

CRÍTICA JURÍDICA pertenece a CRÍTICA JURÍDICA A.C., sociedad civil sin fines lucrativos constituida de acuerdo con la legislación mexicana. A partir del No. 25 es publicada en Ciudad Universitaria, Distrito Federal, México, representando un órgano científico oficial de Crítica Jurídica A. C. (México), Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM-México), Facultades Integradas do Brasil –UniBrasil, Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos (FIDH-Epaña), Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires (UNBA-Argentina) y la Facultades do Centro do Paraná –UCP, Pitanga-Paraná Brasil.

Todos los artículos son sometidos a la revisión de miembros del Consejo Editorial y del Consejo Internacional 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 trabajos está autorizada por CRÍTICA JURÍDICA si es confirmada por los autores.

Complexo de Ensino Superior do Brasil

Directores:

Dr. Clèmerson Merlin Clève

Dr. Wilson Ramos Filho

FACULTADES INTEGRADAS DO BRASIL –UniBrasil.

Director Geral: Dr, Sérgio Ferraz de Lima

Director Académico: Dr. Lodérico Culpí

Coordenação Curso de Direito: Paulo Ricardo Schier

Coordenação de Publicações Académicas: Msc Carol Proner

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

Directora:

Dra. Norma Blazquez Graf

FUNDACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Presidente:

Dr. Joaquín Herrera Flores

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

Directora:

Dra. Mary Beloff

Primera impresión de esta edición: 2007

**Crítica Jurídica A.C.
Latoners 105
Colonia Trabajadores del Hierro
02650, Azcapotzalco, México D. F.
Tel: 55-29-08-24-69
Correo electrónico: critica_juridica@yahoo.com**

**Distribuidor en México:
Crítica Jurídica A.C.
Latoners 105
Colonia Trabajadores del Hierro
02650, Azcapotzalco, México D. F.
Tel: 55-29-08-24-69
Correo electrónico: critica_juridica@yahoo.com**

ISSN 0188-3968

Director:

Óscar Correas

Secretaria Gral.

Carol Proner

Consejo Editorial

Clèmerson Merlin Clève

Daniel Cazés

David Sánchez Rubio

Edmundo Lima de Arruda Jr.

Eros Roberto Grau

Fernando Tenorio Tagle

Héctor Cuadra

Joaquín Herrera Flores

Jorge Witker

José Rolando Emilio Ordóñez

Rogério Viola Coelho

Wiison Ramos Filho

Consejo de Asesores

Adolfo Sánchez Pereira (México)

Antoine Jeammaud (Francia)

Antonio Azuela (México)

Arturo Berumen Campos (México)

Augusto Sánchez Sandoval (México)

Boaventura de Souza Santos (Portugal)

Carlos Cárcova (Buenos Aires)

Carlos Herrera (Francia)

Carlos Rivera Lugo (Puerto Rico)

Celio Horst Waldruff (Brasil)

Graciela Bensusan (México)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Brasil)

Jesús Antonio de la Torre Rangel (México)

Jorge Luis Ibarra Mendívil (México)

José Ignacio Lacasta Zabalza (España)

Juan-Ramón Capella (España)

Luiz Edson Fachin (Brasil)

Manuel Jacques Parraguez (Chile)

Marco Navas Alvear (Ecuador)

María Eugenia Padua (México)

Paulo Ricardo Schier (Brasil)
Peter Fitzpatrick (Inglaterra)
Regina Macedo Ferrari (Brasil)
Roberto Bergalli (España)
Roque Carrión Wam (Venezuela)
Víctor Moncayo (Colombia)

Secretaría de Redacción

Carmen Sofía Hernández González (México, UNAM)
Humberto Rosas Vargas (México, UNAM)
María Elena Hernández González (México, UNAM)
Pablo Perel (Argentina, UNBA)
Rodrigo Quezada Goncen (México, UNAM)

ÍNDICE

Índice.....9
Carta del Director.....11
Carta de la Secretaría de Redacción.....13

ARTÍCULOS

Los derechos humanos: entre la historia y el mito II.....17
Óscar Correas

La redeterminación como gramática del espíritu absoluto....35
Arturo Berumen Campos

La conversación de la humanidad: la crítica universalista del pluralismo jurídico.....59
Richard Mohr

El discurso y el poder (Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica).....77
Boaventura de Sousa Santos

Cultura de la jurisdicción y uso jurídico de la memoria.....99
Roberto Bergalli

El anarquismo ante la propiedad.....115
Aníbal D'Auria

El pasado presente del pluralismo político.....125
Carlos Mallorquín

Direitos fundamentais: regime jurídico das restrições.....155
Marcos Rogério Palmeira

No que ainda somos crentes.....177
Ángela Couto Machado Fonseca

El derecho moderno: el derecho manufacturado.....201
Daniel Sandoval Cervantes

El espíritu científico y la pregunta por el estado.....217
Laura Cristina Prieto

ANÁLISIS

Legislación y derechos de los trabajadores.....241
Florencia Correas Vázquez

La familia desnuda.....251
Verónica Spaventa

ENTREVISTAS

Entrevista a Juan de Dios Hernández Monge.....263

RESEÑAS

Direito, estado y democracia.....271
Carmen Sofía Hernández González

CARTA DEL DIRECTOR

Estimados amigos. Escribo estas líneas, por una parte con la alegría de presentar un número más de Crítica Jurídica, a prácticamente veinticinco años de su primera aparición. Estamos, en este respecto, en un buen momento. El entusiasmo del grupo de amigos que ha realizado este número de manera artesanal, y el siempre presente apoyo de la Secretaría General en UNIBRASIL —Curitiba, Brasil—, nos permite aparecer nuevamente, y continuar con nuestra circulación continental.

Pero también escribo estas líneas con el ánimo desasosegado por ciertas señales ominosas en Nuestramérica. Me refiero al cerco puesto por las oligarquías y el imperialismo a los ensayos de nuevo constitucionalismo que vemos esperanzadamente en Venezuela, Bolivia y Ecuador. En efecto, es obvio el intento: agredir a los pueblos que apoyan estos procesos que como viento fresco nos han reanimado, luego de tantas batallas perdidas. Desde luego, las baterías se dirigen contra Cuba. Pero eso es ya “normal”. Ya hasta casi nos acostumbramos. E inclusive damos por hecho que Cuba triunfará como lo ha hecho hasta ahora. Y a veces nos olvidamos de recordar que la agresión continúa después de más de cuarenta años.

Ahora tenemos, respecto de estos procesos de nuevo constitucionalismo, las evidencias de lo que están preparando los bandidos internos y externos. Escribo estas líneas pocas semanas después de la agresión del gobierno colombiano a su vecino Ecuador. A pocos días de una incursión del ejército colombiano en territorio venezolano, al mismo tiempo que un avión “perdido en la neblina” —dijo un lenguaraz imperial—, violó el espacio aéreo de ese país. Es obvio la búsqueda de la división del ejército venezolano: dos segundos después de que tal crimen se cometiera, Colombia invadiría, la oligarquía buscaría la rebelión “popular”, y el imperio y sus acólitos europeos reconocerían un nuevo gobierno. El resultado sería, para el pueblo, otra cuota de sangre.

Al sur, el gobierno de Evo Morales fue cercado de manera que tuvo que recurrir a un *referéndum* para relegitimar un gobierno obviamente popular. La oligarquía cruceña cuenta con un aliado previsible: el embajador norteamericano, lo cual ha sido ya denunciado por el propio presidente. El intento es obvio: dividir al ejército boliviano, generar una guerra civil, e independizar las zonas *quasi* ricas del país, para dejar en la intemperie a las zonas indígenas y pobres. El camino está preparado desde casi el día siguiente a la asunción del poder por Evo Morales: al llegar a la casa de gobierno, se enteró de que “alguien” había “devuelto” al imperio, aviones imprescindibles para la defensa del país. Al mismo tiempo, o poco después, Paraguay permitió la instalación de una base imperial, a poca distancia de Bolivia, en el corazón de América del sur.

En tanto, Ecuador es materia de olvido por los países comandados por el imperio desde la OEA: ninguna reacción sería en contra del gobierno colombiano. Que, por su parte, sigue encontrando “archivos” en una computadora mágica, de esas que todo guerrillero tiene para poner en los contactos eléctricos

existentes en la selva amazónica, y para señalar su posición al enemigo; de éstas que tienen un disco duro donde los comandantes escriben sus estrategias y tácticas para que sean encontradas y analizados por la Interpol. Y, claro, computadoras comentadas cotidianamente por la “prensa” internacional.

Señales ominosas. Una claridad opacada. Frente a lo cual sólo queda la organización y la movilización de las fuerzas populares. Crítica Jurídica se une a las preocupaciones que no pueden dejar de surcar Nuestramérica. E invita a los amigos juristas, los jóvenes principalmente, a participar desde este pequeño puesto en los tiempos que se avecinan.

Agradecido, un saludo afectuoso.

México, últimos días de mayo de 2008.

CARTA DE LA SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Estas líneas surgen con el entusiasmo inherente a todo presagio. Si, como indica la necia etimología, estamos poseídos por un *daimon*, digamos que su signo se encuentra caracterizado por el asombro y la avidez inexorables que suceden a toda búsqueda. Hace prácticamente veinticinco años se publicó el primer número de nuestra revista y este hecho marcó un cisma en la literatura jurídica contemporánea. La irrupción de Crítica Jurídica vino a cuestionar los presupuestos y las verdades de los discursos que, consuetudinariamente, se alojaban en la teoría y en la práctica jurídicas. Esta génesis, violenta y dolorosa —y que por lo demás, no pudo ser de otro modo—, le ha ganado el estatuto de referente obligado en el panorama actual de las discusiones sobre Derecho, Política y Filosofía, distinción que ejerce por derecho propio y jubilosamente con las complicidades y rivalidades correspondientes.

Reflexionamos también sobre una significativa paradoja cuyos alcances haríamos mal en desdeñar: tras un período de más de dos décadas, el contexto político latinoamericano sigue mostrando señales de endurecimiento e intolerancia hacia posiciones críticas y renovadoras del entorno social, sólo que ahora estas posturas se disfrazan de iniciativas populares —como en el caso de Bolivia. La confrontación actual se ha trasladado, digamos, del medio discursivo a las prácticas sociales. Lo que se debate con ahínco y persistencia es sí, el proceso de formación de ciertos saberes, pero sobre todo, su uso estratégico y su instrumentación en la arena política.

En este sentido, Crítica Jurídica se consolida diariamente como un espacio que alberga y difunde aquel pensamiento que se opone de la manera más explícita a la unicidad del discurso. La actividad incansable de nuestro director, Óscar Correas, ha conseguido que las nuevas generaciones de juristas se cuestionen sobre la legitimidad de esta forma de entender el derecho. Desde la cátedra y la investigación, el fundador de nuestra revista obtiene el arsenal teórico que muestra a los jóvenes abogados las múltiples y flagrantes contradicciones de ese saber excluyente y fragmentario que se impone y se enseña como la única mirada jurídica posible. Esta labor titánica se enriquece, además, con la convicción de ejercer la herencia de una vieja pero sabia tradición, a saber: que la vacuidad de los conceptos es el mayor de los artificios políticos.

Las enseñanzas de esta odisea son numerosas, pero entre todas ellas destaca la hermosa y radical insistencia por colocar a la alteridad como el centro de la reflexión: ese otro mundo que ya es posible, esa otra mirada que se asoma y revierte el orden de las cosas, ese pensar crítico muy otro que desafía la soberbia y la arrogancia del monismo más abyecto.

Hoy, a veinticinco años de distancia, los recursos de los portavoces de este mensaje, no son ya la impaciencia ni la desesperación, tampoco la fugacidad del instante. Muy por el contrario, detrás de cada heraldo se vislumbra el recuerdo de muchos pasajes de una memoria que había permanecido aletargada. Y aquí la convicción es más firme todavía: a cada página dolorosa de nuestra

historia, a cada distracción o yerro en que se incurra, corresponderá la entusiasta búsqueda y la renovación de las formas para ejercer nuestra rebelde predilección por la crítica.

México, mayo de 2008.

ARTÍCULOS

LOS DERECHOS HUMANOS: ENTRE LA HISTORIA Y EL MITO. II¹ÓSCAR CORREAS²

Resumen: Los derechos humanos, son derechos subjetivos, que en su mayoría no pueden ser exigibles a ningún funcionario por ser parte de un metalenguaje jurídico, que los considera como aspiraciones, por tanto los derechos humanos son una estrategia lingüística para ejercer el poder por parte de los capitalistas, convirtiendo así a los capitalistas en el centro y a los ciudadanos en individuos. Sin embargo, los derechos humanos son subversivos en sí mismos, primero para la clase burguesa que se alzó con el feudalismo y ahora en manos de la clase proletaria. Por tanto este mito que fue creado para la toma del poder, es hoy en día un arma para la lucha de clases.

Resumo: Os direitos humanos, são direitos subjetivos, que na sua maioria não podem ser exigíveis a nenhum funcionário por ser parte de uma metalinguagem jurídico, que os considera como aspirações, portanto os direitos humanos são uma estratégia lingüística para exercer o poder por parte dos capitalistas, convirtiendo así aos capitalistas no centro e aos cidadãos em indivíduos. Entanto, os direitos humanos são subversivos em se mesmos, primeiro para a classe burguesa que se alçou com o feudalismo e agora em maos da classe proletária. Portanto este mito que foi criado para a tomada do poder, é hoje em dia um arma para a luta de classes.

Abstract: The human right, is subjective right, that in their majority cannot in center be indispensable to any civil servant for being it leaves from a legal metalanguage, considers that them like aspirations, therefore the human rights are a linguistic strategy to have the power on the part of the capitalists, thus turning to the capitalists and the citizens in individuals. Nevertheless, the human rights are subversive in themselves, first for the class bourgeois who raised itself now with the feudalism and into the hands of the proletarian class. Therefore this myth that was created for the taking of the power, is nowadays a weapon for the fight of classes.

1. Del mito al Logos

La historia de Occidente ya conoce un proceso similar: del mito al *Logos*; un proceso de transformación del pensamiento. En la Grecia de comienzos de la filosofía, eso sucedió: el mundo mítico “se racionalizó” y los mitos dejaron de constituir el núcleo fuerte del pensamiento filosófico, aún cuando, por ejemplo Platón, los utilizara, precisamente por su valor pedagógico. Incluso, este fundador de la Razón³ se dio el lujo de crear varios, como el célebre de la caverna.

No obstante, hay que estar en guardia, pues en el paso al *Logos*, es decir, al racionalismo absoluto, este último terminó ocupando el lugar de *Zeus* casi sin disimulo. En efecto, y lo dice muy claramente Platón, la sabiduría se ad-

¹ Este artículo constituye la segunda parte de un trabajo iniciado con “Los derechos humanos. Entre la historia y el mito, I”, publicado en *Crítica Jurídica* núm. 25.

² Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM; correas@servidor.unam.mx. El presente trabajo fue preparado para un curso sobre Derechos Humanos de la Universidad de La Coruña, y me fue solicitado por la Dra. Ascensión Cambrón.

³ Usaré “Razón”, con mayúscula, para referirme al *Logos* griego, que también escribiré con mayúscula. Esto, no por alguna otra razón que por distinguir este uso de la palabra respecto de cualquier otro. Sobre los usos de “razón”, permítaseme remitirme a Oscar Correas, “Por los caminos de la razón” en *Revista de la Universidad de Granada*, Granada, núm. 6, 3º época, pp. 47-59.

quiere por la enseñanza, y el *Logos* se puede enseñar. El que comprende —“aprehende”— el *Logos*, dispone del conocimiento y el mando del universo. Y también *debe* gobernar. Y todo eso se enseña, y lo enseñan los filósofos. De modo que el *Logos*, por más etéreo e intelectual que sea, también es un mito que *justifica* el ejercicio del poder.⁴

El paso del mito de la naturaleza humana, a la comprensión histórica del paso del medioevo a la modernidad, no tiene por qué constituir un reemplazo del mito por la Historia.⁵ Esta última no tiene por qué convertirse en la justificación de ninguna dominación. Sin embargo, puede serlo. Sobran ejemplos de cómo la Historia ha construido mitos que tienen la función pedagógica de construir el dominio de un grupo en el poder. Piénsese en la mitología de los héroes patrios.⁶

Con este cuidado, podemos adentrarnos en la historia que conocemos para descubrir qué es lo verdaderamente sucedido con los derechos humanos, sin recurrir a los relatos que hemos visto en la primera parte. Por el contrario, estos relatos deben quedar *explicados* luego de la exploración histórica.

2. El derecho subjetivo

Es completamente inevitable, para hablar de los derechos humanos, pasar por un estudio del derecho subjetivo. Porque eso son los derechos humanos: derechos subjetivos.

2.1 Concepto

Sobre este tema se ha escrito ya. Y muchas veces enjundiosamente. Lo que se ha buscado es, finalmente, explicar qué queremos decir con la palabra “derechos” usada en sentido subjetivo.⁷ Sobre esto ha girado la polémica. Intentaremos intervenir en ella útilmente.

⁴ Sobre el derecho moderno y sus mitos, véase Peter Fitzpatrick, *La mitología del derecho moderno*, México, Siglo XXI, 1998.

⁵ En las palabras o expresiones que denotan tanto la ciencia como el objeto de la ciencia —Historia e historia, por ejemplo— utilizo mayúsculas para el nombre de la ciencia: el Derecho Civil estudia al derecho civil.

⁶ Sobre los mitos políticos modernos, Ernst Cassirer, *El mito del Estado*, México, FCE, 1992, la segunda parte, “La lucha contra el mito en la Historia de la Teoría Política”, pp. 64 y ss.

⁷ Puede verse un estudio, parcial, en Juan Cruz Parceró, *El concepto de derechos subjetivo*, México, Fontamara, 2002.

