ser que desde el ejecutivo mismo o desde la oposición digan que esto no funcionó y que entonces se harán otras reformas para volver al modelo anterior. Por lo que yo sí apuesto por un modelo participativo que hay que ir ajustando; hay que hacerlo más simple, menos sujeto a vericuetos, a requisitos burocráticos; hay que irlo ajustando pero también hay que irle dando tiempo para que funcione y vaya cambiando los patrones de conducta para las personas.

Hay que apostarle mucho a la educación, hay que apostar por una nueva forma de educación cívica que re-dirija el razonamiento del ciudadano con el Estado.

*OC: Por otro lado, ¿qué hay acerca de la propiedad y de la economía? Porque he sabido que hay redefiniciones de la propiedad y de la economía.*

MN: Voy a ser crítico en cuanto a cómo se está implementando esto. Yo creo que el discurso se queda un poco corto con la implementación; me refiero a que debemos partir de que no salimos del esquema capitalista. En este caso, el Ecuador sigue siendo un Estado que está enmarcado dentro de una economía mundial globalizada y capitalista. Existe el concepto de propiedad, lo que hay es una mayor intervención del Estado y una forma del Estado social; en este aspecto no es algo tan innovador el modelo de economía social y solidaria porque no cambia los patrones de propiedad tradicionales, quizás vuelve a ese Estado de Bienestar donde la propiedad estaba sujeta a determinadas condiciones, es una expresión más contemporánea de ese Estado de Bienestar de los años veinte o sesenta, de ese Estado desarrollista. Se vuelve a establecer, por ejemplo, sectores estratégicos donde dice que la prioridad de intervención es del Estado y eventualmente de concesionarios públicos. Eso sí, como modelo solidario da un mayor espacio a la presencia de otras formas productivas comunitarias, además de darles condiciones de crédito para que, por ejemplo, puedan surgir estas formas productivas, pero no se desmarca de las grandes líneas del Estado.

Creo que es un diseño de modelo de economía solidaria que tiende a la redistribución, pero que de ninguna manera sale del esquema capitalista. En ese sentido no es tan revolucionario.

*OC: ¿O sea que se necesitaría otro golpe de movimiento sociales para un cambio...?*

MN: Yo creo que la tensión política en Ecuador en este momento gira alrededor de dos cosas fundamentales de las cuales un ministro del gabinete, con el cual yo hablaba la semana pasada, me decía que estaban en deuda con la implementación del modelo de Economía Social y Solidaria; están conscientes de eso. Este ministro representa al ala de izquierda en la alianza que gobierna el país en este momento. Obvio no voy a decir de quién se trata, pero yo creo que hay una parte importante de gente con buenas intenciones que están en el gobierno que saben que tienen una deuda pendiente respecto de dos temas fundamentales: el agua y la tierra, que en una sociedad como esta son fundamentales. Si quieren tomarse en serio el modelo de Economía Social y Solidaria hay que tomarse en serio cómo está el problema de la tenencia de la tierra y cómo está el problema de la gestión del agua, pues todavía son temas pendientes.

También se está conspirando un poco contra la implementación del modelo que reconoce los derechos de la naturaleza, y esa es otra innovación dentro del *sumak kawsay*, del Buen Vivir. Hay una tensión ahí porque, además del *sumak kawsay* y de los derechos de la naturaleza, reconoce una serie de DESC (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) muy generosamente, estableciendo que el Estado es el obligado de proveer esos derechos, por ejemplo, salud y educación. Para que el Estado, como efectivamente está pasando en el Ecuador, invierta mucho más de lo que han hecho gobiernos anteriores en salud y educación necesita ingresos. Por esta razón, se ha hecho una reforma tributaria, redistributiva, a mi juicio maneja eficientemente el asunto tributario; el Ecuador ha bajado en tasas de impunidad tributaria notablemente, ha subido la recaudación; sin embargo no le alcanza el dinero por lo que tiene que echar mano de concesiones petroleras, de la minería a cielo abierto y de concesiones donde se dice que el gobierno garantiza un equilibrio ambiental.

Eso es la gran duda que tenemos algunos sectores, que si realmente eso va a pasar con formas de explotación minera que se sabe que pueden ser de las más nocivas para el ambiente. Pero como el Estado necesita dinero para cumplir con ciertos derechos económicos, sociales y culturales, echa mano de estas formas de explotación aunque eso entre en tensión con los derechos de la naturaleza y del Buen Vivir. Es una tensión que no se puede resolver muy bien.

Los sectores ecologistas con una visión un poco idealista —de los más extremos— dicen que quieren un modelo absolutamente alternativo al capitalismo, pero por otro lado tenemos estos otros derechos y tenemos demandas de la población ecuatoriana de educación gratuita, de textos escolares, de computadoras para los estudiantes ¿Cómo se cumple con eso y, a la vez, cómo transformas el modelo a un modelo realmente alternativo al capitalismo? Eso es algo muy complicado de hacer.

Yo creo que en la práctica el gobierno de Rafael Correa, con su revolución ciudadana, es mucho más pragmático; lo que está haciendo es lo que ve posible a un mediano y corto plazo, que es un Estado redistribuidor, pero dentro de la onda del capitalismo mundial. Un Estado que puede ser como un Estado de Bienestar alternativo viendo lo que es posible hacer y no lo que es lo ideal.

*OC: ¿Cómo recibe esto la clase económicamente dominante, que ha sido la que tenía el poder en el Ecuador y que ahora se encuentra ante un gobierno redistribuidor?, ¿cómo reacciona, cuál es su posición, están de acuerdo o no están de acuerdo?*

MN: También es una lucha del gobierno, sobre todo con sectores como la banca, con los grandes medios de comunicación que tenían relaciones de propiedad compartida con sectores financieros. Ha habido una gran tensión con sectores tradicionales que aquí les llamamos la oligarquía. Creo que también ha habido otros sectores emergentes económicos dominantes que se han aliado con el gobierno apostando por este modelo redistribuidor pero esperando también obtener utilidades. Me refiero, por ejemplo, a productores nacionales de bienes y servicios. Si el gobierno establece una política de acceso a productos básicos les va interesar a los grandes productores agrícolas;

no hablo de los productores pequeños, sino de estas empresas que procesan alimentos a quienes les va a interesar colocar su producción en los programas del gobierno. Hay un nuevo sector económico emergente que está claramente alineado con el gobierno; por eso digo que no se sale del esquema productivo dominante en el mundo, salvo en algunos países como Cuba o Corea del Norte. Se está aliado a sectores, podríamos decir, progresistas, más sensibles o socialmente responsables del empresariado. Personalmente, dentro de esta estrategia de lo posible a lo ideal, me parece adecuado; pero también te quiero decir que hay una tensión con ciertas oligarquías tradicionales y hay, más bien, una alianza con ciertos sectores empresariales productivos emergentes, me parece que ésa es la lectura que te puedo dar sobre el tema.

*OC: Bueno, a mí me resulta muy esclarecedor y parte de lo que venía a hacer lo estoy haciendo en este momento. También coincide con la idea que yo tenía de lo que está pasando aquí, nada más que tú me la haces más prolífica y me lo confirmas. Creo, en definitiva, que con los cambios sociales de largo alcance, del modelo social, falta mucho y seguirá siendo una lucha para eso.*

MN: Así es, un camino que se hace permanentemente y se recrea permanentemente, y en eso el rol de los sectores sociales luchando y creando espacios de polémica es fundamental. En esta coyuntura de donde el gobierno, dentro de una posición dura de creerse el único representante de interés nacional como movimiento político dominante, ha abierto un espacio de diálogo con el movimiento indígena, parece un paso positivo para reorientar las fuerzas sociales e ir encontrando ciertos puntos de consenso para avanzar en este proceso de transformación. Entonces me parece, en el fondo de todo positivo, pero son procesos que llevan tiempo, dos o tres generaciones para poder apreciar un cambio concreto.

CS: Como podemos percarnos, estamos hablando de procesos de naturaleza muy compleja. Las sociedades latinoamericanas tienen una importante riqueza en su diversidad cultural que se traduce en una diversidad de exigencias y demandas.

En este tenor, es importante destacar algunos de los elementos que nos comparte Navas, tal vez para profundizar la discusión en otros escenarios. El balance que él nos hace, sin embargo, no es defini-

tivo, como él indica, los procesos sociales toman tiempo y es un tanto prematuro hablar de si hay eficacia o no en esta nueva institucionalidad; sin embargo, queda pendiente preguntarnos los posibles rumbos que estos procesos puedan tomar, sobre todo si retomamos la experiencia latinoamericana sobre la importación de modelos institucionales, sin previos procesos de apropiación y adaptabilidad de éstos frente a los elementos propios como son los principios del buen vivir. Es decir, cómo queda conformado el proceso dialéctico propio de construcción de estas instituciones desde las bases, ¿hay una redefinición de algunas categorías como es el de ciudadanía, democracia, participación, economía, etcétera?

Ciertamente, algunos de los estudios sobre estos procesos constituyente parten de marcos teóricos como los relacionados con el pensamiento descolonial, en este sentido, ¿cómo quedan configuradas las propuestas teóricas frente a las prácticas sociales? Los nuevos textos constitucionales ¿evidencian, a su vez, procesos reales de descolonización, y en qué sentido lo hacen?

En la práctica, como nos dice Navas, es un reto conciliar todos los sectores sociales por medio del texto constitucional. El estado mantiene deudas pendientes, como es el tema del agua o de una reforma agraria. La naturaleza ambivalente de algunas instituciones ha permitido profundizar aún más las diferencias. Sin embargo, es importante admitir y reconocer la potencial facultad de algunos actores sociales por construir nuevos horizontes.

## Militarización y exilio: Pensamiento crítico latinoamericano en Oscar Correas. (Militarization and exile: Latinamerican Critical Thought in Oscar Correas)

*Amarildo Figueroa Valencia<sup>1</sup>*

La década de 1960 y 1970 significó para América Latina, en términos sociales, un periodo único, se estableció una apuesta por pensar alternativas y soluciones a la injusticia social que se vivía en la región. En términos académicos eso trajo como consecuencia una mayor producción teórica, muestra de ello es el debate en torno a la Teoría de la Dependencia y el Subdesarrollo.

Tal producción de movilización social y teorización en las ciencias sociales sufre un revés histórico, del que aún no logra recuperarse. Toda posibilidad de alternativa social fue detenida, teniendo como consecuencia el silenciamiento, muerte y exilio de los que sosténían estas ideas.

El fenómeno del exilio en América Latina, es resultado de la necesidad de vida, de protegerse, de seguir viviendo, de ahí que familias recurrieran al asilo y refugio en otros países. El exilio se produce en la mayoría de los casos debido a persecuciones de carácter político.

El exilio argentino de la década de 1970, es un exilio que se produce previo y posterior al golpe de Estado, perpetrado por la Junta Militar encabezada por Jorge Rafael Videla el 24 de marzo de 1976, pues las condiciones políticas habían generado un ambiente de inseguridad: persecuciones, encarcelamientos y amenazas de muerte.

El exilio como acontecer histórico, invita a realizar un repliegue hacia las condiciones y características de las reflexiones que se suscitaban en ese momento, es decir, pensar las características de la producción del pensamiento político y sobre todo el anclaje ético que se discutía. Apuntando a reflexionar las herencias de ese pensamiento, con el cual hoy se dialoga, pero sobre todo, se establece como referente con el cual hacer frente a la adversidad.

---

<sup>1</sup> Egresado de la Licenciatura en Sociología, por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Adscrito al Seminario Ética y Política.

El motivo de este escrito se circunscribe en el marco del homenaje llevado a cabo a Oscar Correas y su trayectoria de pensamiento crítico, inscrita desde la enunciación latinoamericana, durante la 2a. Jornada de la VII Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica en la Ciudad de México. Este merecido homenaje tiene fundamento en la importancia de reconocer desde y en su pensamiento, la producción única de reflexión que ha elaborado y que hoy nos convoca, la cual nos invita a acercarnos a esos abrevaderos teóricos y *locus* políticos para meditar los tiempos contemporáneos, en los cuales se han agudizado las problemáticas económicas y sociales.

El episodio de exilio político del cual fue sujeto Oscar Correas logra determinar, de cierta manera, la formación y desarrollo de su pensamiento crítico, así como las invalables aportaciones que su labor académica y política han hecho no sólo para el mundo jurídico latinoamericano, sino también para repensar una totalidad concreta desde una perspectiva más crítica. Es decir, ofrece elementos que cruzan constantes meditaciones sobre el sujeto político y su *praxis*, así como esbozos del quehacer cotidiano de las ciencias sociales, nunca pensadas desde la abstracción sino por las exigencias de la realidad social.

La siguiente entrevista<sup>2</sup> a manera de etopeya realizada a Oscar Correas, nos permite un acercamiento a su quehacer académico desde un episodio que nunca antes había abordado: el exilio.

### **Antecedentes de la lucha de clases en Argentina**

AF: ¿Existe algún antecedente social que lo orientara pensar hacia la lucha de clases?

*OC: En Córdoba, de donde vine, hubo un movimiento de sindicatos clasistas, obreros que adquirieron una conciencia de clase inédita. El pico de la lucha de clases en Argentina, no se explica sin estos sindicatos clasistas, sindicatos no peronistas.*

*Sin la propuesta del sindicalismo clasista, nuestra agrupación de abogados no se explicaría. Era la restitución de la lucha de clases, siendo que el discurso de la burguesía sostiene que ya no hay clases. Pero sí la hay, y la reacción de la burguesía frente al peligro que el clasismo implicaba fue violenta, a través de los militares.*

---

<sup>2</sup> Entrevista realizada el 18 de septiembre de 2012 al Dr. Oscar Correas.

## Participación política

AF: ¿Cuál fue su participación política previa a su exilio?

OC: *En Argentina yo participaba en la Agrupación de Abogados de Córdoba, organización de juristas democráticos y de izquierda, dedicados a la defensa de presos políticos. Hacíamos la defensa de los presos, pero también hacíamos declaraciones políticas de contenido revolucionario. Esta organización se formó para la lucha contra la dictadura militar de 1966, la cual duró hasta 1973, con la primavera democrática, que duró muy poco; pues la lucha de clases siguió y se impuso de nueva cuenta la represión. Hubo que volver entonces a la lucha por los presos.*

*Nuestro despacho o, como se dice allá, el estudio jurídico, trabajaba con la defensa de los presos políticos. Esto causó molestia, pues íbamos por la búsqueda del Hábeas Corpus, a evitar la tortura. Y la policía necesita varios días para arrancar información. La presencia del abogado en el tribunal exigiendo al juez avocarse al asunto, estorba los planes policiacos. Así, la abogacía se vuelve una actividad peligrosa. Pues el abogado no es clandestino; tiene que ir a tribunales, a cara descubierta. Es muy vulnerable.*

*En tales condiciones, la abogacía es disputa por la vida, defensa de los prisioneros, exigencia ética con la cual el abogado cede parte de su integridad, pues se enfrenta al sistema político como defensor (presencia corpórea), lo cual ya implica un segundo momento: la exigencia política, el por qué defiendo tal caso y en qué me apoyo para defenderlo (no sólo en el marco normativo del derecho). En muchos casos el abogado ejercía como periodista, informaba acerca de la situación política. Por ello todos estábamos fichados. De ahí la persecución política contra los abogados. Y además, éramos comunistas.*

## Sujeto político

AF: ¿Qué postura asumía ideológicamente?