2.1.1 Derechos subjetivos, normas permisivas y aspiraciones humanas

Los juristas usan cotidianamente la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo. Aunque al primero lo nombran más comúnmente como simplemente *derecho* o *ley* o *leyes*. Con menos frecuencia usan la palabra “norma”, aunque esta última es la preferida por los teóricos del derecho. Como se sabe, es derecho objetivo el conjunto de las normas que los juristas, especialmente los jueces, consideran “válidas”. Esto es, que *usan* para “resolver” asuntos. Los juristas sólo hablan de, sólo se interesan por, el derecho objetivo válido. Pero no siempre son conscientes de que son ellos quienes dicen cuál es válido y cual no. En cambio, usan la expresión “derecho subjetivo” de manera completamente distinta. Es un caso más de polisemia, que no existe en inglés, idioma en el cual hay dos palabras distintas: *right* y *law*. La primera equivale a nuestro derecho subjetivo, y la segunda a nuestro derecho objetivo.

2.1.1.1. Los derechos como facultades

Los juristas suelen conformarse con definir a los derechos subjetivos como “facultades” otorgadas por el derecho objetivo. De modo que puede decirse, con sentido, que el “derecho acuerda derechos”.

Sobre la “naturaleza” del derecho subjetivo, se ha escrito mucho. Sin embargo, en la medida en que los derechos aparecen en esos enunciados que llamamos *normas*, pueden ser vistos como el *contenido* de algunas normas. O, dicho de otro modo, algunos textos jurídicos⁸ “otorgan” derechos. Pero ¿qué es lo que “se otorga” cuando se otorgan derechos? En primer lugar, ninguna cosa del mundo empírico. Es decir, la palabra “otorgar” no es la mejor para hablar de los derechos, sobre todo si se cede a la tentación de equipararla a “dar”, que es una que llama a la palabra “cosa”. Y los derechos no son cosas. Son enunciados. Y, simplemente, se trata de enunciados que, si algo “otorgan”, es *permiso* para actuar. Cuando alguien “tiene” un derecho, *puede actuar*, es decir, producir una conducta. Como veremos, esto no es más que un efecto de sentido, porque no se trata de permisos para muchas conductas, sino para una sola: presentarse ante una autoridad para pedir que esa autoridad haga algo. Lo que la autoridad debe hacer, es llamado con la palabra “obligación”. Lo cual, a su vez, quiere decir que si el funcionario no produce la conducta obligatoria, *debe* ser sancionado por un juez.

⁸ Es importante hacer la distinción entre textos y normas jurídicos. Estas últimas son el *resultado* de la interpretación de los primeros. Permítaseme remitirme a Oscar Correas, *Teoría del Derecho*, México, Fontamara, 2004.

2.1.1.2 Derechos otorgados y no otorgados

Por otra parte, los derechos subjetivos son los permisos *otorgados* y no los permisos a otorgar eventualmente. En términos jurídicos, no se puede decir que un ciudadano tiene derecho a que se le dé una casa, si no está eso *expresamente* en algún texto jurídico. Esto es así, aún cuando ese ciudadano, hablando de su perspectiva de tener una, diría que tiene “derecho” a la vivienda. Un abogado, si fuese consultado, y si no quiere mentir, le dirá que, por más que él crea tener el derecho a la vivienda, el derecho no le ha “otorgado” ese derecho. O sea, sería inútil recurrir a un juez para obtenerlo.

Pero vale una aclaración: los derechos “otorgados”, esto es, mencionados en una ley, pueden serlo de manera simplemente retórica. Como siempre se ha hecho notar, si la ley “otorga” derecho a la vivienda, pero, al mismo tiempo, no obliga a algún funcionario a proporcionársela, entonces, en verdad, no se tiene tal derecho, aún cuando esa ley lo diga. Un abogado debería decirle a su cliente que el derecho *parece* “otorgarle”, pero que en realidad no lo ha hecho. O sea, ningún juez sabría qué hacer para satisfacer al ciudadano que le pida la efectivización de su derecho: no podría invocar ningún texto jurídico que fundara una decisión de imponer a algún funcionario público la obligación, bajo pena de una sanción, de dar una casa al peticionario. Esto no quiere decir que el texto retórico sea ineficaz: por el contrario, puede serlo y en grado elevado. Piénsese en toda la gente que cree que, porque lo dice la ley, los funcionarios que las dictan están interesados en el bienestar de la población, y no en hacer negocios construyendo viviendas proletarias. Como se sabe, la ideología, la creencia, puede llevar a depositar votos a favor de quien se ostenta como “otorgador” de derechos que nunca ha tenido intención de conceder. Y si el derecho cumple la tarea de hacerle creer a la gente que tiene derecho, puede decirse que es completamente eficaz: tanto como sea el número de quienes lo creen.

Es decir, existen los derechos “otorgados” y efectivizables, y los derechos “otorgados” pero que no tienen la posibilidad de ser exigidos ante un funcionario. Por otra parte, en el lenguaje común, se habla de “derechos”, respecto de aspiraciones y deseos que no aparece en ningún texto jurídico, ni siquiera con peso retórico.

2.1.1.3 El ciudadano y el reconocimiento de los derechos

Dentro de los usos lingüísticos, está el de hablar de los derechos como “reconocidos” por el estado —o por el derecho. Lo que queda supuesto, es que primero existe el ciudadano y después el estado; y luego el estado dicta derecho, con el cual “reconoce” que ese ciudadano, aún antes de existir el estado e incluso el propio derecho, “tenía el derecho”. Obsérvese que se trata de una ideología, que se revelará completamente inocua si el asunto fuese a tribunales: ningún

juez reconocería un derecho que no consigue hacer “emanar” de una ley. Lo cual muestra que, en verdad, los derechos son *concedidos* y no “reconocidos”.

2.1.1.4 Las aspiraciones humanas como derechos

Pero uno de los puntos está en que, digan lo que dijeren los jueces, *los ciudadanos hablan de sus expectativas o aspiraciones como siendo “derechos”*. Y esto es lo que debe ser explicado: el uso de la palabra “derechos” en dos sentidos: para referir permisos concedidos por el derecho, y para referir aspiraciones de la población. El primer sentido es claro: se trata del uso, digamos “técnico” de la palabra, por parte de los juristas, cuando quieren hablar de las posibilidades que tiene un cliente de lograr que un funcionario actúe de cierta manera; por ejemplo, lograr que un juez acepte la demanda. En el segundo sentido, como término que refiere las aspiraciones de los hombres modernos, aún cuando el derecho nada haya dicho acerca de la cuestión, es lo que debe aclararse. ¿Cómo es que se llegó a hablar de esta manera?

2.1.2 Una estrategia discursiva

El derecho subjetivo es una estrategia lingüística. Una manera de usar el lenguaje. Mediante este giro lingüístico, “alguien” pretende ejercer el poder. Por eso es una estrategia: en el más prístino sentido militar de esta última palabra. Quien así ejerce el poder, está diciendo que, si, cualquier otro “alguien” tiene una queja contra un tercero, no puede dirigirse a este último, sino al primer “alguien”, al poderoso, quien se ocupará de desfacer el entuerto. Pero no qui-jotesicamente, porque aquel héroe actuaba sin ser llamado.

El primer “alguien” es el estado. Pero como el estado es una ficción, en realidad hay individuos de carne y hueso detrás de todo este asunto. El segundo “alguien” es todo hombre del pueblo —las mujeres accedieron a los derechos con varios siglos de retraso. Pero esto es posible únicamente allí donde el primer alguien ha acaparado, usurpado todo el poder de la sociedad. Lo cual ha conseguido porque tiene la fuerza suficiente puede obligar a todos a que se dirijan a él y a nadie más, cuando tienen conflictos. Y sólo si tiene esa fuerza, puede hacer que los hombres teman dirigirse al tercero: sabiendo que podrán ser castigados si toman la justicia en sus manos. El poderoso ya lo ha dicho: “que nadie se haga justicia por sí mismo; venid a mí que yo me ocuparé; todo será mejor así; no habrá desorden, ni las pasiones conducirán a venganzas que traen a otras, indefinidamente”.

El problema es que ese poderoso único, no existía. Y debe ser explicado. ¿Cómo, en un mundo donde no lo había, llegó a existir ese poderoso centralizador de todo el poder social?

Pero, tampoco se trata solamente de que de pronto aparezca un poderoso. También se trata de un poderoso que utiliza *esa* técnica lingüística, y no otra.

Una técnica que pone en manos, o en labios, del dominado, la iniciación de un proceso que será conducido por un oficial del poderoso.

2.1.3 El significado social del uso de la estrategia discursiva

La estrategia discursiva en la que consisten los derechos —subjetivos, como queda dicho— es una en virtud de la cual el poderoso se convierte en el centro, y los ciudadanos en individuos, despojados de todo vínculo político —esto es, de poder— respecto de sus compañeros de sociedad civil. El individuo ya no puede dirigirse a su compañero mercantil, esto es, a aquél con quien ha cambiado, a quien le ha vendido o prestado. Está absolutamente solo. Pero, eso sí, ligado a esa ficción llamada *estado*, quien se le aparece como un ser existente, que, a través del derecho que parece dictar, le dice lo que debe hacer. Y lo que debe hacer, es acudir al poderoso, para pedirle que se dirija a su compañero de sociedad civil, para que éste le cumpla sus obligaciones. Y si no las cumple, le debe pedir que lo sancione, por ejemplo quitándole sus propiedades hasta el monto necesario para pagar lo que debe, con más intereses, penalidades, y los costos del procedimiento. (Al principio de este nuevo mundo, era posible pedir el encarcelamiento del deudor, lo cual fue después derogado, porque a la sociedad mercantil no le interesa castigar penalmente a alguien por no pagar: está interesada en el pago de las deudas).

Ahora bien, como el poderoso está oculto detrás del estado, que a su vez es una ficción, quien tiene poder debe ofrecer una cara visible para poner en marcha el procedimiento de queja, con más la ejecución forzada de lo que se resuelva. De ahí que junto con los derechos aparecieran los tribunales como hoy los conocemos. Los jueces, son la cara visible del poder de quien se ve favorecido con la marcha de la sociedad mercantil. El poderoso, entonces, queda oculto bajo el manto de la justicia, que tan inútilmente preside los palacios judiciales.

Por otra parte, el poderoso *se legitima* organizando los tribunales. Pues en la sociedad mercantil, donde todos somos portadores de mercancías, aspiramos a que las obligaciones se paguen. De manera que la ineficacia de los tribunales es vista como injusticia, o denegación de justicia, o falta de acceso a ella, como se ha venido diciendo últimamente. La preocupación por que la justicia sea gratuita y ofrecida a todos por igual, y que además haga lo que debe hacer —que se cumplan las obligaciones—, es propio de una sociedad mercantil que requiere, cada día más, los efectos de sentido necesarios para convencer a la gente de las bondades del estado.

El principal de los derechos —en verdad, el único— es, entonces, el de peticionar; dirigirse a un funcionario para que éste haga algo *en nombre del estado*. (O del rey, como en algunos países atrasados que todavía mantienen a esos personajes, España *verbi gratia*). El derecho de petición, puede ofrecerse en una más o menos amplia gama de posibilidades. *Pero siempre es un permiso para dirigirse a un funcionario público*. El funcionario puede ser uno del poder

ejecutivo, uno del poder judicial, o incluso el parlamento en su conjunto, cuando a los ciudadanos se les permite exigir que los legisladores produzcan tales o cuales leyes, en procedimientos como el plebiscito.

Ahora bien; ¿quiere esto decir que en una sociedad mercantil, como la romana, los ciudadanos no actuaban igual, yendo a pedir a los jueces el cumplimiento de las obligaciones? Estamos viendo cómo los derechos son procedimientos discursivos propios de una sociedad mercantil. Pero la sociedad romana, y la griega, también lo eran, y no disponían de esa estrategia verbal.

Los ciudadanos romanos también se dirigían a los jueces. Y estos estaban obligados a proceder, y lo hacían en nombre del emperador. *Pero no lo hacían a través de este juego lingüístico*. Las funciones del poder mercantil, igualmente se cumplían. *Pero con el uso de otras formas discursivas*. Los romanos eran también obligados a pagar sus deudas. *Pero con otros ritos significativos*.⁹

Kelsen develó el misterio, con toda claridad. Sólo el derecho de la sociedad capitalista está escrito en clave de derechos subjetivos.

No es función del derecho subjetivo estatuir tales derechos subjetivos en sentido técnico, a diferencia de la función consistente en estatuir obligaciones jurídicas. Constituye una configuración posible, pero no necesaria del contenido del derecho objetivo; una configuración posible, pero no necesaria del contenido del derecho objetivo; una técnica particular de que puede servirse el derecho, pero que de ningún modo está obligado a hacerlo. Se trata de la técnica específica del orden jurídico capitalista, en cuanto éste garantiza la institución de la propiedad privada, atendiendo, por lo tanto, en forma muy especial al interés individual.¹⁰

Es decir, se trata solamente de una manera de hablar. Únicamente existe, dice, el derecho objetivo. Las normas. El derecho subjetivo no se requiere para nada en términos normativos. Si el código civil está escrito en clave de derechos, cualquiera podría reescribirlo en clave de obligaciones. Allí donde dice que alguien tiene derecho a dirigirse al juez, podría escribirse que el juez está obligado a aceptar la demanda. Por eso Kelsen dice que la Teoría Pura del Derecho “disuelve” esas dicotomías innecesarias, como la que existe entre derecho público y derecho privado, o entre derecho nacional e internacional, o entre derecho objetivo y derechos subjetivos. Dicotomías innecesarias para describir científicamente el derecho, las normas.

Entonces ¿por qué están allí estas innecesariedades? Kelsen contesta que esto ha sucedido porque el derecho de la sociedad capitalista está escrito sobre el molde proporcionado por la propiedad privada. Pero se podría escribir distinto, *sin ninguna pérdida de sentido normativo*. Es decir, sin que el fondo de la cuestión, la defensa de la sociedad mercantil, perdiera ni un gramo de eficacia. Por lo demás, agrega Kelsen, el único que está escrito así, es el derecho pri-

⁹ Véase Michel Villey, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

¹⁰ Véase Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 1969, pág. 148.

vado.¹¹ Pues el derecho administrativo no dispone de esta coartada lingüística. El derecho penal, tampoco. (Podría agregarse que el derecho procesal penal —también el contencioso administrativo—, sí dispone de este léxico, precisamente porque las llamadas garantías procesales fueron vistas desde el principio como la flor y nata de los derechos del hombre y del ciudadano).

En definitiva, el servicio que la estrategia lingüística de los derechos le proporciona a la sociedad mercantil, es completamente ideológico. Se trata de un cierto efecto de sentido, cuyo efecto es que el individuo mercantil se sienta reconocido y protegido. Se sienta *actor* no pasivo de esta ya larga historia de injusticias y crímenes. Y en el fondo, es verdad: el individuo mercantil, provisto de *derechos*, es el mejor censor del estado en que se encuentra la circulación mercantil. El poderoso, escondido detrás del estado, dispone de la mejor vigilancia que pedir se pueda: los propios ciudadanos vendrán a decirle quiénes son y dónde están los que interfieren en la buena marcha de los negocios. Pues en eso es en lo que consiste el no pago de las obligaciones: una interferencia, un *décalage*, un desajuste, que, si alcanza ciertas magnitudes, pone en riesgo el circuito completo.

La individualización, y, por tanto, el rompimiento de todo lazo social anterior; la aparición de los tribunales como actores mediadores, imparciales, impolutos —por encima de los avatares de la circulación mercantil; la desaparición del poderoso —de las clases favorecidas— detrás de la ficción llamada *estado*; el aparente protagonismo del ciudadano, que oculta su carácter de primer censor, son las nuevas relaciones y el efecto de sentido buscado y logrado con la estrategia lingüística en que consisten los derechos.

2.2 La historia de los derechos

¿La historia de qué es la historia de los derechos? Es la historia de cómo comenzó a usarse la expresión “derechos”, en un mundo en el que no existía tal expresión. Expresión cuyo significado social acabamos de explicar.

Si algo debe entenderse, es que antes de la modernidad, la palabra “derecho” no era usada en el sentido de normas permisivas, ni en el sentido de aspiraciones humanas. Más aún, esta palabra ni siquiera existía en el uso común. Se hablaba de la ley, *lex*. Esto puede verse en el pensamiento antiguo y medieval.

Es imposible mostrar que alguien no dijo algo. Es como probar hechos negativos en un juicio. Pero algo puede decirse. Por ejemplo, puede advertirse que Aristóteles, no sólo no tenía dos palabras para moral y derecho, sino que tampoco tenía una palabra para referir normas permisivas. En vano se encontrará en el mundo antiguo la idea de que la polis *debe* reconocer a los ciudadanos el derecho de solicitar algo a algún funcionario. En todo caso, se oirá hablar de la *obligación* de alguien, pero nunca del “derecho” del ciudadano.

¹¹ *Ibidem*, pág. 149.

La razón por la cual esto es así, es una que queda oculta. Porque la pregunta está mal planteada. No debe preguntarse por qué Aristóteles no disponía de palabras para decir eso, sino por qué nosotros *sí* las tenemos. Y las tenemos porque nuestra sociedad recorrió una historia mercantil que condujo, del léxico objetivista del derecho romano, al subjetivista del derecho civil europeo de la época de la burguesía.¹²

2.2.1 El final del medioevo

La idea del derecho subjetivo, apareció al final de la Edad Media. Éste era un mundo —europeo,¹³ no debe perderse de vista— repartido entre *suzeranos*. El poder estaba atomizado, a pesar de los intentos de unificación del imperio romano-germánico. Claro que cada poderoso controlaba férreamente su parcela de poder, y que “centralizaba” la producción y aplicación de la ley en su feudo. Pero es que su poder dependía del juego de poder con otros suzeranos. No existía la idea de *soberanía*, que precisamente, contra el mundo medieval, dice que el poder del poderoso no depende de nada ni de nadie.¹⁴

La clave de la comprensión de esto, está en las propias palabra; como siempre que se trata de ideología y poder. En francés, *suzerain* es, dicho en español, un señor feudal. *Suzerain* no ha pasado al español —aunque sí al portugués—, como tampoco la palabra *suzeranité*. Que es lo opuesto a *souveranité*, como *suzerain* es lo opuesto a *souverain*. Y ahora se comienza a comprender mejor en qué consiste la diferencia entre el poder del medioevo y el de la modernidad.