OC: *Participaba ideológicamente de la izquierda socialista, pero no participaba de grupúsculos; nunca tuve ánimo suficiente para*

*formar parte de algún grupo político por el que tuviera que seguir una línea de pensamiento. Siempre simpaticé con la causa, no con el grupo.*

*En aquella Argentina había dos izquierdas, la socialista y la etapista. La primera sostenía que había que realizar una revolución socialista en Argentina y la segunda, que eran principalmente las chinas, sostenían que había que desarrollar una lucha contra el imperialismo norteamericano, ganar esa revolución democrática y después ajustar cuentas con la burguesía del país; era una revolución por etapas, era etapismo.*

AF: ¿Cómo se vivía la situación previa al golpe de Estado del 24 de marzo de 1976?

*OC: Todo el mundo sabía sobre el golpe; hasta se sabía quién iba a quedar al mando. Ante la incertidumbre provocada por las amenazas a nuestro despacho, decidí salir de Argentina el 29 de febrero de 1976, previo al golpe.*

## Reflexión académica

AF: ¿Desde dónde usted piensa los acontecimientos históricos? Su reflexión académica ¿hacia dónde se orienta?

*OC: Estudié abogacía y filosofía, desde ahí pienso. Las líneas de trabajo que he desarrollado son la Filosofía del Derecho, la Filosofía griega y el Marxismo. Las cuales permiten responder a muchas interrogantes, como, por ejemplo, por qué el derecho dice eso que dice y no otra cosa. De ahí mi hilván entre la Filosofía del derecho y el Marxismo. La respuesta a lo anterior planteado es, que la sociedad capitalista hace que el Derecho diga eso que dice, que el Derecho sea de cierta manera y no de otra. Es muy simple pero en la construcción de la argumentación, eso da para muchos libros.*

*Hay que recordar que la clase dominante usa el derecho para obtener el poder. De ahí que nosotros hacemos crítica jurídica, criticamos el uso que la burguesía hace del derecho, el uso ideológico que hace principalmente, también el uso práctico como la criminalización de la protesta social, pero sobre todo nos interesa la ideología*

*que circula desde los abogados al resto de la sociedad, ya que hay una circulación de ideología, entre los abogados que crean ideología jurídica y la población que recibe ideología creada, ya prefabricada.*

## Recuento histórico

AF: ¿Cuál es su diagnóstico sobre la década de 1970?

*OC Estrategia neoliberal y estrategia geopolítica de dominación sobre América Latina.*

AF: ¿Cuál es su diagnóstico político de la última década respecto al neoliberalismo?

*OC: Para la clase dominante está muy claro que hay que reprimir. No hay cabida para la redistribución de la riqueza. El neoliberalismo no quiere saber de ningún pacto con la clase obrera, la tendencia es ningún pacto con la clase obrera y desmantelar la clase obrera, por tanto, hay que reprimir con el Estado.*

*El neoliberalismo significó la reducción de las ventajas que trae el Estado para el pueblo, es decir, un estado desprestigiado. El Estado reprime, pero hay que prestigiarlo para poder reprimir, por ello hoy el Estado recurre al poder judicial (que tiene aún prestigio) para prestar su acciones. La tirada de la burguesía es re-prestigar al Estado a través de las actividades de los jueces. De ahí que tienda a convertir la protesta social en delitos previamente establecidos.*

AF: Siguiendo algunas líneas finales de pensamiento y a manera de conclusión en este homenaje, la siguiente reflexión de Oscar Correas resume bien lo que podría considerarse como la enseñanza del compromiso político y las tareas pendientes desde la reflexión teórica, que a través de esta corta entrevista se motiva tener en la memoria:

*OC: ¿Qué es el neoliberalismo? Pues la misma burguesía de siempre, pero aún más mezquina. La burguesía está de vuelta, los científicos están de vuelta. Igual que ayer, hoy es la misma lucha de clases, el mismo campesinado de siempre, son los mismos de siempre. Por eso hoy el marxismo está de vuelta, ese pensamiento teórico que se hace hoy necesario. ¡Estamos de vuelta! Es necesario reactivar el pensamiento revolucionario.*

## Nuevos procesos constituyentes en América Latina. Entrevista con Alejandro Médici. (New constitutional processes in Latin America. Interview with Alejandro Medici)<sup>1</sup>

*Cynthia Salazar<sup>2</sup>*

El siglo XXI ha dado comienzo en medio de una serie de gestaciones de procesos que, si bien no son nuevos, contienen la potencialidad de re-direccionar, hasta cierto grado, el rumbo de las sociedades latinoamericanas. Procesos que, de alguna manera, ya sea en mayor o menor medida, se han reflejado y manifestado en las nuevas constituciones de algunos países de esta región, sobre todo, aquéllos donde la emergencia de reclamos sobre deudas históricas se han dejado escuchar con mayor fuerza y profundidad.

En este contexto, los movimientos sociales gestados en Venezuela, Ecuador y Bolivia, por ejemplo (por tratarse de los procesos constituyentes más recientes), han desencadenado una reestructuración en las relaciones del Estado con la ciudadanía, partiendo, como sucede en Ecuador y Bolivia, del reconocimiento de una amplia diversidad cultural y étnica que contienen, asimismo, lógicas propias y diferenciadas de las relaciones sociales, productivas y jurídicas, así como las relaciones del hombre con la naturaleza.

Sin embargo, el discurso de la pluralidad y heterogeneidad tiene limitantes, sobre todo, cuando se enfrenta al conflicto de contener dicha diversidad en un solo marco político y jurídico; de ahí, por ejemplo, la resonancia que ha tenido la categoría de Estado Plurinacional.

Estas nuevas experiencias contienen, desde su construcción, algunas características propias para el derecho constitucional, como es el hecho de que hayan surgido desde las bases, es decir, que su gestación haya tenido lugar a partir de los movimientos sociales que contenían reclamos y exigían respuestas frente a la sistemática situación de vulnerabilidad y explotación a los que habían sido sometidos du-

297

---

1 Esta entrevista fue realizada en el marco del proyecto de investigación PAPIIT, *Movimientos sociales y procesos constituyentes contemporáneos en México y América Latina*, con clave IN301711.

2 Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, CEIICH, UNAM; cynthionasalazar@gmail.com.

rante siglos, de ahí que las comunidades indígenas, no por casualidad, se reconozcan como los principales actores de estos procesos, sobre todo para el caso de Bolivia y Ecuador.

Por la importancia de la naturaleza de estos fenómenos, no podemos dejar de lado su análisis y discusión, sobre todo, por la relevancia del contexto político-económico global en el que inevitablemente están insertas. De esta manera, es importante construir un escenario de discusión que no sólo sea crítico con el sistema hegemónico, sino también con estos procesos emergentes para poder vislumbrar los posibles horizontes que pueden o no tomar, con el objetivo de que, con base en la retroalimentación, puedan evitarse escenarios conflictivos; es necesario, pues, analizar estos procesos críticamente para poder dar cuenta hasta qué punto dan respuesta y solución a las demandas de los movimientos que los han construido.

Por esta razón, en el marco de nuestro proyecto de investigación, “Movimientos sociales y procesos constituyentes en América Latina”, en el equipo de Crítica Jurídica nos hemos dado a la tarea de realizar una serie de entrevistas con algunos investigadores latinoamericanos cercanos a estos procesos para dialogar en torno a los alcances y perspectivas de estas nuevas constituciones. Conscientes de que tal vez sea muy temprano para ejercer juicios definitivos, es necesario mantener visibles los rumbos que se están tomando.

En esta ocasión, en el marco de la realización de la VI Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica que tuvo como sede la Universidad Nacional de La Plata, Argentina, en el 2011, hemos dialogado con el Doctor en derechos humanos y desarrollo, Alejandro Médici, quien es Profesor titular de Derecho Político en la Universidad Nacional de La Pampa. Y así resultó:

*CJ: Básicamente nuestro objetivo es conocer la perspectiva que usted se ha formado a raíz de los nuevos procesos constituyentes en América Latina; sobre todo, en el caso de Venezuela, Ecuador y Bolivia. ¿Usted cómo considera que se han presentado movimientos que apuntan a nuevos procesos constituyentes?*

AM: Sí claro, yo creo que, en el panorama de América Latina, tenemos un constitucionalismo que es declarativamente avanzado, que se puede ver en la Constitución colombiana de 1991, en la brasileña de 1988, en la mexicana de 1917, en la reforma constitucional argentina de 1994, pero en general, lo que diferencia a estos procesos constituyentes que vos mencionabas, es decir, Venezuela, Bolivia y Ecuador, es que son procesos de creación de nuevas constituciones que surgen al calor de una transformación sociopolítica muy profunda con la emergencia de nuevos actores y nuevos movimientos políticos que entonces adecuan un poco la constitución jurídica formal a los cambios que se dan en la realidad social de estas tres naciones.

Entonces, me parece que esos cambios constitucionales juegan una función de consolidar un proceso de transformación y son producto de una redistribución del poder social, tanto en lo político como en lo cultural y en lo social, y abren todo un nuevo marco, una nueva agenda de discusión de aquí para adelante en temas de teoría constitucional, de prácticas constitucionales.

La nueva agenda tiene que ver también con un cambio de perspectiva, no sólo en las innovaciones —que son muchas y que son muy transformadoras en estos tres casos constitucionales de Venezuela, Ecuador y Bolivia—, sino también un cambio de perspectiva en cuanto a cómo se ve y cómo se respetan los conceptos ejes de la teoría neoconstitucional en nuestra región. Salvo el caso de la Constitución mexicana que surge también de un proceso revolucionario de principios del siglo XX; el resto de los casos, en su mayoría, han sido constituciones que han adoptado instituciones atlánticas, o sea, provenientes de la influencia de las constituciones de Estados Unidos de Norteamérica o provenientes de la influencia de las legislaciones europeas y, en ese sentido, se tendió a pensar siempre la realidad desde los teóricos del constitucionalismo, se tendió a pensar la realidad de nuestra región, no desde la propia situación o el propio contexto, de las exigencias sociales que plantean nuestras formaciones sociales abigarradas, culturalmente plurales, socialmente muy asimétricas y desiguales; sino a pensar al revés, a pensar esta realidad desde el *deber ser* que imponía un modelo abstracto, adoptado, descontextualizado.

tualizado del estado constitucional de derecho. Entonces, más que ver las inconsistencias del modelo para nuestra realidad, lo que se veía era que el modelo era subdesarrollado políticamente, culturalmente atrasado, incivilizado o bárbaro como se decía en el siglo XIX y que, entonces, lo que había que hacer encajar era la realidad en el modelo y, si era necesario, a martillazos literalmente: guerras raciales, discriminación y aculturación de comunidades campesinas y originarias, estigmatización de los sectores populares, vaciamiento de las relaciones geopolíticas, devastamiento de la población originaria y autóctona, como hemos vivido en Argentina, y repoblamiento con migración europea. De hecho, nosotros todavía hoy, en pleno siglo XXI, tenemos un artículo que dice que el Estado debe fomentar la inmigración europea en nuestra actual Constitución nacional.

Entonces, yo creo que el desafío que hay en estos procesos constituyentes nuevos, y no solamente para los países en los que se dan, no solamente en el caso de Venezuela, Bolivia y Ecuador, sino en general para toda la región, es repensar esta cuestión, es repensar el modelo del Estado Constitucional a la luz de nuestra realidad; una reflexión contextualizada, una reflexión descolonizadora, una reflexión crítica, una reflexión que se haga cargo de este pluralismo cultural, y en ese sentido me parece que estas nuevas constituciones marcan una nueva agenda que hay que trabajar y que hay que pensar cada uno, también, desde su nación, desde sus sociedades, desde las exigencias que se plantean en su situación.

CJ: *En ese caso, por ejemplo, menciona que ahora el proceso se ha invertido, que se ha estudiado la realidad para construir un marco normativo que se adecue a esa realidad. ¿A quiénes consideraría usted los actores principales que impulsaron estos nuevos movimientos constituyentes?*

AM: En general, diría que hay un protagonismo muy fuerte de los movimientos sociales, hay una convergencia discursiva y práctica de movimientos sociales que tienen su espacio común en la búsqueda de un proyecto descolonizador.

Esta generalidad, en el caso de Venezuela, se expresa en la construcción de un multitudinario movimiento popular que se encarna en la Revolución Bolivariana y que tiene un liderazgo muy marcado desde el inicio que, tal vez, si bien tiene características novedosas, articula los sectores populares de Venezuela que habían estado destruidos por el acaparamiento de la renta petrolera por parte de la élite económica y política de Venezuela. Y tiene un componente del movimiento popular que, por supuesto, tiene muchos datos novedosos; pero tiene un componente de movimiento que empieza con un sesgo popular que va tomando cada vez más un rasgo revolucionario y proclama su opción por construir una forma creativa y original de socialismo. Ahí, por supuesto, está la clase trabajadora más organizada, pero están también los sectores populares que habían estado excluidos del proceso social, cultural y económico en Venezuela.

Ahora, en el caso de Ecuador, hay una convergencia en un espacio discursivo que se da en el momento de la Asamblea Constituyente donde, por una parte, convergen todas las reivindicaciones que había llevado a cabo la CONIE (Confederación Indígena del Ecuador) por más de una década, que tenía que ver con el reconocimiento de la plurinacionalidad, el reconocimiento del pluralismo cultural, de los derechos de participación y consulta en un sentido fuerte, especialmente cuando tenían que ver con los Recursos Naturales que son aquellos que permiten la reproducción de la vida de las comunidades, tanto campesinas como originarias. Y este discurso converge con el discurso del movimiento de la Revolución Ciudadana de Rafael Correas que es un movimiento que surge del hastío por la clase política tradicional que viene implementando políticas neoliberales. Esa convergencia es la que produce este gesto constitucional tan notable que es el movimiento constitucional de Ecuador, dónde reconoce los derechos de la *Pacha Mama*, formas nuevas de participación y que, hoy por hoy, la Constitución de Ecuador pone las notas en el escenario de donde se dan matices, porque esta convergencia para los efectos del consenso constitucional, para los ejercicios del poder constituyente —una vez establecido el nuevo texto constitucional— es el escenario donde hay interpretaciones y prácticas, algunas que recorren incluso las

propias tendencias al interior del gobierno de Rafael Correa, algunas más desarrollistas, neoliberales; es decir, que buscan a través de la explotación de los recursos redistribuir objetivamente la renta con un objetivo progresista y otras que buscan más la pluralidad cultural y la materialidad y siempre mediada culturalmente de cómo interpretan las comunidades originarias y campesinas formas plurales distintas de vinculación con la naturaleza.

Eso se está viendo también en el caso de Bolivia, en este caso el componente de movimientos originarios en una nación donde el 70% de la población se ha reivindicado y autoidentificado con alguna de las comunidades originarias, donde los mayoritarios son los quichuas y aymaras —pero que hay otros muchos más—; llevó, entonces, a un movimiento que, encabezado por Evo Morales, el primer presidente originario en la historia boliviana, ha dado, fundamentalmente, a la Constitución una trayectoria que va de lo unitario a un Estado Plurinacional comunitario que busca articular distintas formas de democracia (la participativa, la directa, la comunitaria), a eso se le ha llamado *demodiversidad* y que, también en el caso boliviano, está un estado revolucionario totalmente nuevo donde hay que comprender los conflictos.

No exento, tanto en el caso ecuatoriano como boliviano, de situaciones de manipulación de esas legítimas diferencias en la interpretación del nuevo marco constitucional, de posibles intentos de manipulación de sectores antipopulares, enemigos del pueblo y que, por supuesto, de los gobiernos populares tanto de Morales como de Correa.

Pero bueno, estos son nuevos escenarios que marcan una nueva agenda, que marcan el horizonte de un proyecto descolonizador y que no son solamente válidos para el constitucionalismo y para la teoría y práctica crítica del derecho de esos países, sino para todos nuestros países que integramos esta región.

*CJ: Mencionaba que, al menos en el caso de Venezuela, usted puede identificar un proyecto que apunta a un nuevo socialismo el cual lo puede relacionar directamente con el caso de Ecuador, por*

*ejemplo. ¿Detrás de esos procesos constituyentes hay un proyecto unificador como América Latina?*

AM: Sí claro, hay al menos notas comunes que creo que, por una parte, cada caso tiene sus especificidades, tanto por su composición de las fuerzas que orientan el movimiento como por las especificidades de la formación social en el tipo de sociedad del que estamos hablando. Pero yo creo que hay algunas notas o elementos comunes que los vinculan también, que tienen que ver, en primer lugar, con marcar un escenario de ruptura bastante fuerte, no sólo retórica o con un discurso progresista, sino para hacer una ruptura fuertemente transformadora que se expresa en estas nuevas constituciones frente al neoliberalismo que nos ha acompañado en toda la década anterior y principios de la década de los noventa y que era asumido ideológicamente y militante por las clases políticas de estos países; ese es el primer elemento. Un segundo elemento es buscar la transformación de las estructuras de desigualdad social por caminos, tal vez diversos. En un sentido más clásico, tal vez el caso de Venezuela, que tiene un sentido más complejo que tiene que ver con la igualdad en lo social, pero en el reconocimiento de la diferencia cultural mucho más marcado en el caso de Bolivia y también de Ecuador. En tercer lugar tienen estos procesos, a nivel constitucional, la virtud de marcar las necesidades de una nueva forma de entender lo que antes llamábamos desarrollos. En torno a esto hay dos discusiones, en cuanto a qué tipo de desarrollo: si endógeno o desarrollo en qué sentido.

Hay muchos términos y neologismos, pero lo que es cierto es que en los tres casos se abre, más marcadamente en el caso de Bolivia y Ecuador, una discusión acerca de si el alcance del proyecto descolonizador va a expresar institucionalmente el ascenso al poder que expresan las mayorías populares y también a las minorías cambiando las formas de Estado y de gobierno o, si también el proceso descolonizador va a tener que ver con repensar las formas de satisfacción de las necesidades en cuanto al desarrollo y las formas de vinculación con la naturaleza. Yo creo que también esto está dado en la Constitución venezolana, pero es mucho más fuerte —y es el fruto de estos matices—

tanto en Bolivia como en Ecuador. En cuarto lugar, lo que tienen de común es un proyecto que se afine en la búsqueda de solidaridad y participación regional, pero no la integración como la integración económica motorizada por los grandes grupos y empresas transnacionales para lograr maximizar su ecuación económica financiera en la región; sino una integración que se piensa no solamente desde lo económico sino también desde una fuerte identidad cultural que nos reconoce como pueblos hermanos dentro de nuestra región y que, por lo tanto, tiene también componente políticos, sociales y culturales que la desmarcan de las formas economicistas de integración regional.

CJ: *En el papel que juega el Estado en estos procesos, ¿hay una reinterpretación del Estado, una reconstrucción del concepto de Estado?, y ¿cómo se construye, cómo se entiende al Estado en estos nuevos procesos?*

AM: Claro que hay un cambio radical en la concepción del rol del Estado, porque pasamos de un Estado que fue, en muchos casos, como un Estado externo. Es decir, el Estado como un Estado en los tres casos que estamos mencionando, pero también en nuestra región, el Estado es como un Estado que de alguna forma se construye sin tener en cuenta su base social. Y para esto me parece que tiene una explicación histórica que tiene que ver, y no puedo dejar de vincularlo con que estamos en la época de los bicentenarios de las naciones, con el proyecto inicial de los libertadores, que era un proyecto de inclusión social regional. En realidad, los procesos de organización nacional, después que pasa la guerra de independencia en nuestras naciones y se afirman los nuevos Estados, es controlado por las élites criollas que se miran al espejo y se consideran a sí mismos como europeos trasplantados en América y resulta que reducen la relación de colonialidad de poder; es decir, la Colonia no se acaba con un acto formal de independencia sino que hay una relación de colonialismo que pervive y que es la que se va a imponer a partir de estas élites criollas con el resto de la población de estos países, es decir, con los mestizos, con las poblaciones originarias, con las poblaciones afroamericanas, con los sectores campesinos

tradicionales que van a ser vistos como obstáculos al progreso, como la *barbarie*. Todo aquello que el discurso liberal del siglo XIX, influido en lo económico por Inglaterra y en lo político por Francia, van a hacer suyo estas élites y que incluso van a llevar a cabo esta biopolítica; o bien, de discriminación y marginación y luego de jerarquía y asimetría; o bien, directamente de exterminio como sucedió en el caso de Argentina con la llamada conquista del desierto —fíjate qué término tan violentamente simbólico, y lo fue también en la práctica.

Entonces, el Estado desde siempre es como una capa de modernidad, como un barniz de modernidad que está como sobreponiéndose, imponiéndose, con cierto sentido externo a la característica de una sociedad plural, abigarrada, asimétrica; justamente por esta externalidad del Estado no hay una relación propia u orgánica entre la sociedad y él; esto no fue siempre así, no fue siempre lineal, hubo momentos de luchas populares que consiguieron revertir en parte esa situación.

En todos los países de América Latina ha habido siempre movimientos populares de resistencia fuertes, pero también ha habido momentos de renovación de esta externalidad del Estado con respecto a la sociedad a través de discursos desarrollistas, a través, ahora, de discursos neoliberales.

*CJ: En este sentido ¿el Estado se está responsabilizando del bienestar social?*

AM: Sí. En primer lugar, yo diría que el Estado tiene ahora, como en Venezuela, como en Ecuador, como en Bolivia, una relación mucho más orgánica con la sociedad civil. Es un Estado que no es un mero barniz externo que recubre. En ese sentido, el Estado expresa un cambio en la relación de fuerzas sociales y tanto en Venezuela, como en Ecuador, como en Bolivia, hay una fuerte tendencia a buscar caminos hacia la justicia social que tengan que ver con las reivindicaciones históricamente postergadas en los pueblos y las minorías de esas naciones y, en ese sentido, el Estado —que es en estos tres casos, claramente posneoliberal— asume un nuevo papel que se ve a través de la na-

cionalización de los recursos y las industrias estratégicas, del nuevo intervencionismo en las cuestiones económicas, de las políticas de redistribución social. Así que, en este sentido sí, claramente estamos en la reconstrucción del Estado con mucha mayor legitimidad democrática en el sentido de que son más orgánicos con la composición de sus sociedades y que, además, buscan revertir las injusticias históricas.

*CJ: En esta lectura de las nuevas constituciones de América Latina, ¿cómo son interpretados los cambios políticos y sociales que han tenido lugar en Argentina? Sobre todo en este clima preelectoral, ¿cómo es que usted ve estos procesos constituyentes en América Latina desde Argentina?*

AM: Bueno, el contexto preelectoral yo creo que, más que nada —hay que aclararlo—, muchas veces oscurece porque tiende a polarizar acerca de temas y agendas que se van construyendo en la campaña electoral que no siempre se tratan ni se argumentan ni se debaten, sino que se transforman en distintas armas arrojadizas entre las distintas opciones políticas; entonces, yo creo que, por ejemplo, en Argentina en este momento hay una fuerte crispación entre el oficialismo y el antioficialismo, el antioficialismo muy *variopinto* de distintas posiciones. A su vez, digamos, de alguna forma esta polarización ha restado o ha adelgazado lo que era un movimiento social fortísimo, muy plural, que tuvo expresiones muy creativas y muy ricas, que tuvo su punto más importante en la crisis de 2001 y 2003, me refiero a las asambleas barriales, me refiero a las empresas recuperadas, me refiero a los movimientos de trabajadores desocupados; entonces, ese movimiento social que está latente, está en este momento, de alguna manera, adelgazado porque las condiciones sociales mejoraron y porque, de alguna forma, esta polarización entre oficialismo y antioficialismo le resta autonomía.

Creo que hay que hacer una mirada un poco más desapasionada, más allá del horizonte electoral próximo y ver en qué hemos mejorado desde entonces y cuáles son las asignaturas pendientes. Creo que hay algunos datos de la realidad que deberían quedar (como algu-

nas políticas, algunos hechos y logros que se han conseguido) fuera de la disputa electoral y asumirse como políticas bien encaminadas al Estado que tienen que ver con una mayor autonomía, con una mejor distribución social; me refiero, por ejemplo, a una política universalista como la asignación universal por hijo, que significa que todas las familias que tienen niños menores, siempre y cuando cumplan con requisitos de escolaridad y sanidad, van a recibir un ingreso de ciudadanía por cada uno de sus hijos menores de edad. Hay una política universalista fuertemente distributiva, por supuesto, que siempre se puede mejorar, siempre se puede discutir si el monto es suficiente o hay que actualizarlo, si hay que implementarlo a través de una ley, si tienen que haber mecanismos de mayor transparencia y control; pero sería equivocado pensar que esto tenga que retroceder o esto tenga que dejar de hacerse.

La discusión que se dio en torno a la nueva ley de servicios de radiodifusión enfoca un problema estructural que se da no sólo en Argentina sino que se está dando en muchos Estados (en Venezuela, en Ecuador, en Brasil, en Bolivia), es que el espacio comunicacional está fuertemente tomado por grandes grupos multimedia que se expresan a través de múltiples canales, me refiero a canales de cable, televisiones por aire, radio, tanto nacionales como locales, periódicos, diarios y revistas. En la medida que hay una concentración tan fuerte de la comunicación se tiende a confundir —en el discurso de estos actores que son factores de poder muy importantes— lo que es el derecho a la libertad de expresión con lo que es el derecho de prensa.

En ese sentido, la ley fue, además, el proceso de una iniciativa no oficialista que tuvo una coalición para la comunicación democrática que involucró la participación de distintos actores sociales que habían formado sus célebres veinte puntos, que después fueron la base de las formulaciones de la ley que establece y divide las posibilidades del acceso a los medios de comunicación en tres tercios: un tercio Estatal, un tercio social-comunitario —donde una universidad, una organización no gubernamental, un sindicato o una comunidad originaria pueden tener su radio o televisión— y el sector mercantil; a su vez, se desmonopoliza, es decir, impide que un mismo grupo económico pueda tener diarios, televisión por radio y de cable y servicios de telefonía. En ese sentido

sería un error también pensar que sacar esto sería un avance en la democracia argentina, en todo caso se puede discutir cómo se le puede mejorar.

Así te podría enumerar otras medidas como la vuelta a un sistema de jubilación estatal con el sistema de reparto. Acá, el neoliberalismo había hecho la cosa más perversa: había dado las pensiones y jubilaciones de las personas a la cotización en las bolsas a través de la intermediación de empresas privadas que cobraban una comisión leonina que se restaba de las futuras jubilaciones de la gente y que especulaba con esos fondos en la bolsa. Ese sistema con la inestabilidad del sistema internacional (tenemos un sistema financiero muy débil y muy vulnerable a los vaivenes de los mercados financieros internacionales) se demostró inviable porque se demostró matemáticamente que las jubilaciones iban a ser miserables, entonces se estatizó todo eso y se hizo un sistema de reparto; eso por supuesto que también se puede mejorar, se pueden ver mecanismos de participación de los beneficiarios a través de sus asociaciones, mayores mecanismos de control sobre cómo se utiliza ese fondo, pero sería un error pretender volver atrás con eso, y así seguiría.

En ese sentido hay avances, aunque también muchas deudas pendientes. En primer lugar, creo que hay un problema que tiene que ver con esta agenda que marca los nuevos procesos constituyentes en relación con la naturaleza. Nosotros tenemos dos procesos extractivos: de desarrollismo extractivo, que son los más dañinos ecológicamente, como la mega minería a cielo abierto en Argentina —la cual no ha sido tradicionalmente un país de cultura minera, digamos, sino más bien agrícola-ganadero en sus exportaciones de materias primas—, esta minería remueve los materiales dinamitando directamente los cerros y las montañas y utilizando cianuro para separar el metal precioso del resto de los minerales y depositando los restos en diques de cola que son grandes piletones que suelen tener rajaduras donde las fugas suelen llegar a las capas subterráneas, a las fuentes de agua y que, por la gravedad —esto se hace en la precordillera o en la baja cordillera— bajan y no se sabe bien cuál es el grado de perjuicio a la salud que puede tener en grandes poblaciones. De hecho, las poblaciones que

están cercanas, como San Juan, Catamarca, se están empezando a registrar datos de nacimientos con malformaciones y de cáncer que se han disparado exponencialmente y que están relacionados, sin duda, a la contaminación de las fuentes de agua y a la contaminación aérea también, porque el polvo vuela. Pero además, se hace en zonas donde hay reservas de agua dulce muy importantes como son los glaciares de la cordillera; además, para hacer toda explotación se gastan grandes cantidades de servicios ambientales gratuitos: energía y agua dulce.

Son zonas que, a diferencia de esta zona, de la Pampa húmeda, tienen un nivel de disponibilidad de agua dulce mucho más escaso. Entonces hay mucha agricultura campesina de subsistencia que no se puede llevar a cabo.

¿Qué pasa entonces? Las grandes empresas transnacionales son grandes actores porque, por ejemplo, son un emprendimiento que maneja en un solo año el presupuesto de la provincia de Santa Catamarca, entonces compran voluntades políticas, incluso compran auditorías ambientales, hay un mercado en las auditorías ambientales.

*CJ: ¿Eso está teniendo lugar sin mayor oposición o ya se está haciendo algo?*

AM: No. Hay un movimiento social que es el de las asambleas ciudadanas y organizaciones ambientalistas que se han articulado en una campaña de difusión y conscientización en contra de las minerías a cielo abierto. Lo que pasa es que tanto los partidos políticos que están en el poder en estas provincias como las empresas, tienen mucha más capacidad de comunicación por sus mayores recursos y tienen el discurso de que esto trae progreso, desarrollo, que crea nuevas fuentes de trabajo; entonces es difícil, de alguna forma, los terminan tratando (a la resistencia) como gente que quiere frenar el progreso o el desarrollo y ese es un discurso que generalmente cala mucho en estas zonas que son las más pobres de nuestro país y, además, es algo que para el habitante de acá, de la ciudad de Buenos Aires, las zonas del litoral resultan algo todavía lejano, es difícil tener a la masa crítica. Pero hay

en marcha un movimiento que no se conoce todavía, pero ha hecho acciones directas como el bloqueo de los establecimientos de las zonas mineras.