Suzeranos —permítase españolizar la palabra, para conservar la dicotomía de ésta con “soberano”— eran los poderosos¹⁵ regionales. Pero con la particularidad de que el suzerano de una región podía reconocer, por su parte, *suzeranía*, a otro más poderoso. Mientras que algún otro, menos poderoso, podría reconocerle *suzeranía* al primero. Las relaciones de poder, como se ve, podían ser muy complejas.

En algún momento, que deben precisar los historiadores,¹⁶ “alguien”, un suzerano seguramente, comenzó a ampliar su poder, a intentar quitarle su

¹² Todo esto queda explicado en la entera obra de Michel Villey, cuya traducción al español queda citada.

¹³ Sin embargo algunas historias de Japón parecen mostrar cierta similitud entre cierta etapa de esa historia, y la Europa anterior a la modernidad, que llamamos “feudal”. Tal vez sea el comienzo de una explicación de la buena fortuna que, tan lejos, llegó a tener el código de Napoleón.

¹⁴ Para una historia de este proceso, entre otros muchísimos libros, R. H. S. Crossman, *Biografía del Estado Moderno*, México, FCE, 1974, especialmente el capítulo II, “Los comienzos del estado moderno”, pp. 18 y ss.

¹⁵ Uso “poder” en el sentido estricto de “determinar la conducta o el pensamiento de otro”. Quien puede hacer que alguien haga o piense algo, tiene poder sobre este último. No digo, como Weber, “la posibilidad” de determinar a otro, sino el *hecho* de hacerlo. De modo que el poder no es un fenómeno jurídico, sino sociológico.

¹⁶ Véase Jaques Ellul, *Histoire des Institutions*, París, PUF, 1969, volumen IV, capítulos II y V.

poder a otros, y también comenzó a decir que era *souverain*, poseedor de la *souveranité*. Se trabó entonces una lucha ideológica acompañando el proceso de, ahora sí, *centralización del poder*. Fue una lucha larga y sangrienta, que fue perfilando los futuros estados modernos.¹⁷ Y puede notarse que fue Francia el país donde el proceso tuvo su forma “clásica”. Esto si se tiene en cuenta que aún en el siglo XXI algunos países todavía viven procesos de unificación o separación, como Inglaterra —que mantiene procesos de disgregación en Escocia e Irlanda—, Italia y España; sin hablar de procesos de independencia que se han dado en la Europa del este, como es el caso de la antigua Checoslovaquia. Nada se diga de la sangrienta historia moderna de Rusia y Yugoslavia.

En nuestros países latinoamericanos, si bien puede decirse que no hubo feudalismo —lo cual está para discutir—, sí, al menos, podemos decir que los procesos de centralización del poder fueron conducidos por los liberales en contra de los caudillos provinciales, verdaderos señores de horca y cuchillo, que se resistieron hasta mediados del siglo XIX. De estos procesos surgieron los actuales estados “soberanos”. Como se ve, la soberanía resulta de estos procesos de centralización, parejos a los procesos europeos.

2.2.2 El surgimiento de la burguesía

El panorama de la sociedad medieval, comenzó a transformarse por la aparición de una clase social con la que el mundo ha tenido que verse desde entonces: la *burguesía*. Como tan gráficamente lo dijo Marx, los comerciantes, como los judíos, sobrevivieron en los intersticios de la sociedad medieval. No es que aparecieran de la nada. Existían en los *burgos* o ciudades —aunque muchos de éstos resistirían mal una comparación con las ciudades modernas. Pero la expansión, muy leve al principio, los puso literalmente en el camino de su engrandecimiento. Y el obstáculo principal eran los suzeranos, dueños de tierras y caminos, salteadores ellos mismos, ávidos de dinero que sus feudos no producían; dinero necesario para avituallar sus fuerzas armadas, para comprar a los mismos burgueses bienes suntuarios. Y sus víctimas comenzaron a ser los cada vez más ricos burgueses; ricos precisamente en dinero —el cual apenas comenzaba a cumplir su función de ser medio de cambio.

El enfrentamiento entre burgueses y suzeranos también fue largo y sangriento. Se amurallaron burgos, o se fundaron a la orilla del mar o río navegables, lo cual permitía, por una parte, desarrollar el comercio internacional, y, por la otra, constituir a los barcos en refugios seguros. La historia de Venecia y las demás ciudades italianas dan cuenta de este proceso. La suerte, por lo demás, siempre estuvo echada: la burguesía triunfaría, y con ganas de hacerlo para siempre.

¹⁷ Por cierto que las ideas, la Filosofía Política, acompañaron este proceso. Véanse, entre muchísimas obras, Jean Touchard, *Histoire des idées politiques*, París, PUF, 1971 (en español por Tecnos, 1969), capítulo VI, “La renovación de las ideas en las luchas políticas del siglo XVI”, pp. 244 y ss.

2.2.3 El derecho civil romano

En este mundo, así de complejo y sangriento, reapareció el derecho romano. Pero no todas las leyes. Solamente se recibieron —“recepción del derecho romano” suele llamarse, en las escuelas de jurisprudencia, a este proceso— las normas mercantiles; las que también a los romanos les permitió convertirse, de pueblo pastor, en imperio comercial. No es cierto que todo el derecho romano fuera exhumado.

Este proceso lo cumplieron unos actores sociales, que también se habían desarrollado en los burgos, junto con los comerciantes; un sector social que ya nunca dejaría el puesto de comando: los abogados modernos. Fueron ellos quienes rescataron, tal vez de las abadías, los antiguos textos latinos. Pero con una dificultad: eran textos escritos a veces mil años antes, en un latín que ya no existía. Por eso hubo de aplicárseles las artes de la hermenéutica. Y los abogados hicieron con ellos lo que pudieron; o supieron. Y “glosaron” los textos. O sea, los transformaron. Les hicieron decir exactamente lo que le convenía a la clase social de la cual los juristas eran —y son— intelectuales orgánicos. En este proceso ideológico, se constituyó la ideología de los derechos subjetivos. Todo lo que conviene a la circulación mercantil, se reescribió en términos de derechos subjetivos. Los acreedores tienen derecho a cobrar; los deudores tienen derecho a que no se les cobre de más. Los ricos tienen derecho a que se les respete su propiedad; las obligaciones se convierten en la contracara de los derechos, y no viceversa.

Ahora bien ¿cómo usar esas normas? ¿Quién podría ser un árbitro imparcial que las aplicara? Claro que no podían serlo los suzeranos. En primer lugar, los propios comerciantes, que fundaron sus tribunales en algunos burgos; al fin que ya tenían quienes conocían las leyes y estaban dispuestos a vivir de ello. Pero, de todos modos, en su ayuda ocurrió un nuevo personaje: aquel *souverain*, que no sólo tomaba prestado de los comerciantes, sino que los veía como nuevas fuentes de impuestos. El mismo que podía ofrecer la *pax mercatoria*, en la medida en que liquidara el poder de los suzeranos. Eso constituyó la alianza entre el monarca absoluto y la burguesía. Claro que el monarca ni se imaginaba la jugada que, al menos en Francia, la burguesía le tenía preparada.

2.2.4 La soberanía

Se comprende mejor, ahora, el papel jugado por la ideología de la soberanía. Que no es un concepto teórico, sino un grito de batalla. Aún cuando alguna pseudo teoría del estado ande repartiendo el infundio de que el concepto de estado comprende el de soberanía.

Quien pasa por el gran teórico de la soberanía, Jean Bodin, es eso: un jurista al servicio del poder absoluto. Y consiguió hacer pasar esa ideología como filosofía política. Y llegar a ser el “teórico de la soberanía”, como si una

ideología destinada a ejercer el poder —como todas, por cierto— pudiese ser una “teoría”.

Según esta ideología, el poder del monarca —pero podría también ser el del parlamento inglés— es “supremo” porque no tiene a nadie sobre él, que no sea dios —y eso si los funcionarios de dios no meten las manos. Lo que, dicho menos grandiosamente, significa que el monarca ha usurpado “el derecho” de hacer la ley y aplicarla a través de sus tribunales. Y, además, este poder, ya centralizado, no reconoce a ningún otro como siendo superior.

Conviene observar cómo esta pseudo teoría trae el gato disfrazado de liebre. Porque constituye una flagrante violación de la ley de Hume. En efecto, que el monarca no reconozca a nadie encima de él, no quiere decir otra cosa sino que “nadie *debe* intentar estar por encima de él”; que “nadie *debe* intentar imponer leyes o aplicarlas”; que “nadie *debe* usar las leyes para derrocar al gobierno”; ni derrocarlo por la fuerza, porque quien lo intente no tiene —no *debe* tener— “facultades” para ello. Y si las tiene, entonces es un subversivo y debe ser condenado por atentar contra la soberanía nacional. Como se ve, no puede haber mejor motivo para entender que se trata de una ideología y no de un concepto teórico, que el uso que de esta palabra hacen los represores de todo pelaje.

Por lo demás, la expresión “soberanía” se usa en dos contextos diversos: el jurídico y el sociológico. Una anécdota, ciertamente divertida, permitirá ejemplificar esto. Alguna vez, entre los cientos de enfrentamientos ideológicos entre los zapatistas y el gobierno hegemónico, quedó planteado lo siguiente. Un periodista, audaz sin duda, le preguntó a un general mexicano qué andaba haciendo en uniforme de guerra por el sureste mexicano. El general contestó que estaba cuidando la soberanía de México. El otro jefe, o subjefe, mejor, le salió al paso, diciendo que lo mejor era, si quería cuidar la soberanía mexicana, que fuese a Nueva York, pues era allí, y no entre los pueblos indios, donde se violaba la soberanía de México. La anécdota, que no puedo probar ahora, es de todos modos completamente familiar para cualquier latinoamericano: los ejércitos siempre han asesinado gente para cuidar la soberanía nacional. Y la anécdota permite hacer la reflexión siguiente:

2.2.4.1 Soberanía en sentido jurídico

En sentido jurídico, soberanía quiere decir que nadie puede dictar normas, sino el soberano, en cierto territorio y/o para ciertos individuos. Quién sea el “soberano”, depende de quien haya tenido suficiente fuerza como para imponer una constitución, que dice quién, como, cuándo y dónde, un individuo, o varios, pueden producir normas. O sea que en sentido jurídico, soberanía quiere decir que sólo puede decir lo que ha de hacerse, quien impuso las normas que para eso lo mandatan. Con la consecuencia, que cualquiera puede imaginarse, de que, con seguridad, quien impuso la constitución no designó a otros que

no fuesen sus personeros, como quienes pueden decir esas leyes. Se comprende que de esto hablaba aquel general: en el sureste mexicano se habían sublevado algunos pueblos indígenas, que se proponían establecer nuevas normas, sin permiso, desde luego, del parlamento.

2.2.4.2 Soberanía en sentido sociológico

En sentido sociológico, soberanía quiere decir que las leyes que dicen los autorizados para ello, no son inducidas por ningún poder extranjero. Como se comprende, no es el caso de América Latina: todos sabemos que las leyes, las principales, las que establecen quien gana y quien pierde derechos humanos, han venido siendo dictadas por funcionarios, latinoamericanos, sí, pero pagados para que tales leyes beneficien, principalmente, al capital extranjero. De esto último hablaba el insurgente.

Como se ve, cada uno de los actores hablaba de cosas distintas. El general hablaba de quién dicta las leyes, y el subjefe de quién da las órdenes.

2.2.5. Una alianza estratégica: la burguesía y el monarca, la burguesía y el parlamento. Todo el poder al soberano

Con la soberanía como grito de batalla convertido en filosofía política, el monarca, absoluto, encontró en los comerciantes unos aliados interesantes. Y éstos encontraron en el rey un actor dispuesto a hacer el trabajo de desbroce. Pero en Inglaterra el proceso no requirió de un monarca absoluto, porque el rey inglés ya había sido domesticado por los señores de la época de la carta magna: Juan sin Tierra aceptó los términos de sus pares, quienes lo dejaron ser rey, pero nunca le dieron todo el poder. Para la época en que la burguesía se adueñó del proceso, en Inglaterra el poder se asentaba en el parlamento. En Francia el proceso fue diverso: la burguesía precisó nada menos que a Napoleón para hacerse con el poder necesario para fundar *su* estado —o su derecho, como diría Kelsen: estado y derecho son dos palabras para la misma cosa.

2.2.6 Los derechos subjetivos y las aspiraciones de la burguesía

Mientras este proceso de cambio de poderes sucedía,¹⁸ otro proceso, también ideológico, también imprescindible, se ponía en marcha. El derecho romano se convirtió en derecho “común” o *civil*. La estrategia lingüística de los derechos se fue apoderando poco a poco de los textos jurídicos. Pero el

¹⁸ Puede verse F. H. Finley, *El concepto de soberanía*, Barcelona, Labor, 1972, capítulos 2, 3 y 4; Antonio Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Madrid, Revista de Occidente, el tomo II, capítulos 6 y 7. También Jean Touchard, Labor, 1972, especialmente el capítulo 3, “Aparición de la moderna teoría de la soberanía”, pp. 45 y ss.

proceso no fue rápido. Tal vez hay que decir que la estrategia se instaló antes en las normas que en los libros de los juristas.

La burguesía era, y es, una clase social con intereses claros, voluntad férrea y escrúpulos *soft*. Y con claridad, sus intelectuales orgánicos advirtieron, desde temprano, que esos intereses existían en un mundo en el cual esa clase no era dominante. No disponía del poder político —me refiero a la fuerza—, y tampoco del ideológico. Y, además, era una clase con enemigos. Y fuertes. La Iglesia en primer lugar. Y pronto descubrieron los juristas que los derechos mercantiles ofrecían un discurso atractivo para los intereses de la burguesía: ofrecían la idea de que los *intereses* de la burguesía eran “anteriores” al mismísimo monarca. Los derechos provenían de la *naturaleza humana* y no de los designios de alguien. Juristas y filósofos se ocuparon, entonces, de organizar el mito de la naturaleza humana y sus derechos inalienables.

El paso siguiente fue dado enseguida: los intereses de la burguesía comenzaron a ser vistos —mejor: “dichos”— en términos de derechos subjetivos. En primer lugar, la vida, claro. Sin ella no hay nada. Luego la libertad, en primer lugar la de comercio. Y después la sagrada propiedad. Locke vería en la defensa de esta última, el fin del estado. Pero no solamente esto: había otros intereses de la burguesía en juego, y era la ya comenzada carrera por conquistar la suma del poder. Y claramente los juristas y los filósofos advirtieron que se requería disponer de ciertos instrumentos que mejoraran las condiciones de la lucha. Estos instrumentos eran la reunión —la conspiración—, la difusión de las ideas nuevas, el acceso a los tribunales sin retaceos, tanto como no caer en manos de celosos defensores del poder absoluto, poco dispuestos a entender eso de que no hay que torturar a la gente o de que todos son inocentes mientras ellos no demuestren lo contrario. Todas estas aspiraciones de la nueva clase dispuesta a hacerse del poder, fueron fácilmente vistos como los derechos que traía consigo el derecho común. Súmese a esto la envoltura ideológica proporcionada por la naturaleza humana, y el propio dios, y se tendrá la “primera generación” de los derechos del hombre. Esto es, las aspiraciones de la burguesía “vivas” como derechos.

2.2.7 La toma del poder

En la primera, pero largamente preparada oportunidad, la burguesía se alzó con el poder. El espíritu a caballo se encargó de llevar su código por toda Europa, y de allí a América Latina. Con él, claro, venía la estrategia discursiva de los derechos, que encontró inmediato eco entre los independentistas americanos. En pocos años, ni a Napoleón necesitó la burguesía para hacerse con todo el poder, e imponer la estrategia lingüística que pone sus intereses en la simpática forma de los derechos del hombre. Esos que todo hombre tiene por ser hombre. Y en razón de así haberlo dispuesto la naturaleza. Creada así por dios, si alguna duda quedaba.

2.2.8 Los derechos subjetivos, la naturaleza humana y la burguesía

Los documentos de la época son elocuentes.

Los representantes del pueblo [...] considerando que el [...] desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos, [...] han resuelto exponer [...] los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre [...] los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos [...] esos derechos son, la libertad la propiedad, la seguridad y las resistencia a la opresión [...] el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación [...] siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella.¹⁹

Se puede notar, por ejemplo, la aceptación del mito de la naturaleza humana, la idea de la anterioridad de los derechos respecto del derecho, y la solidaridad entre la ideología de la soberanía y la propiedad privada.

Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres han sido creados iguales; que a todos confiere su Creador ciertos derechos inalienables entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar esos derechos, los hombres instituyen gobiernos [...].²⁰

Puede notarse aquí claramente la ideología de Locke. Pero vale la pena notar que no aparece la propiedad privada, nada menos que en su reino especial. Y puede notarse la hipocresía de la ideología según todos los hombres son iguales, expresada aquí por quienes eran alegres propietarios de esclavos. Pero sí aparece la propiedad en las enmiendas de 1791:

No se violará el derecho del pueblo a [...] sus [...] pertenencias (enmienda IV) ni será privado de su vida, de su libertad o de su propiedad (enmienda V).

Estos, y muchos otros documentos, dan cuenta de la influencia del pensamiento filosófico político que había venido preparando el camino ideológico. Los motivos son claros, y provienen del mito de la naturaleza humana, anterior a, y creadora de, el estado, la cual, a su vez, es creatura de dios. El objetivo, la defensa de los intereses de la nueva clase dominante. El medio, una estrategia lingüística preparada por largo tiempo en la pluma de los juristas.