El otro gran componente es, digamos, la dependencia que hay en nuestra economía. Si bien es cierto que las exportaciones en Argentina se han diversificado, que hoy un 35% de sus exportaciones son productos industrializados o manufacturados con mayor valor agregado, de todas formas el resto siguen siendo exportaciones agropecuarias y dentro de esas exportaciones el mayor componente ha sido dado por la soja transgénica RR que es comercializada monopólicamente por Monsanto y otras empresas biotecnológicas transnacionales que venden el paquete completo, esa soja se caracteriza por resistir el bifosfato, un pesticida altamente tóxico que mata todo y que se filtra también a las napas de agua en los pueblos del corazón agrícola, no sólo ahí, se está dando un proceso de expansión (dada la resistencia de la soja transgénica), se está corriendo la frontera productiva, un cultivo que generalmente se pensaba que se daba en la zona húmeda de la Pampa, en el corazón agrícola, hoy está avanzando a Tucumán, a Santiago del Estero y desalojando comunidades originarias y campesinas que no tienen título de propiedad, pero que tienen la prescripción veintenal de la tierra; sin embargo, aparece cualquier empresario o terrateniente con un título y son desalojadas por la policía local con la conveniencia de los gobiernos locales y de las empresas, a veces contratadas por las empresas. Eso produce, además, pérdidas de los nutrientes del suelo. Estos suelos eran muy ricos, pero están perdiendo cada vez más nutrientes por el tipo de monocultivo intensivo que se hace, pérdida de biodiversidad porque se desmonta el bosque nativo; prácticamente nosotros tenemos zonas donde el bosque nativo se ha reducido en un 70%, lo que era el Chaco argentino había sufrido significativamente y ahora vuelve a sufrir con esta expansión del monocultivo de soja transgénica, la deforestación, la desertificación verde. Éstos son verdaderos plantíos verdes de plantas transgénicas.

Esto también trae muchas consecuencias a la salud. Se están viendo muchos casos de malformaciones, de cánceres en los pueblos donde se fumiga a través de aviones, con bifosfato para el cultivo de

soja transgénica. Pero, además, se pierde seguridad y soberanía alimentaria porque las poblaciones campesinas originarias que desarrollaban cultivos originarios y de rotación —y desarrollaban su propio sustento a través de la alimentación con aquello que podían obtener de forma adecuada en las zonas— se están viendo desplazadas y dependen del mercado ahora. En muchos casos se tienen que venir a las grandes ciudades donde mal viven.

Por eso ponía énfasis en esta nueva agenda que abre una serie de discusiones en torno al proyecto descolonizador. El proyecto descolonizador consiste, en algunos casos, propiamente en profundizar en la democracia participativa comunitaria, es cambiar la forma de Estado y de gobierno; el proyecto descolonizador también debe tener necesariamente un componente que represente nuestra relación con la naturaleza, teniendo en cuenta que somos regiones que tenemos que asegurar nuestra soberanía alimentaria, así como salvaguardar nuestra pluralidad cultural.

En Argentina esto se visualiza menos porque aquí es mucho más fuerte el imaginario productivista agropecuario, pero es también un problema que nos plantean estos nuevos marcos contextuales.

*CJ: Estos procesos que han tenido lugar paulatinamente se dirigen, de la misma manera, a un proceso constituyente o más bien van hacia otro lado?*

AM: Bueno, no soy adivino, pero de lo que sí tengo certeza es que probablemente se ratifique el apoyo popular a la actual gestión en Argentina en un contexto propicio para que esta discusión se presente y se puedan ver cuáles son los proyectos de la nación. De todas formas, lamentablemente, lo que tengo que decir es que, si bien, en muchos casos el oficialismo no tiene en cuenta estas deudas que van sobre todo por el lado de los conflictos socioambientales, tampoco la oposición tiene un proyecto claro al respecto y tal vez la nueva composición política de la República, del Estado y de la sociedad civil en Argentina a partir de las elecciones sea más propicia para que se visualicen mejor los movimientos sociales y pueda haber una discusión acerca de éstos.

Esto depende mucho de la capacidad de generar movimientos sociales autónomos y críticos, lo cual no significa que sean movimientos antiestatales o antioficialistas, pero sí pueden problematizar esta agenda para que sea visualizada en su importancia, y esto es difícil porque en las provincias que practican, por ejemplo, la mega minería a cielo abierto, hay factores políticos y económicos muy poderosos y ahí los movimientos sociales van a tener que extremar su capacidad de creatividad y tratar de incluir, de forma proactiva y propositiva, tanto los actores políticos como a toda la sociedad en una movilización para limar estas aristas y estas deudas negativas del modelo de desarrollo que se ha venido llevando desde el 2003 en esta parte.

La conversación aquí presentada atraviesa por muchos puntos importantes para el tema de las nuevas constituciones en América Latina. A lo largo de nuestro proyecto de investigación hemos podido matizar los análisis al respecto mediante diversas posturas, unas más alentadoras que otras. Sin embargo, en esta ocasión, Alejandro Médici nos ofrece un análisis más amplio y profundo que, si bien se muestra optimista en cuanto a la reconfiguración de las relaciones del Estado con la sociedad, admite algunas deudas pendientes como lo referente a las políticas de sustentabilidad. Además, su análisis nos permite tener un acercamiento con los procesos que están teniendo lugar, paralela y conjuntamente, con otras sociedades latinoamericanas, como es el caso de Argentina, donde, a pesar de mantener un derecho constitucional bastante longevo, está presentando procesos avanzados que hablan de una mayor distribución de la riqueza con respecto a décadas anteriores; además, estos procesos presentan ciertas características en común con lo ocurrido en Venezuela, Ecuador o Bolivia en este sentido distribucionista.

Estas nuevas constituciones, como menciona Médici, contienen una potencialidad única en el sentido de que tienen a los movimientos sociales como actores principales; sin embargo, queda pendiente analizar hasta dónde estamos hablando de principios importados y hasta dónde se trata de construcciones propias y, sobre todo, hasta dónde estos nuevos principios en el derecho constitucional latinoame-

ricano nos hablan de nuevas alternativas al sistema hegemónico, o bien, hasta dónde pueden resultar paliativos para las clases sociales históricamente oprimidas, como lo sucedido con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde las respuestas a las demandas de los actores principales del movimiento revolucionario se tradujeron más en herramientas de conciliación política para, seguidamente, desmovilizar la resistencia, tal fue el caso de las demandas agrarias y del sector obrero.

Insistimos en que es de suma importancia poner sobre la mesa estas discusiones desapasionadamente, como lo sugiere Médici, siendo críticos y autocriticos para, entonces, encontrar propuestas de líneas de acción que posibiliten un escenario verdaderamente alternativo y combatiente del sistema capitalista neoliberal.

**Nuevo constitucionalismo en América Latina. Contexto sociopolítico, derechos sociales. Entrevista a Carlos Rivera Lugo. (New Constitutionalism in Latin-America. Sociopolitical Context, Social Rights. An Interview with Carlos Rivera Lugo)**

*Aurora Molina Sánchez<sup>1</sup>*

Florianópolis, Brasil, 19 de noviembre de 2012,  
en el marco de la 3<sup>a</sup> Jornada de la  
VII Conferencia de Crítica Jurídica Latinoamericana  
con sede en la Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil.<sup>2</sup>

El tema del “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” refiere los cambios sociales y constitucionales, que en los países como Venezuela, Bolivia y Ecuador se han generado con la participación de movimientos sociales modificando las formas políticas y jurídicas con una tendencia incluyente de los diferentes sectores sociales, en relación con la situación económica que afecta a Latinoamérica con el sistema neoliberal que genera exclusión y marginación en detrimento de la soberanía nacional afectando la esfera jurídica, política y social, que atendiendo a las peculiaridades geopolíticas comparten una lucha de reconstrucción de lo social y la reapropiación de sus recursos naturales, a la par de los cambios que se dan en los países latinoamericanos. México mantiene un rumbo que parece diferente, al margen de la defensa de su economía estructural, se viven diferentes reacciones políticas, con reformas estructurales en la Constitución Política que van acorde al modelo neoliberal del desmantelamiento de lo social y entrega de los recursos naturales a capital neoliberal como la reciente reforma laboral federal, la privatización de los recursos naturales, la reforma educativa; como consecuencia las reacciones sociales de protesta surgen como una forma de participación política activa, al margen de la política representativa que muestra que no funciona.

315

---

<sup>1</sup>Alumna del Posgrado de Derecho de la Facultad de Derecho de la UNAM.

<sup>2</sup>Entrevista realizada en la investigación del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, con el apoyo del Posgrado de Derecho UNAM y del grupo de Crítica Jurídica coordinado por el Dr. Oscar Correas CEIICH-UNAM.

Al respecto el doctor Carlos Rivera Lugo, quien ha trabajado diferentes temas del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, nos comparte anotaciones sobre el proceso social del entorno en el que éste surge.

AM: *¿Qué factores sociales y políticos dieron origen al Nuevo Constitucionalismo en América Latina?*

CRL: Bueno a mí me parece que en ese sentido cuando se habla del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, hay que saber diferenciar entre lo que constituye el texto Constitucional que, por ejemplo, se aprueba en Venezuela, se aprueba en Bolivia, en Ecuador, es decir, la Constitución formal, y lo que es, aquello que yo llamo el *constitucionalismo material*, que es precisamente la situación o balance real de fuerzas, que fueron fundamentales para forjar esta nueva normatividad, es decir, esta normatividad constitucional es el resultado de unos cambios en la situación de fuerzas que había al interior de cada uno de estos países, es el resultado de una lucha de clases, donde se hacen presentes, por primera vez, unos sujetos nuevos y, muy particularmente, los movimientos y pueblos indígenas, que deciden, por primera vez, realmente incorporarse a un proceso de Constitución de un nuevo orden político, económico y social, ya que realmente, se les hacía, francamente, asfixiante seguir estando sujetos al orden constitucional vigente, cuando éste para todos los fines prácticos los invisibilizaba, es el caso de Caracas, perdón de Venezuela que no hay manera de entender la Constitución de 1999 sino es desde el *Caracazo*,<sup>3</sup> desde incluso el movimiento militar que en su momento lideró Hugo Chávez Frías “el Coronel”, para tratar de poner fin a un orden político totalmente corrupto que estaba divorciado del pueblo, por eso es cuando Chávez, entonces, se presenta y triunfa en el 98 como representante del movimiento de la Cuarta República, Chávez trae un caudal de nuevas fuerzas que se habían potenciado a partir de todas estas resistencias contra el neoliberalismo y contra las desigualdades preexistentes y las que se habían potenciado en los últimos tiempo bajo los partidos burgueses especialmente COPEI<sup>4</sup> y acción democrática.<sup>5</sup>

3 Que consistió en fuertes protestas durante el gobierno de Carlos Andrés Pérez en 1989, considerado como el despertar de pueblo de Venezuela, como el inicio de la revolución venezolana y bolivariana contra la aplicación de políticas neoliberales.

4 Comité de Organización Política Electoral Independiente.

5 Partido Acción Democrática al que pertenecía Carlos Andrés Pérez, considerado como defensor del sistema neoliberal.

Lo mismo ocurre en el caso de Bolivia, ¿quién hubiese pensado que en Bolivia iba haber un nuevo presidente y que fuese indígena el primer presidente indígena en la historia de Bolivia a pesar de que la mayoría de la población boliviana es indígena? Sin embargo, los indígenas habían estado sometidos a una secuencia de gobiernos, que estaban dirigidos obviamente por una oligarquía criolla, que tenía más que ver con las grandes corporaciones e intereses trasnacionales de Estados Unidos y Europa que con las clases subalternas al interior del país, es decir, de un gobierno que vivía de espaldas a su pueblo y, por tanto, sus pueblos se veían cada vez más empobrecidos.

Lo mismo sucedía con Ecuador que, finalmente, luego de varias rebeliones que llevan a la destitución, por el soberano popular, de unos presidentes que habían abrazado también el neoliberalismo, por tanto estaban adoptando políticas totalmente ajenas a los mejores intereses del conjunto de la sociedad, pues el pueblo y cuando dices el pueblo se potenció con la participación masiva de todos los sectores que se incorporan a la política que se plantea rescatarla de su podredumbre en manos de la oligarquía y, claro, la primera reacción de la oligarquía es pretender declarar a todos estos nuevos sujetos *forajidos*, se acordarán que en su momento Lucio Gutiérrez, que fue el último representante o gobernante, bajo el anterior orden constitucional, que pretendió descalificar a ese pueblo que resistía, que protestaba en las calles como *forajidos, forajidos* que quiere decir que viven fuera de la ley, no tienen que ver nada con la ley, están marginados, excluidos, en ese sentido los *forajidos* decidieron constituir un nuevo orden fuera, fuera de ese orden que los estaba oprimiendo, de ahí la nueva Constitución; de ahí me parece fundamental entender que la Constitución que formalmente conocemos en los tres casos, los textos constitucionales están precedidos por procesos constitucionales, en términos materiales y lo que yo llamaría, también, no solamente un constitucionalismo material que va modificando la situación de fuerzas combativas para permitir la reordenación constitucional con una nueva visión del mundo, con una nueva visión, incluso, *civilizatoria*, con una clara agenda anticapitalista, que es, yo creo, lo que los diferencia, sino que incluso empezamos a ver también desarrollarse los que yo llamo un *Constitucionalismo*

*societal*, qué quiere decir eso, que ya la Constitución dejó de pertenecerle al poder constituido, la Constitución pasó a ser obra del poder constituyente, es decir, el pueblo, el pueblo como soberano y uno ha visto cómo posteriormente en la aplicación, interpretación y desarrollo de estos nuevos textos constitucionales ha habido continuamente tensión, muchas veces entre el poder constituyente y el poder constituido en la medida en que el poder constituyente, a diferencia de lo que ocurre bajo el modelo de Constitución liberal, se concibió como permanente, sí va a ser una democracia participativa, sí va a ser una democracia radical, sí va a ser una democracia comunitaria, eso significa que la fuente de poder, permanentemente, diariamente, tiene que estar en el pueblo soberano, tiene que estar en las comunidades, tiene que estar en los movimientos, y no en el poder constituido, que en última instancia, ya no ejerce una autoridad en sustitución del soberano popular, sino en todo caso, lo que le corresponde es saber interpretar, saber canalizar, saber facilitar la voluntad general de ese pueblo.

Ese pueblo, en toda su diversidad, porque eso es también la otra gran novedad de estas constituciones a diferencia de los modelos de las liberales: que giran en torno al concepto de estado nación y estamos hablando de constituciones que giran en torno a un concepto de plurinación, de plurinacional, de multicultural, incluso *plurisocial*, porque hay diversidad de formas sociales y cada una de las cuales, entonces, están produciendo normativas, cada uno de los cuales se constituyen en sujetos que se sienten ya como soberanos, con la potestad para prescribir normativa que tiene que ser tomada en cuenta por el Estado y el Estado empieza, entonces, a socializarse a comunicarse y, obviamente, eso significa que se actualiza, no vamos a ser idealistas, todo eso produce tensiones, contradicciones que estamos viendo continuamente tanto en Bolivia como en Ecuador o Venezuela, obviamente, hay que ver cómo continúan desarrollándose estos procesos y solucionando estas tensiones inherentes entorno a un nuevo modelo constitucional, que realmente, no se han tenido experiencias anteriores, en torno a lo que se proponen y cómo se proponen estas constituciones.