2.2.9 La clase obrera

Pero la burguesía no puede constituirse como clase, si al mismo tiempo no crea la clase obrera. O sea, una clase que tiene intereses contradictorios:

¹⁹ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789.

²⁰ Preámbulo de la constitución de Estados Unidos, 1776.

mientras más libertad y propiedad tenga la burguesía, menos tendrá el proletariado de lo mismo. La contradicción es insalvable. No hay mediaciones posibles. Sólo treguas.

Pero la clase obrera existe precisamente en el espacio político creado por la clase dominante. Y este espacio, es decir, el estado moderno, se caracteriza por el discurso de los derechos, que llama “humanos”, cuando en realidad son solamente burgueses. A los derechos del hombre burgués les falta mucho para ser humanos, es decir, universales. Les falta nada menos que los derechos de la mayoría de los hombres. Y poco tardó la clase obrera en apoderarse del discurso de los derechos humanos. Así como los enunciaba la burguesía, sospechosamente no aparecían los derechos de todos a formar parte de los instrumentos políticos, como el gobierno y el parlamento. El voto universal y secreto, fue una de las primeras aspiraciones del proletariado que aparecieron hablados como derecho. Enseguida, la aspiración a no ser explotados: derecho a una jornada de trabajo “humana”. Tanto como el derecho a un salario “justo” y remunerador —derecho jamás cumplido aunque aparezca en todas las listas. Desde luego, también la aspiración a que las reuniones proletarias, como las de la burguesía, no fueran reprimidas, ni espiadas; y la prensa obrera circulara libremente. Todas éstas, aspiraciones proletarias que la burguesía ni había soñado fueran para otros.

Las aspiraciones de la clase obrera, éstas sí que *universales*, se convirtieron en derechos humanos por la simple razón de que los derechos son la forma discursiva de nuestra existencia en la sociedad burguesa. No hay ninguna posibilidad de hablar de las aspiraciones de los hombres y las mujeres del mundo capitalista, sino en términos de esta estrategia lingüística. Toda aspiración humana aparecerá en términos de derechos. Porque es nuestra manera de estar en el mundo mercantil.

2.2.10 Derechos humanos y subversión de la sociedad capitalista

Los derechos tienen ese destino irreversible: son subversivos. Lo fueron en manos de la burguesía naciente, y lo son en manos de la clase obrera y de todos los explotados. Los pueblos indios seguirán levantándose en procura del derecho a subsistir, y los obreros seguirán haciendo huelgas para defender su derecho al salario. Los estudiantes seguirán luchando por el derecho a la mejor educación gratuita, y las mujeres por el derecho a la igualdad. Los campesinos seguirán luchando por su derecho a la tierra, y los pescadores por su derecho a pescar.

El fondo del asunto, consiste en que la subversión de la sociedad capitalista es también un derecho de todos los que tienen la capacidad de advertir que se trata de la aspiración a la vida buena o la barbarie. Se trata de rescatar el derecho a la subversión; el derecho a ser subversivo. Y eso siempre consistirá en un “derecho”, porque los derechos son las aspiraciones humanas, todas y cual-

quiera, vividas en términos de una estrategia lingüística que tiene ya una larga historia.

3. Un fundamento para los derechos humanos

Una buena parte de la Filosofía del Derecho de la época en que dio vuelta el siglo, se ha lanzado a la búsqueda de los *fundamentos* de los derechos humanos. Pareciera que no pueden defenderse bien si no tienen un fundamento, o “razón” que justifique la acción política. Lo que aparece, a primera vista, es que hay un cierto temor a ver los derechos como producto de la historia de esta sociedad en la que vivimos. Pareciera que el mito es más atractivo. Además, suele oírse que los derechos humanos deben ser “despolitizados”, entendiéndose por esto, que no deben ser vistos como dependiendo de la política, porque eso no nos conviene; porque ellos son más fuertes. Pareciera que esto hace necesario una des-historización de los derechos, que sólo puede concluir en el regreso del mito.

Pero que los derechos humanos son ineluctablemente un discurso político, es algo que pertenece al mundo de los hechos; es un dato de la realidad, no un invento filosófico. O, tal vez sí son un invento filosófico, pero de una filosofía muy situada en el tiempo.

¿Qué sentido puede tener, entonces, buscar un fundamento? Podría preguntarse: ¿cuál es el fundamento de la lucha de los obreros por mejores condiciones de vida? ¿Valdría contestar que el fundamento son los derechos humanos, que los obreros fundan su lucha en el derecho que la naturaleza les ha dado? Podría contestarse así. Pero eso no dejaría de tener un sabor a petición de principio; a tautología. El derecho de los obreros a luchar se fundaría en el derecho de los obreros a luchar.

El asunto debe seguir discutiéndose. Y seguirá. Pero no saldrá del mito si no se considera el radical contenido político de este discurso. Los obreros seguirán viendo la vida buena como un derecho. Pero no tendría sentido preguntarles en qué fundan su derecho. Se trata de una lucha por la vida buena. Se habla como derecho. Pero, finalmente, la cuestión es moral: ¿es bueno o malo que los obreros persigan la vida buena? Y la respuesta es totalmente política: para la burguesía toda lucha obrera carece de fundamento jurídico y moral. Para la clase obrera, la vida mejor es un objetivo a alcanzar. Y a los obreros les parecerá que les asiste la “razón moral”. En suma, un lío que tiene que ver con la lucha de clases. Que seguirá como lío mientras la lucha de clases exista.

LA REDETERMINACIÓN COMO LA GRAMÁTICA DEL ESPÍRITU ABSOLUTO

ARTURO BERUMEN CAMPOS

“uno y otro juntos, la historia concebida, forman el recuerdo y el calvario del espíritu absoluto, la realidad, la verdad y la certeza de su trono, sin el cual el espíritu absoluto sería una soledad sin vida.”

(Hegel: Fenomenología del Espíritu).

Resumen: El artículo que se presenta expone las limitaciones de la teoría habermasiana de la acción comunicativa en relación con los postulados del espíritu absoluto de Hegel. El marco de referencia se identifica con la *aufheben* y la doble reciprocidad del concepto. La redeterminación se presenta como el reconocimiento simultáneo de los agentes del discurso. Así, la corriente comunicativa de Habermas y Apel se mira a la luz del recíproco autorreconocimiento de la conciencia y del lenguaje.

Resumo: O artigo que se apresenta expõe as limitações da teoria habermasiana da ação comunicativa em relação com os postulados do espírito absoluto de Hegel. O marco de referência se identifica com a *aufheben* e a dupla reciprocidade do conceito. A redeterminação se apresenta como o reconhecimento simultâneo dos agentes do discurso. Assim, a corrente comunicativa de Habermas e Apel se olha à luz do recíproco autorreconhecimento da consciência e da linguagem.

Abstract: The article that appears exposes the limitations of the habermas's theory of the communicative action in relation to the postulates of the absolute spirit of Hegel. The reference frame is identified with *aufheben* and the double reciprocity of the concept. The redetermination appears like the simultaneous recognition of the agents of the speech. Thus, the communicative current of Habermas and Apel are watched at the light of the reciprocal self-recognize of the conscience and the language.

La pretensión de la filosofía del lenguaje, de ser la filosofía definitiva y absoluta y su consiguiente desprecio a la "metafísica"¹, la ha llevado, prematuramente, a alcanzar sus límites y, en consecuencia, a su negación "posmoderna"², como ya, por otra parte, lo había predicho Hegel para toda filosofía absoluta, incluida la suya³. Su ruptura radical con la filosofía "tradicional" ha tenido como conse-

¹ Schlick, Moritz, “El viraje de la filosofía”, en El positivismo lógico, trad. L. Aldana, et. al. FCE, México, 1986, p. 60: “Porque estoy convencido de que nos encontramos en un punto de viraje definitivo de la filosofía, y que estamos objetivamente justificados para considerar como concluido el estéril conflicto entre los sistemas.”

² Rorty, Richard, La filosofía y el espejo de la naturaleza, trad. Jesús Fernández Zulaica, Cátedra, Madrid, 1995, p. 17: “Espero convencer al lector de que la dialéctica existente dentro de la filosofía analítica (debe progresar algunos pasos más. Estos pasos adicionales, pienso yo, nos colocarán en situación de criticar la misma idea de “filosofía analítica”, y hasta de la misma “filosofía” tal como ha sido entendida desde la época de Kant.”

³ Hegel, Lecciones sobre la historia de la filosofía, I, trad. Wenceslao roces, FCE, México, 1985, p. 40: “toda filosofía ha sido necesaria (...) ninguna filosofía ha sido refutada. Lo refutado no es el principio de esta filosofía, sino solamente la pretensión de que este principio sea la determinación última y absoluta.”

cuencia su aislamiento de los problemas vitales de la sociedad moderna⁴; la falta de una "historia concebida" la ha conducido a una "soledad sin vida"⁵.

Esto no quiere decir que algunas de sus tendencias, como la corriente comunicativa de Habermas y Apel, estén agotadas, antes al contrario, son, precisamente, las que se han preocupado de "reconstruir", a la filosofía tradicional, "discursivamente"⁶. Pero aún en ellas se nota un cierto desprecio hacia la "filosofía de la conciencia", es decir, ante la filosofía que parte del supuesto de que la conciencia humana es monológica⁷. Aunque ésta es una cuestión debatida⁸, lo que si parece monológica es la actitud de la filosofía del lenguaje con respecto de la filosofía de la conciencia, pues no establece un diálogo lo suficientemente racional, con ella, para obtener el mayor provecho conceptual posible. En esta actitud no se distingue de la "clausura autopoiética" que la filosofía tradicional establece sobre sí misma⁹.

Nos parece que la dificultad para lograr un diálogo fecundo entre ambas tradiciones filosóficas radica, entre otras cosas, en la insuficiencia heurística del método de las "ciencias reconstructivas" de que habla Habermas, y el temor epistemológico de la dialéctica, entendida como "redeterminación", para aplicarse su propio método a sí misma. Es decir, si fuera posible entender a la reconstrucción comunicativa como una redeterminación dialéctica y a ésta como una "gramática comunicativa", entonces, tal vez, también sería posible redeterminar a la noción del "espíritu absoluto" hegeliano no tan sólo como la "historia

⁴ Bernstein, Richard J., "Introducción", *Perfiles filosóficos*, trad. Martí Mur Ubasart, Siglo XXI, México, 1991, p. 28: "Esta fue una época en que figuras tales como Herbert Marcuse, Hannah Arendt y Jürgen Habermas –todos los cuales estaban formados en las tradiciones continentales de la filosofía– parecieron tener mucha más importancia para la comprensión de las cuestiones prácticas de la vida cotidiana que aquellas que se hallaban enfrascadas en disputas rarificadas sobre la metaética."

⁵ Hegel, *Fenomenología del Espíritu*, trad. Wenceslao Roces, FCE, México, 1985, p. 473.

⁶ Habermas, Jürgen, "Objetivismo en las ciencias sociales", en *Lógica de las ciencias sociales*, trad. Manuel Jiménez Redondo, REI, México, 1993, p. 494: "La teoría de la acción comunicativa se entiende como reconstrucción hipotética del saber preteórico que los sujetos capaces de lenguaje y acción inevitablemente aplican cuando, y en la medida en que, participan competentemente en interacciones mediadas lingüísticamente."

⁷ Habermas, "La lógica de las ciencias sociales", en *La lógica de las ciencias sociales*, p. 203: "Hoy la problemática tradicional de la conciencia ha sido sustituida por la problemática del lenguaje: la crítica trascendental del lenguaje disuelve la de la conciencia. Las "formas de vida" de Wittgenstein, que corresponden a los "mundos de la vida" de Husserl, no obedecen ya a las reglas de síntesis de una conciencia en general, sino a las reglas de la gramática de los juegos del lenguaje."

⁸ Wellmer, Albrecht, *Sobre la dialéctica de modernidad y posmodernidad*, Visor, Madrid, 1993, p. 87: "La descentración filosófica del sujeto, a diferencia de su descentración psicológica, no significa una herida infringida a nuestro narcisismo; significa más bien el descubrimiento de un mundo común, siempre en trance de "franqueársenos", en el interior de la razón y del sujeto."

⁹ Luhmann, Niklas, *Sistema y función*, en *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, trad. Santiago López Petit y Dorothee Schmitz, Paidós, Barcelona, 1990, p. 98: Los sistemas de sentido están también completamente cerrados, de tal manera que el sentido solamente se puede referir al sentido, y sólo el sentido puede cambiar el sentido."; Dhont, Hegel, filósofo de la historia viviente, trad. Anibal Leal, Amorrortu, Buenos Aires, 1971, p. 45: "Lo dogmático en sentido estricto, consiste entonces en que se mantienen las determinaciones unilaterales del entendimiento, con exclusión de sus opuestos. Se trata en general, del riguroso 0 esto (...) o aquello (...) pero sólo una de ambas cosas."

concebida”¹⁰, sino también como la “comunidad real e ideal de comunicación.”¹¹ Explorar las posibilidades y la pertinencia de esta especulación, es el objetivo de este breve trabajo.

1.1. Intersubjetividad de la conciencia y reciprocidad del concepto

Lo que impidió a Habermas lograr la “*aufheben*” hegeliana entre el espíritu absoluto y la acción comunicativa fue el olvido de la reciprocidad del concepto¹². Reitera Habermas, en varios trabajos, que el error que a Hegel lo desvió de la acción comunicativa fue, precisamente, la idea del espíritu absoluto, pues concebido como un sujeto “en gran formato”, en el que se unificaban el espíritu y la naturaleza, era imposible entender que ambos, la naturaleza y el espíritu, se comunicaran, pues aquélla no puede ser un sujeto de lenguaje y de acción¹³. Por ello, Habermas considera que el concepto de espíritu absoluto debe ser desechado, pues constituye un obstáculo epistemológico que impide arribar al concepto de acción comunicativa¹⁴.

Sin embargo, es conveniente recordar que, para Hegel, la síntesis entre espíritu y naturaleza, es una síntesis de conceptos, es decir, es la síntesis del concepto de naturaleza y del concepto de espíritu, y no una síntesis de la “naturaleza en sí” y del “espíritu en sí”, que, por otro lado, sólo tendría sentido en el contexto de la concepción marxista de la producción económica¹⁵.

La síntesis de los conceptos de naturaleza y de espíritu, dentro del concepto de espíritu absoluto, se obtiene mediante la reciprocidad de ambos. Para entender a la naturaleza tenemos que referirla al espíritu, y para entender al espíritu tenemos que referirlo a la naturaleza. El concepto de esta última es, según

¹⁰ Hegel, *Fenomenología*, p. 473.

¹¹ Apel, Karl Otto, “La ética del discurso como ética de la responsabilidad. Una transformación pos-metafísica de la ética de Kant”, en *Teoría de la verdad y la ética del discurso*, trad. Norberto Smilg, Paidós, Barcelona, 1991, pp. 163, 164: “la ética del discurso no procede sólo de la analogía pragmático-transcendental del “reino de los fines”- de la comunidad ideal de comunicación anticipada contrafacticamente- sino a la vez, del a priori de la “facticidad” de la comunidad real de comunicación, es decir, de una forma sociocultural de vida a la que pertenecen, ya siempre, cada uno de los que aceptan la ética, desde su identidad contingente, esto es, de su nacimiento y socialización.”

¹² Habermas, “Trabajo e interacción. Notas sobre la filosofía hegeliana del periodo de Jena”, en *Ciencia y técnica como “ideología”*, trad. Manuel Jiménez Redondo, REI, México, 1996, pp. 43, 44: “aquí no puede hablarse de un diálogo entre el espíritu y la naturaleza (...) el espíritu absoluto es solitario”; véase, no obstante el concepto de espíritu absoluto, en la *Fenomenología*, como “historia concebida”, para evitar la “soledad sin vida”.

¹³ Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1988, p. 56: “un sujeto que en el acto de conocimiento se relaciona consigo mismo se sale a sí mismo al encuentro como un sujeto *universal* enfrentado al mundo como totalidad de los objetos del conocimiento posible, y al mismo tiempo como un individual”.

¹⁴ *Ibidem*: “si lo Absoluto se piensa como subjetividad infinita (...) los momentos de lo universal y lo particular sólo pueden pensarse como unificados en el marco de referencia del autoconocimiento monológico”.

¹⁵ Berumen, Arturo, *La teoría pura del derecho y materialismo histórico* (tesis licenciatura), UNAM, México, 1989, p. 53.

Hegel, “lo contrario del espíritu”, lo que “no se adecua a su concepto”, mientras que el espíritu, es el concepto mismo, lo que se adecua consigo mismo¹⁶. Es claro que ni el concepto de naturaleza, ni el concepto de espíritu, pueden entenderse, por sí mismos, sin relación del uno con el otro. La esencia del uno está en el otro, pues sin el otro no sería lo que es, según reza la concepción tradicional de esencia¹⁷. La esencia de una cosa, dice Hegel, siempre está en otra cosa¹⁸. Sin la reciprocidad de los conceptos, también de acuerdo con el mismo autor, no se puede dar ningún paso en filosofía¹⁹.

La determinación de un concepto no puede, por tanto, conseguirse, sin la determinación de su opuesto, pues son recíprocos. Si se intenta determinar un concepto sin la idea de la reciprocidad, lo que se obtiene es un concepto abstracto, es decir, unilateral o parcial²⁰. Si se pretende que tal concepto abstracto es todo el concepto, entonces se trata de un falso concepto²¹ y, en última instancia, de una ideología²² y como tal, redeterminable. Es decir, la redeterminación es el restablecimiento de la reciprocidad del concepto. La redeterminación se hace necesaria cuando un concepto se ha determinado unilateralmente, cuando no se ha determinado en relación con su otro²³. Es a esta operación restauradora de la reciprocidad lo que Hegel llamaba la “*Aufheben*”, la superación y a la vez la conservación de las determinaciones de un concepto²⁴. Y es también esta operación dialéctica la que se encuentra vinculada con el concepto del espíritu absoluto.