AM: *Nos ha hablado sobre la interculturalidad que se presenta como un factor importante en el desarrollo de estas nuevas constituciones...*

CRL: En este sentido de la interculturalidad a mí me parece que ese es uno de los elementos de las dimensiones de estas nuevas constituciones que presentan la mayor novedad, pero a su vez, las mayores complejidades y complicaciones, es decir, estamos hablando, por ejemplo, en el caso de Bolivia, del reconocimiento, entonces, de la capacidad de unos pueblos o comunidades o culturas indígenas, algunas de las cuales, ni tan siquiera, tienen en su cultura la idea del Estado, lo único que sí tienen *la comunidad como forma* incluso no tienen, a veces, ni tan siquiera, la idea del mercado, de la forma valor, que se manifiesta a través del mercado capitalista, sino tienen unas formas de producción que giran en torno a la comunidad, no producen para la acumulación, pues producen para la subsistencia y en ese sentido estamos hablando de que también producen normas y saberes, de manera que, ya de repente, se ha potenciado toda esa pluralidad de fuentes de producción normativa y de producción de conocimiento y saber, porque aquí es donde también, yo creo, que hay un gran avance, es decir, que por primera vez se reconoce que el saber no está localizado exclusivamente entre unas élites sociales económicas y políticas, se reconoce la insurgencia de esos saberes populares, de esos saberes plurales que, no por ser diferentes, no pueden confluir en torno a un objetivo y a un bien común, y en ese sentido a mí me parece que se han potenciado éstos, se ha potenciado el poder de prescripción normativa y constitutivo, entonces, de una pluralidad de culturas, de pueblos, de movimientos que ya no ven en el Estado el único, tan siquiera el principal productor de normas para la sociedad, ni tan siquiera el principal intérprete, porque en última instancia, el principal intérprete es el soberano popular y el soberano popular hoy es plural, plural multicultural con distintas visiones del mundo, cosmovisiones que es lo otro, hay unas cosmovisiones que empiezan a ser introducidas incluso al interior del derecho.

En el caso de Bolivia, pues, ha sido muy llamativo por ejemplo el caso reciente de un juez del Tribunal Supremo de ese país de

origen indígena, y que en la decisión que toma en un caso que tenía que ver con el conflicto y las controversias ahora en la Amazonia Boliviana utilizó las hojas de coca para llegar a su determinación, partiendo obviamente de toda una sabiduría y una cosmovisión, cosmogonía propia de su pueblo, que entiende que la única forma de racionalidad no es la racionalidad impuesta por Europa, que hay otras maneras de razonar, que no todo es causalidad mecánica como ha sido hasta ahora bajo las concepciones occidentales del derecho, sino que puede haber formas sincrónicas *acausales*, que para poder explicar ciertos fenómenos y tomar ciertas decisiones, es decir, surge una nueva sensibilidad, unas nuevas formas de razonar, que yo creo que precisamente están poniendo a prueba la capacidad que va a tener esa Constitución para, precisamente, canalizar, ser el vehículo para que se manifieste toda esa pluralidad, toda esa interculturalidad, que inicialmente estaba en potencia, y que ya se ha activado, y que como eso se ordena, una vez activado no hay duda que la única manera bajo una constitución que también es democrática, es mediante el diálogo, de ahí que muchas veces las comunidades han rechazado decisiones gubernamentales, decisiones del poder constituido que se toman por *fiat*<sup>6</sup> sin haberse consultado antes las comunidades que van a ser afectadas, y se empieza, entonces, en estos casos el gobierno va a tener que reconocer que actuó conforme a las lógicas propias del estado de derecho, según heredado por el estado de derecho es fundamentalmente un régimen que está acostumbrado a mandos verticales, a unas formas de comunicar las decisiones a veces también muy jerarquizadas, dirigistas y cuando hay resistencia, coerción y eso ha producido conflictos, donde incluso en Bolivia ha habido muertos y lo mismo ha ocurrido en Ecuador.

Así que me parece que en ese sentido, todo esto ha presentado una situación nueva que yo creo es bien importante que sigamos de cerca y por eso para mí lo más importante es, ese Constitucionalismo material, es decir, como ese proceso constitucional se va dando en la práctica, en lo concreto, un constitucionalismo vivo y superar la visión, esa del derecho burgués, liberal, de un constitucionalismo es-

---

6 Si algo se hace por *fiat*, se realiza por una orden oficial dada por alguien de autoridad.

trictamente formal que está controlado por unas élites en su interpretación y aplicación, no, ya es una Constitución del pueblo y vamos a ver lo que el pueblo va hacer con ella.

AM: *En relación con los derechos fundamentales cómo sería en este aspecto del nuevo constitucionalismo.*

CRL: A mí me parece que también si hay algo que se ha ido evidenciando en la marcha con la aplicación, con la vigencia de estas constituciones es que tenemos que empezar a acostumbrarnos a diferenciar entre las libertades y los derechos ¿qué quiero decir con esto? El derecho o los derechos en última instancia son aquellos enunciados que hace el Estado donde pretende entonces determinar hasta dónde llega mi libertad, hasta dónde llega la libertad de cada ciudadano.

Esencialmente el gran problema que hay muchas veces con el discurso de los derechos humanos, es que los derechos, son una forma de ejercicio de la libertad que está mediada y controlada por el estado e interpretada por el estado, es decir, el alcance de mi libertad va depender del estado.

Y el problema en estas constituciones es que, en estas constituciones, en la medida en que el soberano popular es el dueño de esta Constitución, es el sujeto activo principal, la fuerza motriz, pues entonces, entiende que lo que va ser la práctica de su libertad tiene que ser autodeterminada no sobredeterminada por el Estado y ahí entonces también se dan tensiones: el Estado pretendiendo reducir las libertades, muchas veces, a su interpretación de lo que dicen las constituciones. Sin embargo, el pueblo diciendo no: yo como el soberano popular como poder constituyente, como parte de ese poder constituyente, interpreto mi libertad de otro modo. Sobre todo si la Constitución tiene como uno de sus ejes la autodeterminación de todos y todas, y en ese sentido, la fuente de poder no puede estar en el estado, la fuente de interpretación última no puede estar en el Estado, tiene que estar en el poder constituyente, tiene que estar en el pueblo, en el soberano popular.

Y a mí me parece que estableciendo esa diferencia hay unos avances muy importantes, incluso dentro de los derechos que son reconocidos, especialmente una gran novedad son los derechos ya no solamente del nuevo, los derechos que tiene el ciudadano como

sujeto activo de la Constitución de poder reclamar a través de acciones judiciales la aplicación concreta de principios constitucionales, que uno de los grandes problemas que tiene la ciudadanía actual es que los tribunales no les reconocen legitimidad a la ciudadanía, a cualquier ciudadano, al reclamar la aplicación de disposiciones de la Constitución y, en el caso, de Ecuador va más allá: se reconocen derechos a la *Pachamama*<sup>7</sup> a la naturaleza, entonces, ¿quién puede reclamar en un Tribunal la violación del derecho de la *Pachamama*?; cualquier miembro de la comunidad política, es decir, cualquier ciudadano tiene una acción legitimada para reclamar los derechos de la naturaleza. En ese sentido, aun vamos viendo cómo esos derechos que aparecen están sometidos igualmente, entonces, a esta dialéctica, que yo les hablaba, entre la libertad y el derecho, y eso es lo que ha llevado a que crecientemente, haya también una tensión entre interpretaciones más restrictivas y tradicionales de los derechos e interpretaciones más expansivas, más abiertas, productos de los procesos de autodeterminación de los distintos componentes de la sociedad.

AM: *En las constituciones vigentes, como el caso de México, tenemos las garantías y me surge el interés por qué hacerlas valer como los derechos fundamentales, es complejo y que no están reglamentados, no existen mecanismos de aplicación, al contrario los limita, en este sentido, ¿cuáles serían los mecanismos formales para hacer valer esos derechos fundamentales en el Nuevo Constitucionalismo para que no quedaran en letra plasmada?*

CRL: En el caso de México, por ejemplo, no pretendo hablar de una realidad que ustedes conocen mejor que yo, en mi humilde opinión, al contrario un lector amigo y solidario de la realidad mexicana, a mí me parece que yo veo un buen ejemplo de lo que me estás mencionando y de lo que me preguntas en una situación que se presentó hace poco, hace como un año o poco más de un año, cuando un parlamentario, si no mal recuerdo, un congresista mexicano se ofreció a presentar legislación en el Congreso Federal que legitimara, que validara, que reconociera los caracoles zapatistas y todas las prácticas y formas de gobernanza propia de autogobierno desarrollados en Chiapas con el zapatismo; la respuesta del subcomandante Marcos fue: no

---

<sup>7</sup> La madre tierra, como cosmovisión de pueblos originarios andinos, en América del Sur.

nos interesa su juridicidad, nos basta nuestra normatividad. Por eso, pues, me parece que se empieza a establecer una diferencia entre la juridicidad como un sistema o un modo de regulación controlado por el estado, y que, por tanto, el estado dicta sus condiciones y alcances, y otra normatividad, que el zapatismo pretende presentarle al país la alternativa de poder, de que realmente se pueden explorar otras formas de regulación social que no dependan del estado para su cumplimiento para su garantía. Claro en el caso de Chiapas es más fácil, ciertamente, hay una combinación de fuerzas, que nos facilita, obviamente, hay un situación militar muy concreta, pero a mí me parece que, lo que nos enseñan ejemplos como ése, ejemplos como la policía comunitaria de Guerrero, ejemplos como el de *Cherán*<sup>8</sup> de los que hablaba, en estos días precisamente, el compañero Jesús de la Torre Rangel, pues que sí, la sociedad es capaz de generar otras formas de normatividad, otras formas de ejercicio de la libertad que no están necesariamente en contradicción con la Constitución actual, pero que obviamente apuestan por una interpretación más expansiva, más *societal* de esa Constitución, que la que tiende a prevalecer a partir de las instituciones actuales, las cuales obviamente pretenden someter esa Constitución y su alcance a lo que es la voluntad de la llamada partidocracia y los partidos que hasta ahora han gobernado. A mí me parece que el movimiento *yo soy 132*<sup>9</sup> fue una manera muy novedosa, muy imaginativa, dentro de un proceso electoral, obviamente fuertemente reglamentado por el estado, incluso, hasta en la validación de su determinación final y sobre si todas las irregularidades constituían o no la suficiente causa para declarar nulos los resultados electorales, pero yo creo que *yo soy 132* generó un movimiento, un proceso de cuestionamiento para que la gente empezara a redefinir lo que era el contenido de sus libertades desde sí mismo, incluso redefinir el contenido de la ciudadanía

---

<sup>8</sup> Municipio de Cherán, estado de Michoacán, habitado por comunidades purépechas, que presentan diferentes protestas sociales y de resistencia civil contra el narco y el mal gobierno en México.

<sup>9</sup> Movimiento que surgió en redes sociales a partir del abucheo de Enrique Peña Nieto en la Universidad Iberoamericana, como consecuencia el PRI dijo que los alumnos que lo habían abucheado eran acarreados, como respuesta 131 alumnos se grabaron mostrando sus nombres, caras, números de cuenta y credenciales, prepararon el video a Youtube y se acreditaban como estudiantes, movimiento que creció con apoyo de la ciudadanía.

desde sí mismo, no desde la perspectiva de televisa o del PRI,<sup>10</sup> que pretende reducir la ciudadanía mexicana a una *manada de reses*, que pueden ser compradas al antojo del mejor postor. A mí me parece que, en ese sentido, y en eso estoy de acuerdo con Jesús en su planteamiento, que en México existe crecientemente una situación de fuerzas que van progresivamente modificándose, sobre todo, en la medida en que el pasado gobierno del PAN,<sup>11</sup> el de Calderón, ha sido, en mi opinión, el peor en la historia, ya que profundizó la crisis de la sociedad. Yo creo que, precisamente, fue espectacular su incapacidad para gobernar sobre aspectos concretos que la ciudadanía esperaba que se solucionaran y la ciudadanía, ante ello, ha tenido que aceptar que ya no puede estar esperando por un estado que posiblemente siga divorciado otros seis años de sus necesidades básicas y que va a tener, entonces, que empezar a considerar el desarrollo de otras experiencias de autogestión, de autorregulación, de control democrático de sus propias vidas y, obviamente, ver cómo, como sugiere Holloway<sup>12</sup> en su más reciente obra sobre la idea ésta que él tiene de que el momento no es, entonces, para seguir reforzando un estado; el cual ha demostrado una y otra vez su incapacidad para dar paso a una democracia verdadera, que ha demostrado una y otra vez que sólo está interesado en seguir profundizando las desigualdades dentro de la sociedad mexicana y que, por tanto, hay que empezar a explorar otros esfuerzos, otras acciones, otras estrategias que permitan profundizar las grietas que se han ido abriendo dentro de la realidad mexicana y ver cómo se potencian esas grietas, ver cómo eso pueda ser; como hizo, tal vez ya muy tarde, claramente muy tarde, el movimiento *yo soy 132*, pero que pueda en ese sentido poner en entredicho la legitimidad *de facto* de las nuevas autoridades en México y que pueda seguir avanzando en el desarrollo de una nueva conciencia de cómo se debe proceder a transformar una realidad, la cual no se puede limitar exclusivamente a una participación dentro de seis años a un proceso electoral que posiblemente si no se hace nada de aquí para allá volverá a ser igual otro proceso corrupto y tránsito, que lo único que va a ser es producir mayores frustraciones. Es decir, hay que entender que el proceso de impugnación, el proceso de esas grie-

10 Partido Revolucionario Institucional.

11 Partido Acción Nacional.

12 Holloway, John, 1947, Dublín, Irlanda, sociólogo y filósofo.

tas tiene que continuar ahora, es decir, que le corresponde al pueblo mexicano y a todos los sectores afectados por estas políticas, tanto del gobierno del PAN como del gobierno del PRI, tomar parte activa en la búsqueda de otras soluciones, otras alternativas, que puedan realmente cambiar la situación de fuerzas políticas actuales de México.

AM: *Se puede considerar un ámbito de democracia, considerando a la democracia no sólo como una estructura jurídica y un régimen político, sino fundada en el constante mejoramiento económico, social y cultural de la vida de un pueblo. Luigi Ferrajoli nos habla de una democracia formal y una democracia sustancial, en el sentido de quién gobernará y cómo va a tutelar las normas vinculadas con la protección y efectividad del respeto a los derechos fundamentales... ¿el Nuevo Constitucionalismo plantea esos aspectos democráticos como derechos fundamentales y la forma de cómo hacerlos efectivos?*

CRL: A mí me parece que es fundamental acabar de dar al traste con esa diferencia entre el derecho formal y el derecho sustantivo material, porque el derecho formal no existe, eso designa, entonces, decir que el derecho está muerto, si es formal, no es algo que yo pueda exigir, incluso cuando se nos dice que las constituciones no pueden mandatar que se materialicen la igualdad de derechos para todos, entonces para qué demonios existe la igualdad de derechos como principio a la Constitución.

¿Vamos a seguir viviendo bajo ese engaño burgués, liberal, que nos pretende hacer pensar que ante el derecho todos somos formalmente iguales? ¡Ah! Pero detrás de esa igualdad formal se oculta una gran desigualdad real; por lo tanto, esa Constitución no es igual para todos y lo que queremos es que sea una Constitución igual para todos ¿ve? Y en ese sentido, no hay duda, yo creo que hay que estar dando la batalla, también por las vías existentes. Todos los juristas que de alguna manera u otra se identifiquen con la crítica del sistema actual, pues yo creo que tienen que seguir intentando una y otra vez de conseguir que las instituciones del estado, donde quiera que tengan la oportunidad de presentar su caso, pues puedan reconocer que no existe ningún derecho constitucional que no pueda ser efectivamente materializado. De qué me vale a mí la libertad de expresión, si me muero de

hambre. De qué me vale la libertad de movimiento, si no tengo empleo ¿ve? Y en ese sentido, de qué me vale la libertad de expresión, si no tengo cómo educarme, por qué se está privatizando la educación, o el derecho a la vida, si se ha privatizado el sistema de servicios de salud, ¡vaya! y se han convertido en mercancía y, en ese sentido, como yo no tengo poder adquisitivo, yo no puedo jugar según las nuevas reglas del mercado para recibir los beneficios que permitirían que yo pueda garantizar mi derecho a la vida.