Como claramente se desprende de lo anterior, el concepto de espíritu absoluto no tan sólo no es, para Hegel, esa entidad metafísica solitaria incapaz de comunicación, sino que, entendido, en términos relacionados con la redeterminación, acabados de exponer, nos parece muy susceptible de redeterminarse, a su vez, en términos comunicativos. El mismo Habermas nos da pie para

¹⁶Hegel, Enciclopedia de las ciencias filosóficas, trad. Ovejero y Maury, Porrúa, México, 1980, par. 247, 248, p. 120.

¹⁷Hegel, Ciencia de la Lógica, II, trad. Augusta y Rodolfo Mondolfo, Solar, Buenos Aires, 1974, p. 431: “Estas varias cosas diferentes están en esencial acción recíproca, por medio de sus propiedades; la propiedad es esta relación recíproca y la cosa no es nada fuera de ella.”

¹⁸Hegel, Enciclopedia, par. 121, p. 71: “la verdadera esencialidad de algo no es su determinación idéntica consigo mismo, ni como diverso, ni como meramente positivo o meramente negativo, sino que tiene su ser en otra cosa, la cual, como idéntica consigo misma, es su esencia.”

¹⁹Hegel, Ciencia de la lógica, II, p. 384: “Es uno de los conocimientos más importantes el entender y establecer esta naturaleza de las determinaciones reflexivas consideradas, es decir, que su verdad consiste sólo en su reflexión mutua, y por consiguiente sólo en el hecho de que cada una, en su concepto mismo contiene a la otra. Sin este conocimiento no es posible, en realidad, dar ningún paso en filosofía.”

²⁰Idem. p. 525: “si nos detenemos en la visión abstracta, según la cual el elemento lógico es sólo formal, y más bien hace abstracción de todo contenido, tenemos entonces un conocimiento unilateral, que no debe contener ningún objeto, es decir, tenemos una forma vacía, carente de determinación”.

²¹Hegel, Estética, 2, trad. Antonio Llanos, Siglo XX, 1983, p. 28.

²²Berumen, La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural, (tesis maestría), UNAM, México, 1998, p. 68.

²³Idem. p. 14.

²⁴Hegel, Ciencia de la lógica, I, p. 138.

ello, cuando dice que de la dirección comunicativa que había atisbado Hegel, en su Filosofía Real de la época de Jena, sólo quedaba firme, en la época de la Enciclopedia, la cuestión de la intersubjetividad de la conciencia²⁵. Sin embargo, Habermas parece olvidar lo que el mismo nos recuerda a cada instante, es decir, el papel del “yo” kantiano en el proceso del conocimiento, que Hegel acepta²⁶. Ahora bien, si el yo kantiano determina al conocimiento, y para Hegel, el origen de la intersubjetividad de la conciencia es lingüístico²⁷, por tanto, el conocimiento es intersubjetivo y lingüístico. Aunque Hegel no lo expresa de este modo, no se puede separar a la conciencia y al sujeto del conocimiento, si es que es cierto que el sujeto determina al conocimiento como dice Kant y como acepta Hegel. Hubiera sido preferible que Hegel lo hubiera dicho de este modo, pero nada impide que nosotros lo digamos por él, que vayamos más haya de él, como nos recomienda Kaufmann²⁸.

Podemos decir que la autoconciencia es el presupuesto ético del conocimiento, y viceversa, el conocimiento es el presupuesto lógico de la autoconciencia. Es decir, así como es la autoconciencia, así será nuestro conocimiento y, al revés, así como es nuestro conocimiento, así será nuestra autoconciencia²⁹. Si tenemos conciencia de nuestra intersubjetividad nuestros conceptos serán recíprocos; si nuestra autoconciencia es monológica, nuestros conceptos serán unilaterales.

Lo anterior no quiere decir que la correlación que se establece entre la intersubjetividad y la reciprocidad sea necesaria, sino, únicamente que una actitud de reconocimiento recíproco de los sujetos facilita y propicia un método de reciprocidad de conceptos. Y viceversa, la manera de pensar conceptual recíproca ayuda a alcanzar el reconocimiento recíproco. Al contrario, en condiciones de lucha por el reconocimiento unilateral, es sumamente difícil, sino imposible, que se dé la manera de conceptualizar recíproca. Del mismo modo, la manera de conceptualizar unilateral será un obstáculo importante para alcanzar el reconocimiento recíproco³⁰. Aunque sea posible que alguien pueda conceptualizar

²⁵Habermas, “Trabajo e interacción ...”, p. 40: “Sólo la dialéctica de la relación ética sigue manteniendo todavía en la Enciclopedia, como lo hizo en Jena, su valor estratégico en la construcción del espíritu como tal.”

²⁶Hegel, citado por Habermas, Idem. p. 26: “ni del uno ni del otro (del yo y del concepto) es posible entender nada si no se conciben los dos momentos indicados a la vez en su abstracción y a la vez en su perfecta unidad.”

²⁷Hegel, Fenomenología, pp. 381, 382: “ella es el sí mismo, que como tal es real en el lenguaje, se expresa en él como lo verdadero y precisamente en el lenguaje reconoce a todos los sí mismos y es reconocido por ellos.”

²⁸Kaufmann, Walter, Hegel, trad. Víctor Sánchez de Zavala, Alianza, Madrid, 1972, p. 18: “tenemos que adoptar las posiciones del autor con mayor seriedad que él mismo lo hiciera –sólo de este modo podemos tener esperanzas de progresar más allá de él.”

²⁹Hegel, Ciencia de la lógica, I, p. 39: “De esta manera he procurado, en la Fenomenología del Espíritu, representar la conciencia. La conciencia (...) sólo se funda en la naturaleza de las puras esencias, que constituyen el contenido de la lógica. La conciencia, como espíritu (...) es aquél por cuyo medio se constituye la ciencia, y del cual ésta es la exposición.”

³⁰Hegel, Fenomenología, p. 115: “Cada una de ellas está bien cierta de sí misma, pero no de la otra, por lo que su propia certeza de sí misma no tiene todavía ninguna verdad.”

recíprocamente en condiciones de reconocimiento unilateral o que alguien pueda tener la actitud de reconocimiento recíproco sin que llegue a conceptualizar recíprocamente, parece claro que lo ideal es la reciprocidad del reconocimiento y de la conceptualización.

Para ver que tan plausible puede ser esta idea de la reciprocidad de la reciprocidad, tal vez valga la pena precisar como entiende Hegel esta doble reciprocidad la de la autoconciencia y la del concepto. Paradójicamente, como casi siempre en Hegel, la reciprocidad, en ambos casos, está relacionada con la no reciprocidad. Empecemos por la reciprocidad del reconocimiento de las conciencias. Dice Hegel que el reconocer al otro que me reconoce, en realidad, yo me reconozco a mí mismo, porque reconozco en el otro, el reconocimiento que él hace de mí mismo. Por lo que el reconocimiento del otro que me reconoce es un autorreconocimiento. Del mismo modo, el reconocimiento que el otro hace de mí al que ya yo también reconozco, es un autorreconocimiento del otro por medio del reconocimiento de mí. El reconocimiento recíproco es, por tanto, un recíproco autorreconocimiento³¹.

En consecuencia, el no reconocimiento del otro que me reconoce, es un no reconocimiento de mí mismo, pues no reconozco el reconocimiento que el otro me hace a mí mismo. Del mismo modo, el no reconocimiento que el otro hace de mí que sí lo reconozco, es un no reconocimiento de él mismo, pues no reconoce el reconocimiento de él mismo que yo le hago. El no reconocimiento del otro que reconoce es el no reconocimiento de uno mismo. El no reconocimiento del otro que reconoce es un no autorreconocimiento³².

Ahora bien, el reconocimiento del otro que no me reconoce es, también paradójicamente, un no reconocimiento de mí mismo, porque yo reconozco el no reconocimiento que otro hace de mí mismo. Y viceversa, el reconocimiento que el otro hace de mí que no le reconozco es un no reconocimiento que el otro hace de él mismo.

Por tanto, el reconocimiento de quien no reconoce es un no reconocimiento de uno mismo³³.

De la dialéctica del reconocimiento resultan tres casos posibles: el autorreconocimiento que proviene del reconocimiento recíproco; el no autorre-

³¹ Ibidem: "Este movimiento de la autoconciencia en su relación con otra autoconciencia representa, ampero, de este modo, como el hacer de la una; pero este hacer de la una tiene él mismo la doble significación de ser tanto su hacer como el hacer de la otra."

³² Idem. p. 286: "Por tanto, la personalidad jurídica, al hacerse valer en ella el contenido a ella extraño —que se hace valer en ellas porque es su realidad—, experimenta más bien su carencia de sustancia. Por el contrario, en el socavamiento destructor de este terreno carente de esencia se da la conciencia de su omnipotencia, pero este sí mismo es simple devastación y, por consiguiente, sólo fuera de sí y más bien el desear su autoconciencia."

³³ Idem. p. 118: "pues lo que hace el siervo es, propiamente, un acto del señor; solamente para éste es el ser para sí, la esencia; es la pura potencia negativa para la que la cosa no es nada y, por tanto, la acción esencial pura en este comportamiento, y el siervo, por su parte, una acción no pura, sino in-esencial. Pero, para el reconocimiento en sentido estricto falta otro momento: el de que lo que el señor hace contra el otro lo haga también contra sí mismo y lo que el siervo hace contra sí lo haga también contra el otro. Se ha producido solamente, un reconocimiento unilateral y desigual."

conocimiento por el no reconocimiento del otro que sí reconoce; y el no autorreconocimiento por el reconocimiento del otro que no reconoce. Un caso de autorreconocimiento y dos casos de no autorreconocimiento. El autorreconocimiento de uno mismo implica, necesariamente el recíproco reconocimiento. El no autorreconocimiento proviene del reconocimiento unilateral, ya sea por el reconocimiento de quien no me reconoce, como por el no reconocimiento de quien sí me reconoce. Para que pueda existir el autorreconocimiento de uno mismo estamos condenados a reconocer a quienes nos reconocen y a que nos reconozcan aquellos a quienes reconocemos. Si es posible el recíproco reconocimiento, es posible también la redeterminación de la autoconciencia, si no lo es, la autoconciencia se auto enajena. La redeterminación se encuentra correlacionada con el reconocimiento recíproco y la enajenación con el reconocimiento unilateral.

El autorreconocimiento, que es el resultado del recíproco reconocimiento, no se da de una vez y para siempre, sino que es un proceso y una variación del conocimiento que cada uno tiene de sí mismo. Un primer autorreconocimiento es el resultado del reconocimiento familiar, uno posterior, puede ser el que resulta del reconocimiento escolar, uno más el del reconocimiento amoroso, el reconocimiento profesional, entre otros. Algunos sociólogos modernos se inclinan a pensar que tales reconocimientos sociales proporcionan identidades subjetivas distintas entre sí³⁴. Siguiendo a Hegel, podemos decir que los distintos autorreconocimientos que tiene el sujeto de sí mismo, no son del todo iguales pero tampoco diferentes del todo. Más bien son redeterminaciones del propio autorreconocimiento por medio de ulteriores reconocimientos recíprocos.

La reciprocidad en el reconocimiento de la conciencia desemboca en la redeterminación de la autoconciencia. Mediante la confrontación del concepto que el otro tiene de mí con el concepto que tengo yo de mí mismo, éste último sufre una transformación, no sin una lucha y una resistencia que en muchas ocasiones puede ser muy ardua y dolorosa para el sujeto. Queremos salvar, a toda costa, la concepción que tenemos de nuestro yo, porque, precisamente, la concepción de nuestro yo, constituye nuestro yo. El espíritu, dice Hegel, es el ser que se constituye a sí mismo, al conocerse a sí mismo³⁵. Sólo que al aferrarnos a nuestro yo, al negarnos a redeterminar el concepto de nosotros mismos, mediante el concepto que los otros tienen de nosotros mismos, se niega uno a conocerse a sí mismo, pues nuestro yo, nuestro queridísimo yo, no es sino el resultado de las influencias de los otros en nuestra propia identidad.

Si no tenemos conocimiento, o no traemos a concepto, las influencias que los demás ejercen en nuestra propia identidad, no podemos redeterminar-

³⁴Berger, Peter, Introducción a la sociología, trad. Sara Galofre Llanos, Limusa, México, 1990, p. 142: "la identidad no es algo "determinado", sino que se confiere en actos de reconocimiento social."

³⁵Hegel, Fenomenología, p. 469: "el espíritu se aterra al mismo tiempo ante esta unidad abstracta, ante esta sustancialidad carente de sí mismo y afirma en contra de ella la individualidad."

nos a nosotros mismos, no tenemos una autoconciencia intersubjetiva, la cual será, en consecuencia unilateral y abstracta y el reconocimiento que busquemos o que otorguemos será también abstracto y unilateral y tenderá al dominio o a la sumisión. Será un reconocimiento sin ninguna salida moral. En fin, será un reconocimiento enajenado.

La enajenación, desde esta perspectiva, no es otra cosa que el reconocimiento abstracto, que sólo reconoce sin ser reconocido (esclavo) o sólo es reconocido sin reconocer (amo). La enajenación de la conciencia puede empezar desde la infancia. Si el predominio de la madre sobre la autoconciencia del niño es preponderante, el niño renunciará a reconocer, pues la madre nos enseña sobre todo, a ser reconocidos. Si, en cambio, el predominio del padre sobre la autoconciencia del niño es mayor, el niño renunciará a ser reconocido, pues el padre nos enseña, sobre todo, a reconocer. De ahí que el reconocimiento recíproco, es decir, el reconocer para ser reconocido y el ser reconocido para reconocer, encuentra en el equilibrio femenino-masculino familiar su mejor y más propicia condición³⁶.

La enajenación extrema, es decir, el reconocimiento unilateral llevado al absoluto, puede llevar al delito o a la locura. El delincuente es quien ha renunciado, absolutamente, a reconocer y sólo quiere ser reconocido porque, quizá, lo fue en exceso. Por otro lado, el loco es quien ha renunciado a ser reconocido, porque, tal vez, nunca lo fue y sólo se le exigió reconocer a otros³⁷. Es posible que sobre estas bases, pueda fundarse, en un futuro, unas criminología y una psicología del reconocimiento enajenado, es decir, abstracto o unilateral. La primera podría sustentar una política criminal que tuviera como finalidad redeterminar el reconocimiento unilateral del delincuente con la sociedad en un reconocimiento recíproco entre ambos. Y la segunda podría sustentar una clínica que buscara también redeterminar el reconocimiento unilateral del enfermo mental con su medio social en un reconocimiento recíproco, igualmente.

La viabilidad de un proyecto semejante no es pertinente analizarlo aquí, pues lo único que interesa, en este trabajo, es destacar la importancia que tiene el conocimiento recíproco para obtener el recíproco reconocimiento y viceversa, la importancia del reconocimiento recíproco para el recíproco conocimiento. Es decir, considerar, como decíamos más arriba, al conocimiento recíproco como presupuesto lógico de la conciencia intersubjetiva y a la autoconciencia intersubjetiva como la condición ética del concepto recíproco. La reciprocidad del concepto significa no tan sólo que una determinación implica a la otra y viceversa, sino además y sobre todo, que cada determinación se implica a sí misma al implicar a la otra que, a su vez, implica a la primera. Es decir, cualquier

³⁶Lacan, Jacques, "Función y campo de la palabra y del lenguaje en psicoanálisis", en *Escritos*, 1, trad. Tomás Segovia, Siglo XXI, México, 1984, p. 269: "En la locura, cualquiera que sea su naturaleza, nos es forzoso reconocer, por una parte la libertad negativa de una palabra que ha renunciado a hacerse reconocer, o sea lo que llamamos, obstáculo a la transferencia, y por otra parte, la formación singular de un delirio que (...) objetiva al sujeto en un lenguaje sin dialéctica."

³⁷Berumen, Arturo, "Dialéctica negativa del delito y de la pena", en *Iter criminis*, num. 3, INACIPE, México, 1999, p. 40.

determinación contiene a la otra como su límite, por lo tanto, la necesita para determinarse a sí misma. Pero como la otra también contiene a la primera como su límite, al contener la primera a la segunda que, a su vez, la contiene, la primera se contiene a sí misma por medio de la otra. Y la segunda igualmente, al estar contenida en la primera que ella, a su vez, contiene, se contiene y se determina a sí misma. Ambas se determinan a sí mismas, mediante su recíproca determinación³⁸.

Pero más que determinarse a sí mismas, cada determinación se redetermina a sí misma por medio de la otra, ya que, al igual que la autoconciencia, la determinación resultante después de la recíproca determinación ya no es igual que la determinación inicial, anterior a la determinación recíproca, pero tampoco es del todo diferente. Es una redeterminación, una "*aufheben*", una superación y una conservación a la vez³⁹.

Si una determinación no se redetermina por medio de otra, aunque sea su opuesta, es una determinación abstracta, unilateral, parcial y limitada. Y si pretende pasar por una determinación concreta y total se convierte en una ideología. La ideología es una determinación conceptual unilateral que se presenta como total. La redeterminación de la ideología tendrá como fin reestablecer la reciprocidad del concepto, así como la redeterminación de la enajenación es el restablecimiento de la intersubjetividad de la conciencia. Para ello criticará la determinación ideológica, pero conservará, transformada y relacionada con la recíproca, a la determinación parcial⁴⁰.

Si sólo se critica a la determinación unilateral y no se redetermina, es decir, si no se le relaciona y se le transforma, en relación con la determinación recíproca hasta entonces no considerada, la crítica misma se vuelve una ideología, porque sería también una determinación parcial que pasa por ser total, pues la determinación criticada es desechada totalmente sin redeterminarla con la determinación crítica⁴¹. Es común que la crítica absoluta a la ideología se transforme en otra ideología, sólo que de distinto signo, pues la determinación no considerada es, precisamente, opuesta a la criticada.

La redeterminación, si se trata del concepto, es de la ideología; si se trata de la conciencia, es de la enajenación. La ideología es la unilateralidad del concepto y la enajenación es la unilateralidad del reconocimiento de la conciencia. Por ello, la redeterminación es el re-establecimiento de la intersubjeti-

³⁸ Hegel, Ciencia de la lógica, II, (1982), p. 54: "Cada uno es sí mismo y su otro; por tanto cada uno tiene su determinación, no en otro, sino en el mismo.- Cada uno se refiere a sí mismo, sólo como refiriéndose a su otro."

³⁹ Idem, I, p. 138.

⁴⁰ Hegel, Enciclopedia, par. 89, p. 58: "el abstraer del intelecto es el aferrarse violentamente a una determinación, un esfuerzo por oscurecer y alejar la conciencia de la otra determinación que allí se encuentra."

⁴¹ Hegel, *Fenomenología*, p. 360: "En este desarrollo, la conciencia se comporta de tal modo que, fijando un momento, pasa inmediatamente al otro y supera el primero; pero apenas *ha establecido* este segundo lo *deforma* de nuevo y convierte más bien lo contrario en la esencia."

vidad de la conciencia y de la reciprocidad del concepto. La redeterminación de la ideología implicará, por tanto, la redeterminación de la enajenación, pues es sumamente improbable que con una actitud de desconocimiento recíproco se pueda alcanzar la reciprocidad conceptual. Pero también es cierto que la redeterminación de la enajenación implica a la redeterminación de la ideología, pues la reciprocidad conceptual puede contribuir y, en gran medida, a obligar a los contendientes a reconocerse recíprocamente.

Por ello, podemos decir que la redeterminación es la reciprocidad de la reciprocidad: la conciencia determina al concepto y el concepto redetermina a la conciencia. Ambos se redeterminan recíprocamente en el proceso biográfico de cada conciencia y en el proceso histórico de la cultura. La dimensión histórica de la recíproca redeterminación de la conciencia y del concepto es lo que Hegel llama la “historia concebida” o Espíritu Absoluto⁴². Su sorprendente semejanza con el “círculo hermenéutico” de Gadamer nos lleva a comparar ambos conceptos en el siguiente inciso.

1.2. La doble hermenéutica del espíritu absoluto.

Ha sido del todo inesperada la reivindicación que la filosofía del lenguaje ha hecho del idealismo filosófico y, en especial, la hermenéutica con respecto de la filosofía hegeliana. Claro que lo que ha hecho Gadamer con Hegel se parece a la propia redeterminación. El hecho de que el círculo hermenéutico de Gadamer pretenda conservar la tradición y, a la vez, revisar los textos en que se contiene, a partir del presente en el que el intérprete se coloca,⁴³ nos posibilita redeterminar a la filosofía de la historia hegeliana, hermenéuticamente.

El positivismo filosófico, en especial la escuela popperiana no le ha ahorrado sarcasmos al historicismo en general y al historicismo hegeliano en particular. Lo que les “repugna” del historicismo es que lo interpretan como si los historicistas hegelianos consideraran que la historia tiene un sentido determinado, como si la “historia” determinara la acción de los hombres, sin la intervención de su voluntad ni de su inteligencia.⁴⁴ La ideología política con

⁴² Hegel, *Fenomenología*, p. 473.

⁴³ Mariflor, *Confrontación, crítica y hermenéutica*, pp. 132, 133: “A juicio de Gadamer se plantean varias ideas importantes en esta cita. En primer lugar, se establece la circularidad de la comprensión, la cual se lleva a cabo de la siguiente manera: al percibir un sentido primero de un texto se proyecta siempre un sentido del todo. Pero la aparición de este sentido primero se debe, dice Gadamer, a que ya uno lee el texto desde determinadas expectativas relacionadas a su vez con algún sentido determinado; este sentido previo se va revisando en las vueltas sucesivas que va dando el círculo mediante las cuales se avanza en la penetración del sentido, lo cual exige que los conceptos iniciales sean sustituidos progresivamente por nuevos conceptos.”

⁴⁴ Popper, *La miseria del historicismo*, trad. Pedro Schwartz, Alianza, Madrid, 1973, p. 144.

⁴⁵ Merleau Ponty, *Las aventuras de la dialéctica*, trad. León Rusitcaer, La pléyade, Buenos Aires, 1974, p. 23: “Pero la ilusión consistía solamente en (...) la significación total de la historia, en creer que la historia organizaba por sí misma su propia supresión, la negación de la negación.”; Arendt, Hanna, *Los orígenes del totalitarismo*, II, trad. Guillermo Solana, Planeta-Agostini, 1994, Barcelo-

que esta idea fue utilizada por el comunismo ha sido dramáticamente expuesta por Merleau Ponty y por Hanna Arendt.⁴⁵

Pero el “historicismo” hegeliano no tiene nada en común con esta visión “determinista” de la historia. Para Hegel, efectivamente, el espíritu objetivo, es decir, las instituciones políticas y sociales o, como diría la hermenéutica, la pre-interpretación del mundo, determina el pensamiento y la acción de los individuos (que sería la determinación del concepto por la conciencia a nivel social), pero también son los individuos que han conceptualizado la historia de su sociedad, los que están en posibilidades de redeterminar el desarrollo de la historia social.⁴⁶

El realismo de Hegel no le impide ser idealista, pero su idealismo tiene sus pies muy bien asentados en la tierra. Hegel siempre parte de lo “real”, de lo existente, no puede darse el lujo de negarlo, si quiere que sus ideas sean efectivas. El verdadero idealismo es, para Hegel, aquel que no considera la reciprocidad de lo real y de lo ideal; para él, sin embargo, la reciprocidad constituye, como hemos visto, la esencia de su filosofía. En la redeterminación filosófica de la historia consiste la filosofía de la historia de Hegel, lo cual se expresa en todos los temas de su filosofía: en la historia, en la religión, en el derecho, en la ciencia, en el arte, entre los más importantes.

En la historia general, por ejemplo, los hechos históricos, narrados por los historiadores, determinan la filosofía de una época, pero la filosofía de la historia redetermina la interpretación de los hechos históricos que van a influir en el desarrollo de los acontecimientos futuros. Los hechos históricos equivalen a la conciencia y la filosofía de la historia al concepto. La conciencia histórica determina al concepto filosófico, pero el concepto filosófico redetermina la interpretación de la historia.⁴⁷

Pero como la conciencia histórica de una época presupone o esta formada por una pre-interpretación filosófica de la sociedad, lo que realmente redetermina el concepto filosófico es a sí mismo, por medio de su reinterpretación.

na, p. 561: “Aplica directamente la ley a la Humanidad sin preocuparse del comportamiento de los hombres.”

⁴⁶ Hegel, *Lecciones sobre filosofía de la historia*, trad. José Gaos, Alianza, Madrid, 1985, pp. 45, 46: “La filosofía, segura de que la razón rige al mundo, está convencida de que lo sucedido se somete al concepto y no trastocará la verdad.”

⁴⁷ Hegel, *Lecciones de filosofía de la historia*, p. 48: “Resolviendo su problema, el espíritu se crea nuevos problemas, con lo que multiplica la materia de su trabajo. Así es como en la historia vemos al espíritu propagarse en una inagotable multitud de aspectos, y gozarse y satisfacerse en ellos. Pero su trabajo tiene siempre el mismo resultado: aumentar de nuevo su actividad y consumirse de nuevo. Cada una de las creaciones, en que se ha satisfecho, se le presenta como una nueva materia que exige nueva elaboración. La forma que ésta ha recibido se convierte en material que el trabajo del espíritu eleva a una nueva forma.”; Habermas, “El sujeto de la historia”, en *La lógica de las ciencias sociales*, trad. Manuel Jiménez Redondo, REI, México, 1993, pp. 445, 446: “La teoría reflexiva aprehende una doble relación entre teoría y praxis: investiga, por un lado, cómo ha llegado a constituirse históricamente un plexo de intereses, al que la teoría, a través, por así decirlo, de los actos de conocimiento, todavía pertenece; y, por otro, la dinámica social del presente, sobre la que la teoría puede influir orientando la acción.”

⁴⁸ Hegel, *Lecciones sobre filosofía de la historia*, p. 45.

ción de la historia. La idea hegeliana de la filosofía de la historia consiste, por tanto, en la autoredeterminación de la filosofía por medio de la crítica de la historia.

Esto no quiere decir, tampoco, que la historia sea absolutamente racional, como a veces parece decir Hegel,⁴⁸ sino que sólo lo será, en la medida en que sea redeterminada por la filosofía, pero para poder hacerlo, la filosofía tiene que tomar a la historia tal y como es, es decir, parcialmente racional y parcialmente irracional, pues ha estado conformada por las filosofías anteriores que son parcialmente irracionales, porque la filosofía, al realizarse en la historia, se hace abstracta, es decir, parcialmente falsa e irracional, es decir, ideológica. Por eso, la redeterminación de la historia tiene que conservar su parte racional y superar su parte irracional (*aufheben* “histórica”), aunque, cuando esta redeterminación llegare a ser eficaz socialmente, sólo sea, a su vez, parcialmente racional. Sólo en la medida en que la filosofía redetermina, cada vez más concretamente, a la historia, esta adquiere algún sentido no ajeno al hombre, pues sería la filosofía la que guiaría el desarrollo de la historia. Así puede entenderse la afirmación hegeliana, sobre la historia como el desarrollo de la libertad por medio del conocimiento del desarrollo de la libertad.⁴⁹ La libertad solo se desarrolla si se desarrolla el conocimiento del desarrollo de la libertad.

El que el desarrollo de la historia no siempre y no fatalmente, nos lleve por los “caminos de la libertad”,⁵⁰ como el mismo Hegel reconoce,⁵¹ sólo significa que cuando, sólo la historia determina a la filosofía y la filosofía no redetermina a la historia, la historia no es la historia de la libertad, porque la libertad de la historia se la proporciona la filosofía, sino la fatalidad de la historia que hace del hombre lo que le place. Es decir, es cuando la historia no tiene sentido. Nadie más que el hombre, mediante su filosofía, le da sentido a su historia, el sentido de su libertad o de su liberación.⁵²

Por eso la renuncia pos-moderna a la filosofía de la historia,⁵³ nos parece la renuncia a la libertad, a la posibilidad de redeterminar filosóficamente a la historia. No es la filosofía de la historia la que niega la libertad humana pa-

⁴⁹ *Idem.* p. 68: “La historia universal es el progreso en la conciencia de la libertad –un progreso que debemos conocer en su necesidad (...) el fin último del mundo es que el espíritu tenga conciencia de su libertad y que de este modo su *libertad* se realice”, p. 69: “Lo supremo del espíritu es saberse, llegar no sólo a la intuición, sino al pensamiento de sí mismo. El espíritu tiene por fuerza que realizar esto y lo realizará.”; p. 76: “el mandamiento supremo, la esencia del espíritu, es conocerse a sí mismo, saberse y producirse como lo que es.”

⁵⁰ Sartre, *Los caminos de la libertad*, 3, *Con la muerte en el alma*, trad. Miguel Salabert, Alianza, Madrid, 1983, pp. 62, 63: “¿De que te servirá tener una opinión? No eres tu quien va a decidir (...) Pero, ¡Dios mío!, yo no quería ni esta guerra ni esta derrota. ¿Qué trampa es esta que me obliga a asumirlas? (...) No tenemos nada que ver con todo esto, somos inocentes.”

⁵¹ Hegel, *Lecciones sobre filosofía de la historia*, pp. 79, 80.

⁵² *Idem.* p. 63: “Su libertad no consiste en un ser inmóvil sino en una continua negación de lo que amenaza anular la libertad. Producirse, hacerse objeto de sí mismo, saber de sí, es la tarea del espíritu.”

⁵³ Habermas, “El sujeto de la historia”, p. 443: “La pretensión de conocimiento de la filosofía de la historia es delirante, y su marco conceptual, inadecuado para una teoría de la evolución social.”

ra someter al hombre a la fatalidad histórica. Al contrario, es la negación de la filosofía de la historia, entendida como redeterminación filosófica de la historia, la que hace posible que la historia, sea entendida, únicamente, como meta-relatos,⁵⁴ la que somete al hombre a las determinaciones fatalistas de la historia, la que le quita el sentido a la historia al quitarle al hombre la libertad de redeterminación.

Lo que necesita la filosofía de la historia no es ser negada solamente, necesita ser, a su vez, redeterminada. La historia moderna, entendida como la era de la comunicación, nos ha obligado a darle a la filosofía al “giro lingüístico”,⁵⁵ es decir, a transformar la filosofía en filosofía del lenguaje. Se trata de la determinación de la filosofía, del concepto, por la historia, por la conciencia. Nos encontramos ante la tarea de la determinación recíproca, de la remeterminación de la comunicación social por la filosofía del lenguaje. La mayor parte de las mayores filósofos modernos del lenguaje han renunciado, empero, a esta indispensable tarea: Wittgenstein, Rorty, Lyotard, Luhmann, entre otros. Sólo quedan, muy a su pesar, pensadores de la talla de Habermas, Apel y Gadamer. Pero como estos últimos han rechazado, más o menos explícitamente, a la filosofía de la historia,⁵⁶ se hace necesario para no renunciar a la libertad comunicativa, redeterminar, a su vez, su propia filosofía por medio de la filosofía tradicional, la hegeliana en particular. Podríamos llamar a esta redeterminación filosófica una meta-redeterminación, pues tendríamos que hacerla mediante la propia redeterminación de la historia.

Como el objeto de estas reflexiones es la filosofía del derecho, intentaremos hacer esta meta-redeterminación, es decir, la redeterminación recíproca entre filosofía de la historia y la filosofía hermenéutica, mediante la historia de la filosofía del derecho, en el entendido de que es posible llevarla a cabo en cualquier campo de la comunicación humana, o del “espíritu objetivo”. Podemos empezar diciendo, como hacen los filósofos analíticos,⁵⁷ que la relación del derecho y de la filosofía del derecho, es una relación de un lenguaje-objeto y su metalenguaje. La filosofía del derecho es un metalenguaje (de segundo nivel)

⁵⁴ Lyotard, Jean Francois, La condición potmoderna, trad. Mariano Antolín Rato, REI, México, 1990, p. 68: “El saber encuentra en principio su legitimidad en sí mismo (...) Bajo el nombre de Vida, de Espíritu, es a sí mismo a quien nombra.”

⁵⁵ Habermas, La lógica de las ciencias sociales, p. 87: “giro (...) desde la lógica de los juicios a la gramática de las oraciones.”

⁵⁶ Gadamer, citado por Bernstein, Richard J., en “¿Cual es la diferencia que marca una diferencia? Gadamer, Habermas y Rorty”, en *Perfiles filosóficos*, trad. Martí Mur Ubasart, Siglo XXI, México, 1991, p. 82: “Podemos entender ahora por qué la aplicación de Hegel a la historia, hasta donde la consideraba como parte de la autoconciencia absoluta de la filosofía, no hace justicia a la hermenéutica.: Habermas, el sujeto de la historia”, p. 450: “La idea de un sujeto de la historia que se crea a sí mismo, era y es una ficción; pero en modo alguno es absurda la intención que esa idea expresa y yerra de ligar la evolución de los sistemas socioculturales al tipo de control que es la autorreflexión en el sentido de una institucionalización políticamente eficaz de discursos (de comunidades intersubjetivas de un orden superior autogeneradas por vía discursiva.)”

⁵⁷ Russel, Tarski, Carnap, según José Ferrater Mora y Hugues Leblanc, *Lógica matemática*, FCE, México, 1983, p. 178.

del lenguaje del derecho, que es su objeto.⁵⁸ De este modo, la filosofía del derecho, como metalenguaje del derecho, es la gramática mediante la cual se escribe y se interpreta el derecho.⁵⁹ Pero también, podemos añadir, la filosofía del derecho es el lenguaje mediante el cual se redetermina el derecho, a través de la crítica de su efectividad. Y, en última instancia, la filosofía del derecho es el metalenguaje que tiene por lenguaje objeto a sí mismo, por medio de la crítica del lenguaje del derecho y de su efectividad, puesto que el lenguaje del derecho contiene, dentro de sí, el lenguaje de la filosofía del derecho de otra época y al lenguaje que describe su efectividad.⁶⁰ La filosofía del derecho, al ser el meta-lenguaje que se redetermina a sí mismo por medio de la crítica del lenguaje del derecho, es la propia historia de la filosofía del derecho y del derecho mismo.

En un primer momento, la filosofía del derecho es un metalenguaje del derecho que es su lenguaje objeto. En un segundo momento ese metalenguaje filosófico del derecho se puede transformar, y es común que lo haga, en contenido del derecho, cuya eficacia real no coincide totalmente con su contenido. En un tercer momento, una nueva filosofía del derecho, al criticar al nuevo derecho y a su aplicación, lo transforma en su lenguaje objeto y se convierte a sí misma en el metalenguaje de sí misma, o mejor, de su propia historia, pues redetermina sus propios principios al criticar al derecho que es, también, su propio lenguaje objeto. Es a todo este proceso histórico al que llamamos auto-redeterminación de la filosofía del derecho mediante la crítica y la redeterminación del derecho mismo, que contiene a la filosofía del derecho y a su negación.⁶¹

Un claro ejemplo de este proceso de “historia concebida”, es el caso de la filosofía del derecho penal garantista de Ferrajoli. Su filosofía del derecho penal es un metalenguaje que estudia y critica el lenguaje objeto del derecho penal actual, el cual a su vez, contiene los principios de la filosofía del derecho penal liberal ilustrado de Beccaria, aunque sea de una manera parcial y limitada que, a su vez, estudió y criticó al derecho penal de su tiempo.⁶² Por ello,

⁵⁸Tamayo y Salmorán, Rolando, ver nota núm. 1.

⁵⁹Idem. p. 308: “La lectura jurídica (...) del derecho (...) no se puede hacer sin la ayuda de las reglas propias del metalenguaje del derecho.”