No, los derechos no pueden estar sujetos en ese sentido a esa lógica torcida, maldita. Y hay que proceder entonces a impulsar o una reinterpretación de esos derechos, como derechos sustantivos materiales, si van a ser efectivamente derechos o habrá que proceder a una refundación constitucional, que es la otra alternativa que se está explorando en muchos lugares, incluso España, que apenas hasta hace poco había estado siempre admirada de su Constitución de 1978, que puso fin a varias décadas de una dictadura. Sin embargo, hoy en día sectores significativos del pueblo están llamando a la convocatoria de una nueva asamblea constituyente, que pueda entonces echar a un lado esa Constitución que ha demostrado ser una Constitución maleable por las propias élites políticas y económicas, que en la práctica, ahora tratan de encabezar todos los derechos que contenía en su momento hasta llegando al punto de enmendar la Constitución sin someterla a consulta al pueblo, es decir, las Cortes, la Cámara de Diputados reemplazando, sustituyendo, la voluntad del soberano popular, que fue el que refrendó esa Constitución en su momento. Si se va a modificar, lo menos que en teoría democrática se debe hacer es volver a someter cualquier propuesta de cambio a ese mismo pueblo que es el soberano, pero no. En ese sentido, a mí me parece que son vías, es decir, son vías excluyentes, independientemente de que yo no quiero crear falsas ilusiones con las vías legales, las vías jurídicas actuales, yo creo que las vías legales tuvieron cierta cierta importancia para avanzar en la reinterpretación más expansiva y más progresista de los derechos, bajo lo que se conoció como el estado social de derechos, el estado benefactor, sobre todo, porque existió siempre un reconocimiento, uno de los presupuestos de ese estado era que hacía falta un

acuerdo entre las clases, una conciliación de intereses para poder adelantar una agenda pública que fuese de interés para todos, que no podía ser impuesta por ninguna de las dos partes y que, para que progresaran unos, tenían que progresar los otros y, por eso, se aprobó la legislación laboral, que permitió que los trabajadores no estuvieran sujetos a la gran mentira de la libertad de contratación o de la autonomía de la libertad de nuestros códigos civiles. La legislación laboral generó unos procesos e instituciones administrativas, incluso adjudicativas, que permitiesen igualar en algo lo que se reconocía *de facto* como una relación desigual entre el capitalista y el obrero, el patrono y el trabajador.

Hoy en día ya sabemos lo que ha pasado con todos esos derechos laborales, ha empezado todo un proceso de regresión de involución, es decir, en ese sentido del capitalismo ¿Qué es lo que nos ha demostrado con esto el sistema capitalista? Que ha apostado en última instancia para su supervivencia a la regresión, por algo es que hemos regresado a formas de control político social e incluso de distribución de la riqueza propias del siglo XIX o principios del XX. En algunos casos de incluso antes, en el caso de México, de antes de la revolución mexicana, antes, preconstitucional, estamos hablando de realidad, es decir, se están imponiendo una serie de nuevas políticas que están claramente contrarias a lo que era el espíritu de lo que era una Constitución que surge de una revolución social, la primera de América, que precisamente es una reivindicación de los trabajadores tanto de la ciudad como del campo. A mí me parece que, por lo tanto, sin dejar de seguir actuando, hasta donde se nos permita, a través de las instituciones gubernamentales existentes. Creo que hay que empezar a explorar, como he dicho ya varias veces, con otras vías, hay que abrir otras avenidas que incluso pueden llevar a que, en su momento, se genere la suficiente conciencia en la sociedad, en la ciudadanía en general, de que haga falta introducirle a esa Constitución mexicana, pero no desde el Congreso dominado por los partidos, sino desde el poder constituyente, redefinir la relación entre el poder constituyente y el poder constituido, que en México no está claro, porque en México el Congreso puede enmendar la Constitución, aunque tiene a veces un rol

dual, a mí me parece que eso es algo que hay que superar en la medida en que ya ha hecho crisis el principio de representación. En ese sentido, creo hay que empezar a movilizarse más entorno a estas otras posibilidades, que si bien no se puede salvar la Constitución existente, se puede ir creando las condiciones para que se pueda dar entonces una convocatoria para una nueva asamblea constituyente, que pueda adecuar los procesos constitucionales a las nuevas necesidades y aspiraciones del pueblo mexicano.

AM: *¿Cómo vincularíamos ese nuevo constitucionalismo en América Latina con la enseñanza del derecho en las universidades?*

CRL: Bueno ese es otro de los problemas que confrontamos, porque no hay duda de que las facultades de derecho, en muchos sentidos, son las reproductoras del viejo orden, del orden existente y se dedican a producir profesionales para lo que les sirvan al mercado, pero yo creo que en este momento las facultades de derecho lamentablemente están bastante sometidas a lo que son las lógicas del mercado y hay que ver cómo uno también introduce cambios a este nivel que son fundamentales, porque en las facultades de derecho es que se están formando las nuevas generaciones de juristas. Si ya de por sí se educan y salen a la calle con una conciencia falsa, pues entonces lo que van hacer es seguir reproduciendo esa conciencia falsa, alienante, y ayudando a reproducir el sistema actual. No es una tarea fácil, hablo por experiencia propia, nosotros en Puerto Rico llevamos 17 años que fundamos una facultad de derecho que pretendió educar un nuevo tipo de jurista, consciente de su responsabilidad social hacia el cambio, hacia la transformación, consciente de que su primera lealtad es hacia la justicia, no hacia su subsistencia personal y a decir cuánto va a cobrar o cuánto va a ganar, sino que realmente la abogacía en la sociedad contemporánea, de que, si el jurista va a servir para bien, tiene que concebirse no como un mero técnico, no como un mero pleitero a favor de los grandes intereses que en este momento dictan, grandemente, lo que son las leyes a través de los poderes legislativos y poderes ejecutivos actuales, incluso también en cierta medida a través de las ramas judiciales, sino que, necesitamos de un jurista que tenga conciencia que, ante los grandes retos que tiene la sociedad, las grandes necesida-

des que tiene la ciudadanía en general de nuevas formas de normatividad más sensibles a sus problemas y necesidades concretas, que puedan entonces convertirse en organizadores sociales, es decir, en intelectuales orgánicos de esa nueva realidad de la que queremos ser parteros, un poco el concepto de Gramsci, el jurista como un intelectual orgánico y si vamos a evitar también caer y seguir cayendo en la realidad que criticó tanto un gran austriaco pensador, filósofo austriaco, que vivió muchos años en México, Ivan Illich,<sup>13</sup> quien llamaba a nuestra profesión una profesión inhabilitante, ¿Por qué inhabilitante? Porque, decía Illich, según el modelo profesional prevaleciente, el abogado pretende sustituir al ciudadano en el reclamo de sus derechos y él insistía, al igual que Tomás Moro en su obra *Utopía*, porque no había abogados en la *Utopía* de Tomás Moro, porque para Tomás Moro el horizonte debía ser que cada ciudadano tuviese la capacidad desarrollada para reclamar, articular, apalabrar sus propios derechos, sus propias libertades y no tener que depender de un tercero, que Dios sabe si realmente ha tenido el tiempo para enterarse de lo que realmente le pasa, de cuánto es el verdadero interés que sólo sabe el propio ciudadano que sufre la situación sobre la cual está pidiendo, está reclamando, eso también tiene que ser parte de ver la forma de una nueva educación jurídica, no solamente preparar jurista que puedan contribuir a facilitar los procesos de reordenación normativa de la sociedad en todos su ámbitos porque en la medida en que el capital ha penetrado todo, todo en la sociedad, todo en la vida y pretendiendo imponer unas normatividades mercantiles, totalmente insensibles, inhumanas, donde ya prácticamente dejamos de ser para todos los fines sujetos de derecho, y en ese sentido hay que crear ese organizador, hay que crear ese intelectual orgánico que facilite ese proceso, pero también las facultades de derecho tienen que verse con una responsabilidad para la educación, aquello que decía Bolívar que el estado debía tener, uno de los poderes era el poder moral, el poder moral que realmente lo ve como un poder educativo, un poder de desarrollar la conciencia pública entre la ciudadanía. Las facultades de derecho deben también entender que una dimensión importante de su responsabilidad como instituciones públicas que son, por los fines que cumplen, independientemente que sean propiedad

---

13 Filósofo austriaco, 1926, Viena a 2002 Bremen.

del estado o de una iglesia o de una empresa, tienen una responsabilidad hacia la sociedad de contribuir hacia una educación que los empodere como ciudadanos como ciudadanos conscientes y como ciudadanos convencidos que sólo en la medida en que intervengan activamente como parte del soberano es que se va a reconocer algún día su soberanía.

EN UN MUNDO DE TELENUEVA NO MUY LEJANO



---

## Reseñas

---

## **Reseña: Descifrando caminos del activismo social a la justicia constitucional. (Review: Deciphering the path from social activism to constitutional justice)**

*Aurora Molina Sánchez<sup>1</sup>*

El presente libro es eminentemente práctico, vinculando la teoría, de la que hace una crítica al positivismo constitucional, trata sobre el ejercicio jurídico y el activismo social que desempeñaron diferentes actores ciudadanos en la defensa de los derechos fundamentales en Ecuador que se desarrollaron en el marco de un nuevo constitucionalismo, con la creación de la Constitución ecuatoriana de 2008.

En *Descifrando caminos*, el autor, Patiño Pazmiño Freire, refiere los diferentes mecanismos que se desarrollaron y que se tomaron activamente en la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales en relación con la influencia y determinación de las instituciones financieras internacionales, en donde grupos sociales y el mismo autor tuvieron una participación activa.

*Del activismo social* narra la práctica e iniciativa de la sociedad para enfrentar directamente a los organismos financieros internacionales que contribuyen, con sus políticas de endeudamiento, a condicionar los préstamos al país de Ecuador a cambio de reformas legales en detrimento y desmantelamiento de los derechos sociales y, cómo el mismo autor manifiesta, esa iniciativa puso en evidencia la falta de soberanía nacional. Si bien es cierto, que, esta forma activa de enfrentar a los organismos internacionales y cuestionarlos sobre sus políticas de violación de los derechos sociales de la población no impidió la aplicación de esas prácticas lesivas en Ecuador, sí dio paso al debate entre los diferentes sectores: como la participación activa en la academia y en la docencia que ponían en evidencia y sacaban a la luz pública la política fiscal y presupuestaria que los organismos financieros internacionales imponían en Ecuador, con el llamado *Consenso de Washington* que formó parte reconocida en la Constitución Política de Ecuador de 1998: “los principales componentes de la agenda neoliberal marcada por el ‘Consenso de Washington’... forma parte la constitución actual” (p. 71).

333

---

<sup>1</sup> Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho.

El autor hace una crítica a la Constitución actual de Ecuador en aspectos sustanciales como el aspecto patrimonialista y corporativista, el presidencialismo y, sobre todo, el modelo económico del sistema neoliberal que forma parte del modelo constitucional ecuatoriano, como privatizaciones, la participación de capital privado en la explotación minera, petrolera, agua, telecomunicaciones y la entrega de la economía ecuatoriana de sectores estratégicos al capital transnacional, por lo que el autor llama a la otra gran transformación constitucional que devuelva al gobierno ecuatoriano el control sobre su economía estratégica.

Todas las acciones sociales desplegadas por ONG's, y grupos sociales en los cuales el autor participó directamente, lo llevó a retomar el camino jurídico y, aunado a los diferentes fenómenos políticos que se dieron en torno al nuevo constitucionalismo, a la *Justicia Constitucional* con los mecanismos legales creados y reconocidos en la nueva Constitución.

La presente obra nos da un panorama sobre los fenómenos del activismo social y jurídico que se desarrollan en ámbito del nuevo constitucionalismo en Ecuador, como parte del nuevo constitucionalismo latinoamericano, donde se involucró activamente la sociedad, como referencia importante para conocer los alcances y limitaciones del nuevo constitucionalismo en Ecuador.

Desearíamos que se tratara de una nueva constitución social como modelo a seguir, sin embargo la presente obra nos deja ver las limitaciones en el nuevo constitucionalismo, pues no se trata de la constitución social radical que se necesita. También muestra sus limitaciones para lograr cambios radicales que se requieren en América Latina ante el agresivo sistema neoliberal de desmantelamiento de todo lo social, que genera las mayores desigualdades sociales y miseria en países en vías de desarrollo. Un sistema neoliberal que se enriquece de los países latinoamericanos a través del endeudamiento y saqueo de los recursos naturales de los países, violando su soberanía para dejarlos en condición de servidumbre.

Indiscutiblemente es un libro que nace desde la práctica, en el cual el autor interpreta los hechos vividos, por lo que rompe

con formalismos, tratando temas de actualidad y debate en países latinoamericanos afectados por el sistema económico capitalista, mismo que afecta la soberanía y la economía medular de dichos países. Expone y comparte los correspondientes mecanismos que tuvieron que seguir participando activamente en los cambios políticos y jurídicos en la esfera de transformación del nuevo constitucionalismo.

El título se actualiza en los diferentes capítulos tratados, con diferentes trabajos que engloba en una sola obra.

El prólogo es comentado por Boaventura de Sousa Santos, quien destaca dos temas en el libro. Primero cuestiona la posibilidad del derecho como emancipatorio nos dice: “*¿Puede ser emancipatorio el derecho?*” La respuesta que nos da es: “*sí,...el derecho siendo un instrumento hegemónico, puede ser emancipatorio en la medida que sea usado de modo contra-hegemónico*” (p. 12). Deja ver que es luchar contra corriente, y la necesidad de sostener esa lucha con la movilización social permanente, esto es, que las acciones jurídicas estén impulsadas y sostenidas con las movilizaciones sociales. El segundo tema se refiere al *constitucionalismo transformador* y hace referencia a Ecuador y Bolivia, países que impulsan un nuevo tipo de constitucionalismo.

La construcción de un nuevo constitucionalismo desde abajo, con la movilización social de los excluidos llevando sus demandas al ámbito de lo político, plantea una nueva institucionalidad o *plurinacionalidad*; con *autonomías asimétricas* con una territorialidad nueva; planteando un *pluralismo jurídico* que implica una nueva legalidad; una *democracia intercultural*, en el ámbito político, en donde se plantean *individuos, comunidades, naciones, pueblos y nacionalidades* (p. 14), con nuevas consideraciones individuales y de grupos que rompen con los estándares hegemónicos. El prólogo hace referencia al contexto de la aportación del nuevo constitucionalismo y durante el desarrollo del libro ya el autor aborda acciones específicas y concretas.

El libro se divide en seis capítulos, si bien no sigue un orden cronológico, se abordan temas relacionados en el contexto de en una misma época política de transformación del nuevo constitucionalismo en Ecuador, que diferencia la Constitución de 1998 de la de 2008. El

libro aborda los siguientes temas: I. *Los derechos económicos sociales y culturales (DESC) y las instituciones financieras: una relación compleja*; II. *La Constitución como instrumento de transformación*; III. *La participación ciudadana y transformación profunda pacífica y en democracia*; IV. *Derechos controversiales en una democracia constitucional*; V. *La justiciabilidad de los derechos constitucionales: ¿meta o camino?* VI. *Debate urgente para una democracia emergente. Dialogando con el neopositivismo*.

El autor nos habla de la figura llamada *fiscalización y control ciudadano* que tuvo vigencia de 1999 al 2005, recurso legal del que hacen uso para interponer una controversia constitucional contra el Fondo Monetario Internacional (p. 19). Explica cómo los organismos internacionales, como el FMI y el Banco Mundial, condicionan a los países latinoamericanos para su endeudamiento de forma ventajosa, donde los países menos desarrollados pierden soberanía nacional.

La *Carta de Intención* suscrita entre el gobierno de Ecuador y el FMI, como un requisito previo para el otorgamiento de un préstamo, imponía condiciones ventajosas en detrimento y empobrecimiento de Ecuador, como resultado de ello fue que el autor y otros grupos sociales interpusieron un recurso de inconstitucionalidad contra la Carta de Intención, el cual fue negado por el Tribunal Constitucional, pero que puso en evidencia los negocios y tratos que los gobiernos hacen con los organismos financieros internacionales, con violaciones a normas y disposiciones legales nacionales e internacionales, desventajoso para la ciudadanía que resulta con mayor empobrecimiento por el detrimento de los derechos fundamentales.

Nos dice el autor que la aplicación de instrumentos jurídicos, locales e internacionales, resultan elementales para denunciar la violación de los derechos económicos, sociales y culturales, así como para impugnar el proceso de globalización, de neoliberalismo y de políticas que afectan la economía estructural. Estas impugnaciones jurídicas deben estar acompañadas por la presión ciudadana informada.

*Estrategia de asistencia al país* (CAS) es una herramienta del Banco Mundial para imponer condiciones de préstamo a los países, previos estudios de pobreza, economía e indicadores sociales. El CAS

utilizado para el caso de Ecuador entre 2000-2002 imponía aumentar la presencia del sector privado en las telecomunicaciones, la electricidad, los hidrocarburos; rehabilitar el sistema bancario y reprivatizar los bancos; reformas jurídicas, con la condición, entre otras cosas, de rehabilitar al sector bancario, reestructurar deudas, presentar un borrador de cambios legislativos al Congreso Nacional en el tema de los hidrocarburos y la electricidad. No obstante que estas imposiciones eran desventajosas y abusivas para Ecuador, el autor nos explica cómo un grupo de legisladores pidieron al Banco Mundial la aprobación del CAS (p. 25), mientras que, por su parte, la ciudadanía, organizada por grupos representados, se trasladó al Banco Mundial a pedir el aplazamiento de esa aprobación hasta que se informara, discutiera y participara la sociedad ecuatoriana sobre el asunto.

El autor nos explica que los organismos financieros internacionales deben ser analizados y enfrentados por la sociedad a la que afectan, propone para ello conocer el nivel institucional y el nivel de presión política. Contra el Fondo Monetario Internacional se debe tratar desde la política, por ser un órgano cerrado, incluso hace mención de métodos para lograr la reducción de la deuda externa, como las que lograron Polonia y Jordania con el Club de París (p. 32).

Hace referencia a la Constitución que, como instrumento de transformación, tiene influencia de la doctrina europea, del neoconstitucionalismo, mas modifica e incluye valores, instituciones y normas con características propias debido a las condiciones geográficas, multiculturales y regionales de Bolivia y Ecuador. Respecto de los derechos indígenas sobresale el derecho al territorio y la autodeterminación de los pueblos, al autogobierno. El autor refiere la Asamblea Nacional Constituyente donde el pueblo es el único titular de la soberanía.

*La justificación de una reforma política profunda* trata, entre otros aspectos, de la manipulación agravada en perjuicio de los derechos sociales que el gobierno de 1997 realizó en la redacción de la Constitución de 1998, con la intención de reconocer el proyecto económico neoliberal contenido en el citado *consenso de Washington* (p. 71) afectando severamente el modelo económico nacional.

La obra relata los procedimientos que llevaron en la práctica los diferentes sectores sociales en Ecuador, el punto de vista del autor lo aborda inmerso en las acciones desplegadas, como parte activa en las acciones sociales, políticas y jurídicas, en las cuales participó el autor como abogado. En este sentido nos comenta sobre algunos litigios que se han dado en defensa de los derechos sociales. Analiza el neopositivismo español (p. 198) sacado a debate por un intelectual orgánico de la derecha haciendo una crítica al respecto.

Contiene como anexo una resolución sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada respecto a la *Carta de Intención* celebrada entre el gobierno de Ecuador y el Fondo Monetario Internacional, la cual resulta de interés para el ejercicio profesional de los abogados. Asimismo, nos comparte la idea de que es la sociedad misma la que tiene en sus manos el cambio hacia un modelo social basado en la defensa de los derechos fundamentales, la sociedad tiene que ser activa para lograr estos cambios, la experiencia compartida resulta una referencia sobre el marco de activismo social. Además, agrega a los anexos una carta dirigida a un medio de comunicación, la cual nos muestra los diferentes debates políticos entre los intelectuales conservadores y la oposición que pugnaba por un nuevo constitucionalismo.

Pazmiño Freire, Patricio, *Descifrando caminos del activismo social a la justicia constitucional*, prólogo de Santos, Boaventura de Sousa, Ecuador, FLACSO SEDE ECUADOR, 2010.



---

## Homenaje

---

## **Introducción a la pureza de la razón crítica (o “el otro” Correas). (An Introduction to the purity of critical reason (or the “other” Correas))<sup>1</sup>**

*Aníbal D'Auria*

### I

Oscar Correas pertenece a esa tendencia *jus-teórica* que se autodenomina, muy genéricamente, “crítica jurídica”. No voy a entrar en la ardua cuestión de determinar qué cosas tienen en común todos los variados exponentes de ese grupo, pues, por empezar, lo primero que saltaría a la vista es una gran confusión general en torno al concepto mismo de “crítica”. Para algunos, ser “críticos” significa, simplemente, hablar y escribir negativamente acerca de algo (en este caso, del derecho positivo) desde ciertos valores suprapositivos o desde ciertas convicciones políticas. No es casual que éstos recaigan en una visión *jus-naturalista*, precientífica del derecho. En cambio, para otros, los más profundos, ser “críticos” es radicalizar la perspectiva científica, investigando las “condiciones de posibilidad” de algo (en este caso, del derecho positivo y de la misma teoría positivista del derecho). Es a este subgrupo de juristas críticos que pertenece Oscar Correas, reconociendo el sentido filosófico original del término “crítica”.

### II

341

La originalidad de Oscar Correas —de su pensamiento jurídico— tal vez derive en gran medida de la extraña heterogeneidad de su formación filosófica. Él mismo, no sólo en charlas personales, sino expresamente en

---

<sup>1</sup> El presente texto forma parte de la intervención que hizo Aníbal D'Auria durante el homenaje a Oscar Correas en el marco de la 2a. Jornada de la VII Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica, en 2012, Ciudad Universitaria, México, DF.

su prolífica producción teórica, ha remarcado las siguientes fuentes en su formación: la filosofía cristiana (tomista, en particular), Hume, Kelsen y Marx. Pero lo más profundo de su originalidad teórica no proviene simplemente de estas fuentes tan heterogéneas, sino de la lectura particular que ha realizado de ellas. En efecto, Correas no es un pensador cristiano (ni mucho menos, católico), ni es un escéptico como Hume, ni es un kelseniano ortodoxo (al menos, no lo es en el sentido en que lo son los kelsenianos de academia). Y —aunque él piense lo contrario— tampoco es marxista; al menos, no lo es en el sentido en que se llaman marxistas muchos dogmáticos que han hecho de Marx el ídolo de una nueva religión). Oscar Correas es, para mí, un pensador anarquista (aunque él mismo acaso no lo sepa). Y trataré de probarlo.

### III

¿Qué puede haber en común entre Hume y Marx? ¿Qué toma de ellos Correas? En otras palabras: ¿hay algo en común entre el empirismo antiracionalista de Hume y el materialismo antiidealista de Marx? Mas una pregunta adicional, muy vinculada a las anteriores: ¿por qué el furioso antikantismo de Correas?, ¿por qué un rechazo tan visceral al padre de la “crítica filosófica”, por parte de un pensador “crítico”? Para responder a estos interrogantes debemos reconstruir, al menos someramente, el camino que la reflexión filosófica “occidental” (subrayo esta palabra, muy frecuentemente usada de modo peyorativo por Correas, porque volveré sobre ella) ha recorrido desde Hume a Kant y desde Kant a Marx.

### IV

Es cierto que en Hume ya se vislumbra un modo “crítico” de filosofar, desde el momento en que su interés reflexivo es acerca de *cómo es*

*posible el conocimiento.* Pero si su modo de preguntar es crítico, su modo de responder no lo es. Y por varias razones:

1. Hume prueba que la causalidad no está en el mundo de las “cosas”, sino que es producto de la asociación mental “causada” por el hábito de experimentar dos fenómenos más o menos sucesivos.

2. Por lo tanto, la idea de causalidad queda reducida así a un mero fenómeno psicológico del sujeto.

3. Pero, si como dijimos en el primer punto, esa idea es “causada” empíricamente en el alma, ¿cómo puede haber “causalidad” entre un fenómeno externo a la conciencia y la conciencia? Hume responde: por el principio de asociación de ideas. Pero nuevamente preguntamos: ¿de dónde viene esa facultad de asociación?, ¿proviene también empíricamente del mundo de las cosas o está innato en el sujeto? Si proviene del mundo empírico de las cosas, entonces nada se ha explicado, sino que todo queda aún más confuso (¿cómo puede el principio de asociación ser “causado” por el mundo empírico cuando es este mismo principio el que pretende explicar la noción de “causalidad”? ). Por el contrario, si no proviene del mundo empírico de las cosas, entonces está ya presente desde siempre en el sujeto. Y ésta es, precisamente, la respuesta “crítica” que dará Kant, superando el psicologismo ingenuo de Hume. En otras palabras: Kant se da cuenta que la experiencia empírica no puede ser explicada empíricamente.

V

Por momentos, Correas advierte estos inconvenientes del pensamiento de Hume, pero los pasa rápidamente de largo como si fueran simples errores secundarios. Se da cuenta de que la obra de Hume es en realidad un ensayo sobre la “naturaleza humana”; y le agrada la idea humeana de que la razón es esclava de las pasiones, principal motor de todas las actividades humanas, incluido el conocimiento. Por ello rechaza la respuesta kantiana. Correas no quiere saber nada de “sujetos trascendentales universales”, es decir, no quiere saber nada con filosofías idealistas. Pero no quiere advertir que incluso el psicologismo ingenuo

de Hume, aun haciendo la vista gorda respecto de sus inconsistencias teóricas, lleva a la idea de una “subjetividad idealista”, como se la encuentra en otro pensador empirista británico casi contemporáneo de Hume, el obispo Berkeley. El psicologismo de estos empiristas británicos tiene muy poco que ver con la idea actual de psicología; más bien apunta a una teoría del alma (*psiqué*) en el sentido más clásico y metafísico, vinculado al *logos* griego que Correas tanto repudia en Kant y en toda la tradición occidental (sólo que en Kant, por ser más coherente, resulta más explícito).

## VI

En resumen: lo que Correas toma de Hume es la idea de una razón subordinada a las emociones y a los sentimientos; es decir, la inversión del esquema platónico que, en cierto sentido, Kant restaura para solucionar las aporías que las tesis de Hume representaban. Por eso Correas reivindica a Hume y rechaza a Kant, pero sin notar que, precisamente por tratarse de una simple “inversión” de aquel esquema metafísico tradicional, Hume también permanece preso de la metafísica, sin superarla. Tanto Kant como Hume son expresiones de la metafísica moderna de la subjetividad inaugurada por Descartes, donde el hombre no es pensado “en el mundo”, sino “ante el mundo”, como un espectador ante las imágenes.

Pero en términos de una dialéctica de la historia del pensamiento, será recién después de que el idealismo alemán, inaugurado por Kant, llegue con Hegel a su máxima expresión metafísica, cuándo será posible una nueva “inversión”, ahora materialista, práctica e historicista, de la herencia filosófica occidental, dando origen a la “crítica” sociológica del siglo XIX.

Correas no ve la importancia de Kant y del idealismo filosófico como tránsito dialéctico al criticismo sociológico del siglo XIX. ¿Por qué un pensador que se dice marxista no ve (o no quiere ver) toda esa dialéctica histórica? Simplemente porque, ya lo he dicho, Correas no es realmente un pensador marxista. Es en verdad un libre pensador

que toma conceptos e ideas de otros pensadores para elaborar su propio pensamiento no dogmático, libre incluso de los esquemas dialécticos marxistas de interpretación histórica. Y esto es lo mismo que han hecho siempre los pensadores anarquistas, desde los contemporáneos a Marx hasta los actuales.

## VII

Entonces, no parece haber en Correas una filosofía marxista de la historia ni un modo dialéctico de pensamiento. Lo que Correas toma de Marx es su sociologismo, su crítica de las “ideologías” y su análisis de la sociedad capitalista (aspectos que también siempre hemos rescatado los anarquistas, siendo que Proudhon y Bakunin contribuyeron no menos que Marx a la profundización de esas tendencias de pensamiento “crítico”).

La “crítica” de la economía política y de la filosofía hegeliana del derecho es ahora, en Marx, el estudio científico de sus condiciones históricas y sociales de posibilidad. Es decir, en Marx parecen coexistir dos tesis difíciles de compatibilizar: 1) que la historia tiene un sentido, o sea, un significado suprahistórico; 2) que los sentidos (es decir, todo discurso, toda significación) tienen su historia.

Mientras que la *vulgata* marxista ha tomado en general el dogmatismo de la primera tesis, Correas en realidad toma de Marx, más que nada, la segunda tesis, base real de todo programa crítico filosófico serio. Porque “crítica”, en el sentido sociologizante del siglo XIX (o sea, post-kantiano), es precisamente eso: mostrar las condiciones sociales epocales que determinan la producción de ciertos discursos; y es en este sentido que “criticar” no significa volver a la confusión de hechos y valores, sino profundizar el proceso de explicación científica, haciendo objeto de análisis científico (histórico y sociológico) a las mismas teorías científicas particulares. En otras palabras, la crítica es “sociología del conocimiento”, o como prefiere decir Correas con lenguaje más actual: análisis sociológico y semiológico de los discur-

sos hegemónicos. Sólo así, la crítica puede constituirse como expli-cación emancipadora; sólo así el filósofo puede no sólo explicar el mundo sino contribuir a transformarlo.

## VIII

¿Qué toma Correas de Kelsen? La riqueza de la obra de Kelsen es mucha; pero creo que podemos diferenciar tres aspectos de su obra:

1. El objetivo de constituir una ciencia del derecho libre de ideología; 2. la esencial asimilación de Estado y derecho y la caracterización científica de éste (o sea, liberada de “ideolo-gía”) como orden coactivo, restrictivo; y 3. toda la inmensa cantidad de tesis particulares y específicas de Kelsen sobre el ordenamiento jurídico (v.gr. monismo entre derecho interna-cional y nacional, norma hipotética fundante, redefinición de los conceptos tradicionales de la teoría del derecho, problema de las lagunas normativas, etcétera).

El primer aspecto es compartido por Kelsen y los neokantianos positivistas lógicos del Círculo de Viena. Pero Correas rechaza a Kant; y no sólo eso, sino que se empeña en mostrar que Kelsen debe más a Hume que a Kant (punto que no voy a discutir ahora).