⁶⁰Hegel, *Filosofía del derecho*, UNAM, México, 1975, par. 30, p. 50: “El Derecho es algo sagrado en general, sólo porque es la existencia del concepto absoluto, de la libertad autoconciente. Pero el formalismo del Derecho (y por consecuencia del deber), nace de la diferencia en el desenvolvimiento del concepto de libertad. Frente al Derecho más formal –esto es, más abstracto, y, en consecuencia, más limitado- la esfera o el grado del espíritu en el cual él ha llevado en sí a determinación y realidad a los otros momentos contenidos en su Idea, como momentos más concretos y en sí más ricos y verdaderamente universales, tiene, precisamente, por eso también, un Derecho más elevado.”; Rosfield, Denis, *Política y libertad*, ver nota núm. 2.

⁶¹Idem. par. 31, p. 51: “El concepto se desarrolla de sí mismo y es sólo una progresión y producción inmanente de sus determinaciones (...) Al principio motor del concepto, no sólo como disolvente sino también productivo de la especificación de lo universal, yo lo llamo Dialéctica (...) La más alta Dialéctica del concepto es producir y concebir la determinación (...) no como oposición y límites simplemente- sino desde ella, comprender y producir el contenido y el resultado positivos, en cuanto con esto únicamente ella es, desarrollo y progreso inmanente.”

⁶²Ferrajoli, *Derecho y razón*, ver nota núm 3.

la filosofía del derecho penal es un metalenguaje que se estudia a sí mismo o más bien a su historia, a sus contradicciones y a su desarrollo, en una palabra es un metalenguaje que se redetermina a sí mismo.

Nos parece que en la época actual no hay tarea más urgente para la filosofía del derecho que redeterminar al derecho moderno por medio de la filosofía del lenguaje, pues mientras las instituciones jurídicas, tales como la democracia, los títulos de crédito, el delito, entre muchos otros, sufren la influencia determinante de la “ola comunicativa”, la filosofía del derecho los sigue tratando con herramientas pre-comunicativas, sin la menor posibilidad de influir en su racionalidad. Pero para estar en condiciones de llevar a cabo esta redeterminación comunicativa de las instituciones jurídicas, la filosofía del derecho tiene que redeterminarse a sí misma, también, comunicativamente. En esta doble redeterminación de la filosofía del derecho, la del derecho y la de sí misma, puede contribuir el llamado “círculo hermenéutico” de Gadamer, aunque también pudiera ser útil, la doble hermenéutica de Giddens.⁶³

En el siguiente inciso, haremos un ejercicio sobre la redeterminación histórica de la filosofía en general, tomando en cuenta las filosofías de Platón, de Kant y de Wittgenstein. La razón para esta elección es doble: en primer lugar, creemos que expresa claramente la redeterminación de una idea en particular. En segundo lugar, nos servirá de base para considerar al “espíritu absoluto”, desechado por Habermas, como la gramática de la redeterminación en general.

1.3. De los arquetipos platónicos a la gramática filosófica

Otra razón, aunque biográfica, para escoger estos tres autores (Platón, Kant y Wittgenstein) como ejemplo de una redeterminación histórica, es la propia influencia indirecta que Wittgenstein recibió de los dos primeros, por medio de Shopenhauer. Es conocido el interés de Shopenhauer sobre Platón y Kant que incluso hace una comparación de sus respectivas filosofías.⁶⁴ Por otro lado, aunque no tan conocido, Wittgenstein reconocía a Shopenhauer entre a

⁶³ Aguilar Rivero, Mariflor, ver nota núm. 11, Giddens, Anthony, *Las nuevas reglas del método sociológico*, trad. Salomón Merener, Amorrortu, Buenos Aires, 1989, pp. 165, 166: “los conceptos sociológicos obedecen a lo que llamo una doble hermenéutica (...) La sociología no obstante, se ocupa de un universo que ya está constituido dentro de marcos de significado por los actores sociales mismos, y los reinterpreta dentro de sus propios esquemas teóricos, mediando el lenguaje corriente y técnico (...) hay un continuo “deslizamiento” de los conceptos construidos en sociología, mediante el cual se apropian de ellos los individuos para el análisis de cuya conducta fueron originalmente acuñados, y por consiguiente tienden a convertirse en rasgos integrales de esa conducta.”

⁶⁴ Shopenhauer, Arturo, *El mundo como voluntad y representación*, trad. Eduardo Ovejero y Maury, Porrúa, México, 1983, p. 144: “se pregunta si las ideas de Platón, que deben ser conceptos originales y también reminiscencias de intuiciones anteriores a la vida presente, son lo mismo que las formas de la intuición y del entendimiento de que habla Kant y que, según él, se encuentran a –priori en nuestra conciencia.”

quienes debía algo.⁶⁵ Nos parece que ese algo pudiera ejemplificarse comparando dos famosas frases de ambos filósofos. Decía Shopenhauer: “El mundo es mi representación”,⁶⁶ mientras que Wittgenstein sostenía: “Los límites del lenguaje son los límites del mundo”.⁶⁷ Es innegable en ambas expresiones una resonancia kantiana y aún platónica. De esto trataremos en los siguientes párrafos.

La idea, el a-priori y la gramática son los tres pasos en la redeterminación histórica del mismo concepto. La idea de Platón como modelo de las cosas sensibles. El a-priori de Kant como principio que hace posible la experiencia. Y la gramática filosófica de Wittgenstein como las reglas que sirven para producir un conjunto de enunciados. El modelo, el principio y las reglas, por un lado; las cosas sensibles, la experiencia posible y los enunciados, por otro. El primer grupo de conceptos tiene, indudablemente, un “aire de familia”, como decía el propio Wittgenstein. El modelo y las reglas gramaticales necesitan estar al “principio”, es decir a-priori, para conformar las cosas sensibles, para tener experiencias determinadas y para producir enunciados lingüísticos. Lo que ya no parece tan familiar es el segundo grupo de conceptos: lo sensible, la experiencia y los enunciados lingüísticos. Sin embargo, los enunciados lingüísticos son una forma de experiencia y, al menos, parcialmente, son cosas sensibles. Es decir, no son tan disímbolos, como a primera vista parece.⁶⁸

Lo cual no quiere decir, sin embargo, que sean iguales o idénticos, más bien parece que los conceptos más antiguos son como metáforas o imágenes de los más recientes. Por ejemplo, la idea platónica como arquetipo puede ser entendida como una imagen intuitiva, pero imprecisa, de las categorías kantianas, y éstas, a su vez, pueden serlo de las reglas gramaticales de la filosofía. Claro que la gramática filosófica es también una metáfora que compara a las categorías y a los arquetipos con las reglas de la gramática lingüística, pues con las reglas gramaticales se producen enunciados de manera semejante a como con los arquetipos se producen conceptos o a como con las categorías se producen experiencias, como pensaban Platón y Kant, respectivamente.

Para Platón las ideas son los arquetipos o los prototipos a los cuales han de ajustarse los conceptos para que sean racionales o morales. Los arquetipos son los parámetros por medio de los cuales se mide la racionalidad o la

⁶⁵ Toulmin, Janik, *La Viena de Wittgenstein*, trad. Ignacio Gomez de Liaño, Taurus, Madrid, 1983, p. 3329.

⁶⁶ Shopenhauer, *op. cit.* p. 19.

⁶⁷ Wittgenstein, cit. por Brand, Gerd, *Los textos fundamentales de Ludwig Wittgenstein*, trad. Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, Alianza, Madrid, 1987, p. 35.

⁶⁸ Platón, “La República”, en Montes de Oca, Francisco, *La filosofía en sus fuentes*, Porrúa, México, 1992, p. 35: “Pues ésta es precisamente, mi querido Glaucón, la imagen de la condición humana. El antro subterráneo es este mundo visible; el fuego que lo ilumina, la luz del sol; el cautivo que sube a la región superior y la contempla, es el alma que se eleva hasta la esfera inteligible.”; Kant, “Crítica de la razón pura”, en *Idem.* p. 341: “Llamo trascendental todo conocimiento que se ocupa en general no tanto de objetos como de nuestro modo de conocerlos, en cuanto éste debe ser posible a priori.”; P.K. Wittgenstein, *op. cit.* p. 146: “La gramática es la totalidad de las reglas que indican en qué asociaciones las palabras tienen significado y las proposiciones sentido.”.

moralidad de un concepto.⁶⁹ Para Kant, las categorías son las condiciones generales para tener experiencias determinadas. Si tales categorías no son usadas, las experiencias posibles serán totalmente indeterminadas.⁷⁰ Para Wittgenstein, las reglas de la gramática filosófica sirven para establecer el juego del lenguaje filosófico. Si no se siguen tales reglas no se está haciendo filosofía, sino otra cosa.⁷¹

La función de los arquetipos, de las categorías y de las gramáticas es delimitar, rígidamente, un campo determinado del conocimiento. Incluso Wittgenstein que parece relativizar los respectivos juegos del lenguaje en relación con las gramáticas posibles, una vez establecidas éstas, no se pueden modificar, pues de lo contrario se estaría llevando a cabo otro juego del lenguaje.⁷² La rigidez de Platón y Kant es proverbial, pues para ellos los arquetipos y las categorías son eternos e innatos, respectivamente.⁷³

Para los tres, para Platón, para Kant y para Wittgenstein, los arquetipos, las categorías y las gramáticas determinan unilateralmente los conceptos, las experiencias o los enunciados de un juego del lenguaje.⁷⁴ Ninguno de los tres

⁶⁹ Platón, *Idem*, p. 35: “En los últimos límites del mundo inteligible está la idea de bien, que se percibe con trabajo, pero que no puede ser percibida sin concluir que ella es la causa primera de cuanto hay de bueno y de bello en el universo, que ella, en este mundo visible, produce luz y el astro de quien la luz viene directamente; que en el mundo invisible, engendra la verdad y la inteligencia; que es preciso, en fin, tener puestos los ojos en esa idea, si queremos conducirnos cuerdamente en al vida pública y privada.”

⁷⁰ Kant, “Crítica de la razón pura”, en Montes de Oca, op. cit. p. 335: “T también, sin necesidad de semejantes ejemplos para demostrar la realidad de principios puros *a priori* en nuestro conocimiento, podría mostrarse lo indispensable que son éstos para la posibilidad de la experiencia misma y, por tanto, exponerlos a priori.”; Berumen, Arturo, La teoría pura del derecho y materialismo histórico, (tesis) UNAM, México, 1989, p. 23: “los juicios sintéticos son a priori, no tan sólo porque tal unidad estructurada se realice, previamente, a la percepción de los objetos sensibles, sino que precisamente, porque existe previamente la estructuración de la unidad, es posible percibir los objetos sensibles de una manera inteligible y ubicable en el contexto que la totalidad de los propios juicios definen.”

⁷¹ Wittgenstein, op. cit. p. 132: “Si se alteran los juegos lingüísticos, se alteran los conceptos, y con los conceptos los significados de las palabras.”

⁷² Wittgenstein, *Ibidem*.

⁷³ Platón, “Menón”, cit. en Montes de Oca, op. cit. p. 39: “Así, pues, para el alma, siendo inmortal, renaciendo a la vida muchas veces, y habiendo visto todo lo que pasa, tanto en ésta como en la otra, no hay nada que ella no haya aprendido. Por esta razón, no es extraño que, respecto a la virtud y a todo lo demás, esté en estado de recordar lo que ha sabido (...) todo lo que se llega a buscar y aprender no es otra cosa que recordar.”; Kant, “Crítica de la razón pura”, en Montes de Oca, op. cit. p. 343: “El principal cuidado que haya que tener en la división de una ciencia semejante, es que no debe entrar en ella ningún concepto que contenga algo empírico, esto es: que el conocimiento a priori sea enteramente puro (...) Pues todo lo práctico, por cuanto encierra motivos, se refiere a sentimientos, los cuales pertenecen a las fuentes empíricas del conocimiento.”

⁷⁴ Platón, “República”, en Montes de Oca, op. cit. p. 37: “Así, el que se aplica a la dialéctica, vedándose absolutamente el uso de los sentidos, se eleva exclusivamente por medio de la razón hasta la esencia de las cosas, y así prosigue sus indagaciones hasta haber captado con el pensamiento la esencia del bien, ha llegado al límite de los conocimientos inteligibles, como el que ve el sol ha llegado al límite del conocimiento de las cosas visibles.”; Kant, “Crítica de la razón pura”, en Montes de Oca, op. cit. p. 335: “¿de dónde iba a sacar la experiencia su certeza si todas las reglas, por las cuales progresa fueran empíricas y por ende contingentes? Por eso no se puede fácilmente dar a és-

concibe que la transformación de los arquetipos, de las categorías y de las gramáticas dependa de la práctica contradictoria de los conceptos, de las experiencias o de los enunciados. Ni mucho menos que la reflexión sobre estas contradicciones pueda desembocar en una redeterminación de las gramáticas, las categorías o los arquetipos. Les falta la reciprocidad de los conceptos y, por tanto, la redeterminación recíproca de los mismos.

Lo cual no significa que a la redeterminación no le hagan falta los arquetipos, las categorías o las gramáticas, antes al contrario, las requiere para redeterminarse a sí misma por medio de ellas. Por ejemplo, la redeterminación puede entenderse como un arquetipo porque es un modelo para producir conceptos, sólo que un arquetipo dialéctico, o más bien, un modelo para producir conceptos, recíprocamente. Me parece que el arquetipo de la redeterminación es la conciencia de la intersubjetividad. Esta, la conciencia de la intersubjetividad funciona como un arquetipo platónico, pues puede entenderse como el molde, el troquel para realizar conceptos, recíprocamente determinados.

Paradójicamente, el arquetipo de la redeterminación de la conciencia intersubjetiva ha sido producida, históricamente, por medio de la reciprocidad del concepto. Es decir, la conciencia de la intersubjetividad de la conciencia ha sido determinada, históricamente, por la reciprocidad de los distintos conceptos filosóficos; pero una vez, constituida como tal, funciona o puede funcionar como arquetipo redeterminante de los conceptos particulares.

Sin embargo, el arquetipo de la redeterminación fue, a su vez, remeterminado por Hegel, mediante las categorías dialécticas de Kant, resultando la categoría de la redeterminación filosófica.⁷⁵ Del mismo modo podemos proponer que se vuelva a redeterminar, mediante el concepto de gramática filosófica de Wittgenstein. Así, podría decirse que la redeterminación es la gramática que se ha establecido, históricamente, de la conciencia de la intersubjetividad, que produce lógicamente, enunciados recíprocos.

Esto no quiere decir que cualquier persona, o en todo momento se emitan enunciados con una semántica de la reciprocidad, sino únicamente que la gramática de la redeterminación son las reglas para producir enunciados recíprocamente determinados, es decir, para redeterminar enunciados, recíprocamente. Una importante ventaja de redeterminar, lingüísticamente, a la idea de la redeterminación misma, es que nos posibilita no sólo arribar a enunciados recíprocos, sino también mediante procedimientos de reciprocidad. Es decir, mediante procedimientos comunicativos y racionales, pues en la reciprocidad consiste la racionalidad.⁷⁶

tas el valor de primeros principios.”; Wittgenstein, op. cit. p. 133: “Un cambio de la gramática de ese juego nos lleva realmente a otro juego diferente, pero no de algo verdadero a algo falso.”

⁷⁵Hegel, Lecciones sobre historia de la filosofía, III, p. 517: “la vida eterna consiste precisamente en producir eternamente y conciliar eternamente la contraposición. Saber en la unidad la contraposición y en la contraposición la unidad; tal es el saber absoluto; y la ciencia consiste en conocer esta unidad en todo su desarrollo a través de sí mismo.”

⁷⁶Hegel, Ciencia de la lógica, II (1974); p. 384: “su verdad consiste sólo en su reflexión mutua”.

1.4. La gramática de la redeterminación comunicativa

La conciencia intersubjetiva, determinada histórica y hermeneuticamente, por la gramática de la redeterminación, no tan sólo puede facilitarnos la elaboración de conceptos redeterminados, sino que constituye, a la vez, la condición y el resultado de la redeterminación comunicativa. Utilizaremos esta última expresión para significar la posibilidad de conciliar la acción comunicativa de Habermas y el espíritu absoluto de Hegel, cuestión con la que empezamos este escrito.

Considerar al espíritu absoluto como el método de la redeterminación, en sus tres dimensiones: intersubjetiva, conceptual e histórica, y a esta como la gramática de la reciprocidad, nos permite comparar al primero con la acción comunicativa, a la cual podemos considerarla también como la gramática de la comunicación.

Partimos del supuesto de que no son lo mismo, pero que tienen semejanzas o aproximaciones sorprendentes. Hegel considera que, para poder redeterminar un concepto en otro por medio de un tercero, es decir, para superarlos y conservarlos, a la vez, es necesario “precisar, soportar y superar la contradicción entre ellos.”⁷⁷ Por su parte Habermas considera que para lograr un consenso, discursivamente alcanzado, se requiere, a su vez, problematizar y desempeñar discursivamente las pretensiones de validez, en primer lugar; neutralizar los contextos de acción y asumir una actitud hipotética, en segundo lugar; y dejarse convencer por el mejor argumento, en tercer lugar.⁷⁸ Existen, entre la redeterminación dialéctica y la acción comunicativa, algunas semejanzas y algunas diferencias.

1) Precisar la contradicción entre los conceptos a redeterminar es semejante a la problematización y al desempeño discursivo de las pretensiones de validez, pues la contradicción sólo puede precisarse mediante el cuestionamiento y la defensa de las pretensiones de cada uno de los participantes. Sin embargo, son distintos porque la precisión de la contradicción puede hacerla

⁷⁷ Hegel, *Estética*, 2, pp. 60, 61.