El tercer aspecto es el ámbito en que se han sumergido casi todos los juristas que se denominan “kelsenianos” o “positivistas jurí-dicos”, dando nacimiento a una triste y aburrida escolástica jurídica, al servicio, consciente o inconsciente, del *statu quo* social y político. Es a estos grupos, en tanto legitimadores conscientes o inconscien-tes de las relaciones reales de poder, a los que la crítica de Correas denunciará incansablemente. Pues Correas, así como no es marxista en el sentido de la vulgata marxista, tampoco es kelseniano en el sentido de la vulgata kelseniana. Insisto en esto: el pensamiento de Correas no es un pensamiento de rebaños, y por esto mismo, es el pensamiento de un libertario.

Es el aspecto 2. de la obra de Kelsen lo que Correas recoge del jurista austriaco; es decir, el aspecto desmitificador de la teoría pura del derecho. Kelsen ha mostrado que el rey está desnudo, que despojado de sus ropas ideológicas, el Estado no es otra cosa que fuerza uniformadora y centralizadora. Pero Kelsen, en tanto jurista, debe desentenderse del “por qué” del contenido de las normas positivas: una ciencia pura del derecho sólo ha de conocer su contenido y sus relaciones lógicas, pero no sus “fuentes materiales”, tema ajeno a una ciencia pura del derecho. Correas, en cambio, formula acertadamente la pregunta crítica: “¿por qué el derecho dice eso que dice y no otra cosa”? Pero es kelseniano en el sentido de que sabe que las respuestas no las puede proveer la misma ciencia del derecho, sino otras disciplinas. Por ello insiste en que la crítica jurídica es sociología y semiología de los discursos jurídicos. Es decir, crítica, una vez más, no es el precientífico recurso a los subjetivos juicios de valor de los discursos místico-trascendentales, sino radicalización de la observación científica para desenmascarar el sentido ideológico del discurso jurídico y sus efectos políticos reales. Crítica es explicación sociológica y semiológica de los discursos jurídicos, incluidos ahora los de los propios “juristas científicos puros”. Crítica es una vuelta más de tuerca de la explicación científica; es re-preguntar por el “por qué” de un “porque”.

## IX

Esto nos lleva al punto más problemático del pensamiento de Correas: su repudio de la razón filosófica occidental. Digo que es problemático, porque Correas no escribe textos místicos, ni mitológicos. Tampoco escribe poesía ni teatro (géneros literarios que el *logos* griego-occidental colonizó o marginó, desde Platón en adelante). Ni siquiera escribe en aforismos y alegorías, como lo hizo ese enemigo de la tradición filosófica occidental, más implacable aún que Correas, que fue Nietzsche (quien tampoco, al igual que Correas, es ajeno a esa misma tradición de pensamiento que pretende aniquilar). Oscar Correas escribe textos *teoréticos*, es decir, *argumentados*, es decir, *filosóficos*. Correas, como

sus fuentes —Hume, Marx, Kelsen— es un claro exponente del *logos* occidental, inaugurado por aquel pequeño pero grandioso pueblo provinciano que fueron los griegos. Pero esta afirmación requiere de algunas aclaraciones: ¿qué fue y qué es ese *logos* que Correas ejercita al mismo tiempo que critica?

Por momentos, Correas identifica a ese *logos* griego con la idea de un “orden universal”, que a su vez puede ser “conocido” y “dicho”. Acá se recogen tres de las acepciones principales de aquella palabra ática. Pero la verdad es que la palabra no es sinónima de la *ratio* latina, como sostiene Correas, sino que incluye una lista de significaciones mucho más amplia que esta última. Su significado más primigenio es “lenguaje”, “palabra” o “discurso”. Y cuando se dice que Aristóteles define al hombre como “animal racional” se está cayendo en un simple error de traducción; sería más apropiado traducir su definición como “animal lingüístico”. Entre las características principales del lenguaje, del *logos*, se encuentra su carácter interrogativo, inquisitivo, es decir, “cuestionador”. Ejercitar el *logos* es cuestionar, indagar. Y cuestionar ya-siempre es “criticar”, es poner en duda, es reclamar una explicación. Y es acá donde aparece una sutil pero profunda diferencia interna al *logos* griego-occidental: *logos* es la pregunta cuestionadora que reclama una explicación; pero también *logos* es (o pretende ser) cada respuesta dada; la que a su vez queda siempre expuesta a un nuevo cuestionamiento. Es decir, el *logos* griego es dialéctico: pregunta-respuesta-pregunta-respuesta. El pensamiento a-crítico piensa ingenua y unilateralmente que sin preguntas no hay respuestas, pero también es cierto, y mucho más importante, que sin respuestas no puede haber nuevas preguntas. Y esto es lo característico de la tradición greco-occidental del pensamiento.

Se cuenta que un occidental, pongamos por caso un francés, descorazonado por no hallar respuesta satisfactoria al misterio de la existencia, después de volcarse al estudio de las más diversas escuelas filosóficas, científicas y religiosas, decidió emprender un viaje plagado de peligros hasta la India. Allí buscó a un sabio oriental, venerado por su profunda iluminación mística, para preguntarle: “¿qué es la vida”. Cuenta la historia que el sabio, después de concentrarse unos largos

segundos, le respondió con tono solemne y asertórico: “hijo, la vida fluye”. El occidental, inocentemente, repreguntó: “¿la vida fluye?” A lo que el sabio, ya sin solemnidad y lleno de dudas, respondió: “¿qué? ¿no fluye?”

Oscar Correas es ese tipo de occidental (y por qué no, griego todavía), cuestionador, en la profunda duplicidad que ese término encierra en español: interrogador y demoledor de certezas absolutas. Y es en este sentido que Correas ejercita el *logos*. La importancia nunca está en las respuestas, sino en el retorno perenne de la pregunta cuestionadora. Eso también es la filosofía occidental; eso es lo que Correas admira en hombres como Hume, Marx y Kelsen; eso es lo que los pensadores anarquistas, libertarios y cuestionadotes, hicieron y siguen haciendo, sin atarse a dogmas ni escuelas iniciáticas. Este Correas, occidental y libertario, siempre cuestionador, es “el otro Correas” que yo quise mostrarles (aun a riesgo de que él mismo no quiera reconocerse en mi pintura).

## Carta homenaje a Oscar Correas. (Letter tribute to Oscar Correas)

Querido Oscar,

Un compromiso en una Universidad de Santiago y el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo que va a celebrarse en la capital chilena, me impiden estar con ustedes para participar *en vivo* en el homenaje que tus discípulos decidieron —y con toda razón— rendirte en ocasión de esta nueva manifestación de aquella corriente Crítica Jurídica que sigues animando con entusiasmo y éxito desde tantos años. Si lamento no haber podido estar presente esta noche, es porque tenemos, tú y yo, nexos especiales y antiguos.

En primer lugar, porque los dos nacimos casi simultáneamente (¡tres semanas no es nada a esta altura de nuestras vidas!); tú, en la argentina y bastante burguesa Córdoba y yo, en aquella ciudad francesa, esencialmente minera y obrera (en aquel tiempo) llamada Saint-Etienne (San Stefano) y que, increíblemente, ibas a conocer algunas décadas después. Nos conocimos, lo recuerdo muy bien, un día de abril —el domingo 5 de abril— del año 1981 en Río de Janeiro. En Ipanema, más preciso ¿en el *lobby* de un entonces modesto hotel Ipanema Inn, en la playa, en un restaurante italiano de la rúa Barão Da Torre?, eso no lo recuerdo exactamente. Por supuesto, fue una *garota* (porteña más que carioca, sin embargo) que nos presentó. El motivo de aquella coincidencia en Río fue la celebración en la PUC-RJ de un encuentro organizado por la ALMED, Asociação Latinoamericana de Metodología do Ensino do Direito, animada por nuestro fallecido amigo Luis Alberto Warat, Tercio Sampaio Ferraz Jr., Joaquim Falcão y algunos otros. Desde México había llegado una repleta delegación. De Francia, habíamos venido Michel Miaille y yo (entonces invitado a presenciar el evento por el elenco de *juslaboralistas* de la UAM-Azcapotzalco, intelectualmente liderado por tu compatriota Graciela Bensusán). Fue cuando nació nuestra amistad.

El año siguiente, y en ocasión de otro congreso convocado por la ALMED (en el Colegio de México), Michel y yo, en cuanto representantes del movimiento francés *Critique du droit* —que habíamos fundado a finales de los 70 con algunos otros jóvenes profesores universitarios de nuestro país— fuimos a visitarte a Puebla y tuvimos contigo un pequeño seminario en la UAP. En aquella época estabas luchando en dicha Universidad para crear un espacio para un enfoque *desviante* y comenzaste a poner en pie la revista —tu revista— *Crítica Jurídica* (si recuerdo bien, te di un estudio sobre el tema de la efectividad del derecho para uno de los primeros números).

Te atreviste a reunir algunos textos nuestros para publicarlos en un volumen titulado *La crítica jurídica en Francia*. En aquella época empezaste a “cruzar el charco” para visitarnos en Francia e ir a España, Italia, etc. Tuvimos, con mi familia, el placer de acogerte algunas veces en nuestra casa de los alrededores de la ciudad de Lyon, que solías llamar “château Jeammaud” porque allí tomábamos algo de vino (tinto), ¡con queso por supuesto! Y para mis hijos te convertiste en una manera de “tío de Américas”.

Pero tu histórica relación con Francia la anudaste en octubre de 1987 cuando, tras un rico seminario en Puebla —con el fallecido Rector Jorge Wroblewski, Vincenzo Ferrari, Carlos Cárcova, en una impactante noche con tu grupo poblano de Caminantes— volviste conmigo para una estancia de tres meses en Saint-Etienne, con el proyecto de elaborar tu tesis doctoral para graduarte de doctor en las Universidades de este viejo país. ¡Atrevida apuesta!, que no dejó de impresionar a los compañeros del grupo de la Universidad de Saint-Etienne recién constituido como *Centre de recherches critiques sur le droit* (CERC RID: el único centro de investigaciones nacido en el ámbito de *Critique du droit* que, dicho sea de paso, siga hoy día en pie y activo...) y todos los colegas que pasaban por ahí.

Lograste una hazaña (!) que, lo confieso, hasta la fecha no deja de asombrar e impresionarme por el esfuerzo que significó, no sólo en el plano intelectual —nadie dudó nunca que el doctorante Correas, con su formación, su cultura, su experiencia y la bibliografía que ya podía ostentar, tenía la capacidad de ofrecer una exposición genuina y co-

herente de casi 500 páginas— sino también por el dominio del idioma francés, por escrito, sobre todo. Inolvidable momento fue, para todos los presentes, aquel día lluvioso de junio de 1992 en que tuviste que defender tu obra *La critique du droit comme analyse de discours*. Con un jurado que yo tuve el encargo y el honor de presidir en cuanto asesor de la tesis. Aunque ¡nunca me tocó dirigir (así decimos nosotros) tal tesista, ya que, por saber más que su director, se orientaba y dirigía por sí solo, y tan lejos!

Un tribunal que integraban Michel Miaille, André-Jean Arnaud y dos estrellas de nuestro CERC RID: Marie-Claire Rivier y Evelyne Serverin. Inolvidable tarde por el espectáculo de aquellos juristas críticos disfrazados de “mandarinos” tradicionales de las facultades de derecho francesas, con sus togas rojas, o de *lord* inglés en el caso de André-Jean que nunca habíamos visto con tan elegante traje y corbata.

Pero, inolvidable, sobre todo, por la defensa y discusión que ofreció el candidato, con tenacidad y precisión a la vez. ¡Tesis laureada como sobresaliente según decidieron sus jueces sin vacilar ni un rato! Así, te graduaste de “Doctor francés” y eres un Doctor con tesis, lo que no siempre es un pleonasmo.

Importante, científicamente, fue esa labor de tesis, porque, según me parece, esa obra constituyó como la matriz de investigaciones, reflexiones y algunas publicaciones ulteriores (de sociología o teoría del derecho) tuyas. 1992 fue un gran año para ti en el campo científico, ya que en el mes de julio se celebró en la UNAM un congreso de sociología del derecho que habías organizado con algunos colegas de aquí y que resultó exitoso a nivel intelectual, y de mayor interés.

Desde entonces, no volvimos a vernos tantas veces. Quizás porque la crítica del derecho, tal y como la concebíamos cuando nosotros fundamos *Critique du droit*, no podía seguir como mi mayor preocupación en cuanto investigador sobre el derecho y docente. Lo que no significa, obviamente, un rechazo de los análisis entonces desarrollados (tengo de vez en cuando la oportunidad de recordar o sostenerlos nuevamente). Digamos que se alejaron un poco nuestros rumbos por mi intensa dedicación al estudio del derecho del trabajo, a la

## CARTA HOMENAJE A OSCAR CORREAS

escritura de obras didácticas sobre la materia y porque me apetece una práctica de la teoría del derecho de corte más analítico. Pese eso, compartimos brevemente una sesión del encuentro latinoamericano de Crítica Jurídica que organizaste aquí mismo en octubre o noviembre de 2004, y tratamos, con nuestro querido Eros Grau, de atraerte en un discreto seminario de “viejos críticos” llevado a cabo en aquel encantador lugar de Tiradentes. Desgraciadamente, no pudiste acudir. Ojalá tengamos otra oportunidad de reanudar los intercambios de fondo sobre la discusión, acerca del vino y del queso inclusive.

En la espera de tal grata oportunidad, quisiera decirte, y decir a todos aquellos que estén escuchando estas palabras, la admiración fraternal que me inspira tu dedicación a una línea de investigación sumamente exigente, tu profusa y exitosa producción editorial y la contribución que llevó y sigue llevando a la formación de investigadores en todo el espacio latinoamericano.

Con un gran abrazo y ¡hasta siempre!

Margès (Francia), 18 de septiembre de 2012  
ANTOINE JEAMMAUD

---

---

## Poemas

---

### Vándalo

Golpea y sonríe  
Golpea y va a casa  
Golpea y saluda con manos ensangrentadas  
Golpea y besa chorreando espuma rabiosa  
Golpea y duerme con tranquilidad represora  
Golpea y es la ley

Golpea y acumula  
Golpea y cosifica  
Golpea y mata  
Golpea y es desarrollo  
Golpea y es progreso  
Golpea y es vándalo  
Es vándalo y hace leyes

Golpean y disfrutan  
Golpean y torturan  
Pasan personas por cosas  
Y defienden cosas como personas  
Golpea e impone rejas  
Golpea y define libertad  
Golpea y el preso es siempre el otro  
Golpea y odia  
Golpea y define el amor  
Golpea y enajena

**Preso**

Está preso y no lo sabe (o quizá sí)  
Está preso y le gusta  
Piensa que no sufre violencia  
Pero la violencia lo posee  
Y la violencia lo atraviesa  
Posee su sonrisa ensangrentada  
Posee su mirada de vidrio protector  
Atraviesa su pecho cubierto  
De la protección de la represión  
El granadero se piensa dueño de la violencia  
Pero el instrumento servil de la mercancía  
Que lo vuelve cosa y lo utiliza  
Como quien posee lo que desprecia  
Está preso y se presenta como cosa  
Está preso y le gusta  
Saborea lo amargo como dulce  
Piensa la libertad como peligro  
Y la justicia como represión  
Está preso y le gusta  
Está preso y no comprende libertad  
Está preso sin prisión  
Está preso y sin embargo  
Son otros quienes sufren tortura y encierro  
Está preso y reprime  
Reprime y la injusticia es justicia

DANIEL SANDOVAL CERVANTES  
Facultad de Ciencias Políticas y Sociales  
Universidad Nacional Autónoma de México

**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 simple. 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 arábiga 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.