⁷⁸ Habermas, “Notas sobre el desarrollo de la competencia interactiva”, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. Manuel Jiménez Redondo, REI, México, 1993, pp. 179, 180: “Con el tránsito al sistema desarrollado de actos de habla puede el contenido proposicional quedar separado del aspecto de relación interpersonal de la emisión o manifestación y, en uso cognitivo del lenguaje, convertirse en tema a fue de enunciado; pero el contenido proposicional permanece todavía en esta etapa hasta tal punto inserto en la acción comunicativa, que la pretensión de validez entablada a su favor, o bien se acepta ingenuamente, o se rechaza, pero aún no puede ser examinada como tal en actitud hipotética. Sólo con el tránsito al discurso puede la pretensión de validez de una afirmación o la pretensión de rectitud de un mandato (o la pretensión de adecuación de una valoración) separarse del contenido proposicional, ser puesta explícitamente en cuestión y convertirse en tema. En el discurso el contenido proposicional de una afirmación queda privado de su fuerza asertórica y tratado como un estado de cosas que puede ser el caso, pero que también puede no ser el caso (...) Sólo con el tránsito al discurso queda desplazado el contexto de experiencia y acción y convertido en condiciones de contorno de la comunicación. El habla argumentativa puede considerarse como prosecución de la acción orientada al entendimiento.”

un sujeto que confronta, en su conciencia, y somete al “troquel” del espíritu absoluto los conceptos contradictorios, mientras que el cuestionamiento y la defensa de pretensiones de validez se realiza entre dos o más individuos que se comunican.⁷⁹

Pero esta diferencia no tiene porque impedir, antes al contrario, su complementación recíproca. Bien podemos decir que la precisión de la contradicción hegeliana es un cuestionamiento y una defensa con respecto de dos ideas contradictorias u opuestas llevadas a cabo, internamente, en la conciencia del sujeto. También puede decirse que la problematización y el desempeño discursivo de las pretensiones de validez (habermasianos), pueden entenderse como la precisión comunicativa de la contradicción. Es una precisión externa, intersubjetiva de la contradicción.

De hecho, en un diálogo racional ambos aspectos, el interno y el externo suceden. Después de una problematización y de una defensa comunicativa, es común que cada contendiente, siga discutiendo, en su fuero interno, con el otro y, viceversa, que después de una reflexión interna, se puedan proporcionar nuevos argumentos a favor o en contra de una cuestión debatida. Con la combinación de la discusión externa y de la discusión interna es como se van precisando las contradicciones entre las ideas opuestas. Por ello, la filosofía de la conciencia y la filosofía del lenguaje no tienen porque absolutizarse, sino es necesario aceptar que guardan, entre sí también, una relación de reciprocidad.⁸⁰

2) Soportar todo el peso de la contradicción tiene también gran semejanza con la neutralización del contexto de acción y con la asunción de una actitud hipotética. Soportar la contradicción entre dos conceptos quiere decir, para Hegel, que el sujeto que redetermina no debe favorecer ni soslayar a ninguno de ellos, para evitar su parcialidad. Por muy doloroso e incómodo que resulte para el pensamiento, deben tomarse los dos conceptos contradictorios y llevarlos hasta el extremo, hasta su punto nodal de transformación, hasta la redeterminación misma.⁸¹ Por su parte, la neutralización de los contextos de acción significa, para Habermas, que, en una comunicación racional debemos tratar de evitar que influyan en nosotros todas las coacciones que no sean la del mejor argumento, para lo cual el mejor camino es la actitud hipotética, para no precipitarnos a tomar una decisión o formarnos una opinión, sin tomar, seriamente en cuenta los argumentos de nuestro interlocutor, del que suponemos que, hipotéticamente, tiene la razón. Este es el punto más difícil, tanto de la redeterminación como de la comunicación racional, pues tendemos a favorecer o a aceptar

⁷⁹Habermas, “Lecciones sobre una fundamentación de la sociología en términos de teoría del lenguaje”, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, pp. 98, 99: “Las distintas pretensiones de validez sólo se tematizan cuando el funcionamiento del juego del lenguaje queda perturbado y el consenso de fondo es puesto en cuestión. Entonces se presentan preguntas y respuestas típicas; éstas son componente normal de la práctica comunicativa.”

⁸⁰Hegel, *Estética*, 2, p. 33: “la filosofía se introduce en medio de las determinaciones contradictorias, las conoce según su concepto, es decir, en su unilateralidad no absoluta, sino en tanto se disuelven, y las coloca en armonía y unidad que es la verdad.”

⁸¹Hegel, *Ciencia de la lógica*, I, 76

la postura más acorde con nuestras ideas, sin siquiera ponernos a suponer que la otra idea o el otro interlocutor pudieran tener razón, cuando menos en parte, e inmediatamente le descalificamos en términos absolutos.

La situación de la redeterminación y de la acción comunicativa no es, sin embargo, la misma ante esta dificultad, que echa a perder, tantas veces, el diálogo y la reflexión. La acción comunicativa tiene la ventaja de que los interlocutores se controlan recíprocamente, cuando cualquiera de ellos quiere o tiende a soslayar las ideas del otro. Resto mismo, constituye, empero, su desventaja, pues, sin el debido respeto al reconocimiento del otro, este recíproco control puede volverse un recíproco rechazo y una lucha por el prestigio que puede volver al diálogo comunicativo, en dos monólogos autopoiéticos.⁸² Por parte de la redeterminación sólo cuenta, para su control, con la íntima convicción de que únicamente soportando la contradicción se puede llegar a un resultado redeterminativo. Lo cual lleva implícito el peligro de favorecer, aunque sea, inconscientemente, la propia posición. Pero, en cambio, cuenta con la ventaja de que, en la intimidad de la conciencia es más fácil reconocer un error propio y también un acierto en las ideas de la contraparte. Todo lo cual nos lleva a concluir que la sola redeterminación y las sola comunicación racional son insuficientes para pensar y hablar racional y objetivamente. Nuevamente, nos volvemos a encontrar su reciprocidad.

3) Por último, la superación de la contradicción y el consenso argumentativamente alcanzado tienen semejanzas innegables. El mismo Hegel habla, en ocasiones, de acuerdo, aparte de síntesis,⁸³ y el consenso puede entenderse como la superación de una contradicción comunicativa.⁸⁴ También dice Hegel que si no se supera la contradicción el pensamiento se “hunde en ella”.⁸⁵ Por su parte, Habermas considera que la comunicación fracasa cuando hay un consenso interrumpido o inacabado.⁸⁶

Sin embargo, también son importantes las diferencias entre la redeterminación dialéctica y comunicación racional, en este punto. Aunque la comuni-

⁸²Habermas, “Derecho y moral”, en *El derecho, la política y la ética*, trad. David, Sobrevilla, Siglo XXI, México, 1991, p. 53: “Evidentemente, con las cargas argumentativas conforme a un procedimiento se institucionaliza un impulso autocrítico, que puede romper la autoilusión que ha sido elevado por Luhmann al nivel de la necesidad del sistema.”

⁸³Hegel, *Fenomenología*, p. 46.

⁸⁴Habermas, *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 79, 80: “En ella (en la acción comunicativa) los actores, en el papel de hablantes y oyentes, tratan de negociar interpretaciones comunes de la situación y de sintonizar sus respectivos planes de acción a través de procesos de entendimiento, es decir, por vía de una persecución sin reservas de fines ilocucionarios.”

⁸⁵Hegel, *Estética*, 2, p. 28.

⁸⁶Habermas, “¿Qué significa pragmática universal?”, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, p. 301: “En cuanto, a lo menos para una de las pretensiones de validez, queda en suspenso la presuposición de cumplimiento o desempeñabilidad, la acción comunicativa no puede proseguirse.”

cación racional o la acción comunicativa tiene una finalidad reconstructiva,⁸⁷ se distingue de la redeterminación dialéctica en que no apela a mecanismos concretos de superación del consenso perturbado, a no ser el “mejor argumento” o a la “ponderación” argumentativa.⁸⁸ En cambio la redeterminación dialéctica parece contar con una gama más amplia de recursos para “conservar y superar”, a la vez, como pueden ser, la unidad de los contrarios, la reinversión de la inversión ideológica, la resubunción, entre otros.⁸⁹

Podemos decir que la redeterminación dialéctica es la mejor manera de alcanzar, discursivamente, un consenso, y, viceversa, que la mejor manera de redeterminar conceptos, es mediante una comunicación racional. En este tercer punto, encontramos, pues, también la reciprocidad entre ambos. Lo cual nos lleva a sospechar que ambas pueden redeterminarse recíprocamente. Así, podemos decir, que la comunicación racional tendrá que ser redeterminativa y la redeterminación tendrá que ser comunicativa para que sean más eficaces y más objetivas. Pero ni aún, en conjunto, ambas teorías pueden garantizar, absolutamente, contra los errores y las ideologías.

Nos parece que con las anteriores consideraciones, la acción comunicativa habermasiana ha servido para redeterminar al espíritu absoluto hegeliano, pues le ha dado una facticidad lingüística de la que carecía. Pues, en todas sus dimensiones: la intersubjetiva, la conceptual y la histórica, la redeterminación se entiende como una gramática comunicativa, es decir, como las reglas para transformar una idea en otra mediante una tercera, de modo que las tres queden articuladas en una cuarta. Tales reglas son las reglas de una dialéctica comunicativa: 1) precisar la contradicción entre la problematización y la defensa de las pretensiones de validez; 2) soportar la contradicción entre ellas, mediante la neutralización de los contextos de acción y mediante la asunción de una actitud hipotética y 3) y superar la contradicción mediante los mejores argumentos. Pero también la acción comunicativa ha quedado redeterminada, pues su propia finalidad tendría que ser, según esto, la conservación y la superación de las pretensiones de validez en disputa.

Podemos concluir diciendo que el espíritu absoluto ha ampliado su extensión, pues la gramática comunicativa no tan sólo redetermina la intersubje-

⁸⁷Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, I, trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1989, p. 193: “Tal programa tiene por objeto reconstrucciones hipotéticas de ese saber preteórico de que los hablantes competentes hacen uso cuando emplean oraciones orientadas al entendimiento.”

⁸⁸Habermas, “Aspectos de la racionalidad de la acción”, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, p. 385: “Pues bien, pasemos a la acción comunicativa. Cuando se logra un entendimiento, conduce entre los participantes a un acuerdo. Un acuerdo comunicativamente alcanzado (o presupuesto en común en el contexto de acción) cumple no sólo las condiciones de un acuerdo fácticamente existente. Antes bien, el acuerdo sólo se produce bajo condiciones que remiten a una base racional. El acuerdo descansa sobre una convicción común. La acción comunicativa de uno se logra cuando el otro la acepta de forma específica; cuando el otro (siquiera implícitamente) toma postura con un “sí” o con un “no” frente a una pretensión de validez en principio susceptible de crítica.” ; Alexy, Robert, “Sistemas jurídicos y razón práctica”, en *Derecho y razón práctica*, trad. Manuel Atienza, México, Fontamara, 1993, p. 13.

⁸⁹Berumen, *Ética jurídica*, pp. 69, 90.

tividad de la conciencia, ni tan sólo la reciprocidad del concepto, ni solamente la hermenéutica de la historia, sino también a la propia acción comunicativa. Por ello, nos parece válido decir que **la redeterminación es la gramática del espíritu absoluto, constituida hermenéuticamente como el arquetipo de la conciencia intersubjetiva, para la elaboración de conceptos recíprocos mediante la acción comunicativa racional.**

**“LA CONVERSACIÓN DE LA HUMANIDAD”:
LA CRÍTICA UNIVERSALISTA DEL PLURALISMO JURÍDICO**

*RICHARD MOHR**

Resumen: El presente artículo presenta un análisis empírico-normativo sobre el nivel procedimental de las tensiones epistemológicas entre el pluralismo y el universalismo. Los postulados de la acción comunicativa y de su ética se presentan como elementos de coincidencia entre ambas corrientes en la articulación de un discurso jurídico-político que cuestiona la perspectiva etnocéntrica.

Resumo: O artigo apresenta uma análise empírico-normativo sobre o nível procedimental das tensões epistemológicas entre o pluralismo e o universalismo. Os postulados da ação comunicativa e da sua ética aparecem como elementos da consciência entre ambas correntes na articulação de um discurso jurídico-político que questione a perspectiva etnocêntrica.

Abstract: This article presents an empirical analysis on policy-level procedural epistemological of tensions between pluralism and universalism. The tenets of action communicative and his ethics are presented as elements of commonality between the two currents in the articulation of a legal-political discourse that challenges the ethnocentric perspective.

1. Introducción

Este artículo es un análisis parcial acerca de la validez de los postulados del universalismo jurídico y su relación con respecto al pluralismo jurídico. Hacer un análisis binario entre el universalismo y el pluralismo no tiene mucho sentido, sin embargo, existen maneras en las cuales al ser confrontadas estas nociones legales se producen conflictos entre ellas. Los académicos en el área jurídica a menudo se encuentran con este conflicto en cuanto a dos aspectos que están en competencia: por un lado, enseñar a los estudiantes reglas claras de interpretación jurídica; y por el otro, incentivarlos a entender la naturaleza contingente e indeterminada del derecho. Varias escuelas de pensamiento socio jurídico son partidarias de la promoción bien sea de la hegemonía monista o bien de modelos pluralistas alternativos.

En este trabajo comienzo por aclarar los aspectos resaltantes del pluralismo y el universalismo en el derecho contemporáneo y sus aplicaciones. Estando sometidos a la presión de un doble ataque por parte de los derechos humanos y la tolerancia multicultural, los seguidores de los derechos individuales están cada día más alineados con los seguidores de los derechos colectivos. Sin embargo, existen distinciones entre los derechos humanos universales correspondientes a cada persona y los derechos colectivos que pueden variar entre

* *Faculty of Law, University of Wollongong, NSW 2522, Australia rmohr@uow.edu.au* Versiones previas a este artículo las presenté a mediados del 2003, como invitado en un seminario en el *Socio-legal Research Center, Griffith University, Brisbane*, como presentador en el club de lectura de la *Université McGill*, Montreal y en la conferencia del Comité de Investigación de Sociología Jurídica de la Organización Internacional de Sociología, *St. Anne's College, Oxford*. Agradezco la ayuda que los comentarios de los participantes de estos foros me han brindado, para el desarrollo de este artículo. Traducción del Inglés por Gabriel García.

un grupo y otro. Las posiciones mas defendibles del universalismo se han abstenido de basar sus argumentos en principios y derechos liberales fundamentales, enfocándose por el contrario, en la justicia procesal. En este punto sería posible una reconciliación entre el universalismo y el pluralismo, ciertamente, en los debates entre los seguidores del discurso ético, el feminismo y el comunitarismo han logrado cierto grado de acuerdo. ¿Podrían existir procedimientos válidos universalmente que logren resultados aplicables tanto para los individuos como para las comunidades al mismo tiempo?

Abordo esta pregunta analizando algunos de los argumentos más sólidos acerca del conocimiento y procesos de toma de decisiones entre pluralistas y universalistas. En este sentido, considero a Seyla Benhabib como una de las más acomodaticias universalistas y someteré sus postulados acerca de procedimientos universales, a un escrutinio desde un punto de vista pluralista y multicultural.

La posibilidad de procedimientos válidos universalmente se reduce a tres puntos básicos: Debemos ser capaces de comunicarnos, honesta e igualitariamente, a través de las divisiones culturales, geográficas y de riqueza. Así mismo, debe ser posible que entre estas divisiones existan razones imparciales, universalmente convincentes para la toma de decisiones, y por último, es necesario la posibilidad de consenso. Son loables los intentos por lograr esta meta e incluso, hasta los pluralistas deberían ser aplaudidos por participar en ellos. Sin embargo, si los argumentos universales se tornan irreales, o peor aun, si son una máscara para continuar la explotación, entonces los pluralistas podrían aprender de estos intentos, pero deben insistir sobre los derechos colectivos y los procedimientos culturales específicos. En otras palabras, las culturas subalternas serían bien aconsejadas, si se les recomienda mantener su propio sistema jurídico y epistemológico y continúan insistiendo en la autodeterminación.

La coexistencia entre el derecho indígena y el derecho del Estado ha sido el campo de batalla por excelencia para el pluralismo jurídico en Australia. Parecieran existir condiciones similares en América Latina¹. Como australiano, frecuentemente, considero las demandas indígenas (las cuales vale decir, son rara vez exitosas a la luz del derecho del Estado) como los casos más difíciles de utilizar para comparar o medir varios de los argumentos a favor o en contra del pluralismo o del universalismo.²

El pluralismo jurídico resulta atractivo desde la óptica normativa y además creíble como una descripción de cómo la gente y las comunidades experimentan realmente la ley. Por otro lado, cuando se enseña el derecho o se analiza la forma como los tribunales y la ley formal australiana operan, el derecho estaría mejor descrito si se considera como un sistema monista que se

¹ Óscar Correas, *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena*, Mexico DF, Fontamara, 2003

² He explorado la relación existente entre el significado del "common law" y el derecho indígena en Richard Mohr, "Shifting Ground: Context and Change in Two Australian Legal Systems", *International Journal for the Semiotics of Law*, núm. 15, 2002.

contiene así mismo (o “autopoético”), y que es autosuficiente e incapaz de usar cualquier fuente alternativa de autoridad jurídica. Desde una perspectiva crítica y radical, encuentro desagradable el autoritarismo imperialista del “*common law*” australiano, por esta razón la atracción al pluralismo normativo; sin embargo, soy lo suficientemente universalista, como para mantener un lazo sentimental con los derechos fundamentales y algunos estándares de decencia legal que son válidos para toda la humanidad.

He comenzado aquí ventilando algunos de mis prejuicios, no para convencerlos para que los compartan conmigo, sino por el contrario, para iniciar un análisis de las tensiones existentes entre el pluralismo y el universalismo.³ Estas confesiones iniciales apuntan a dos maneras diferentes de analizar cualquier debate entre pluralistas y universalistas: el empírico y el normativo. Expandir los ejes de un análisis como éste, sugiere la posibilidad de ser un pluralista normativo, que se deprime por los resultados empíricos, los cuales consistentemente señalan la naturaleza monista del derecho formal. Esta condición emocional bipolar podría incluso ser aliviada por algún tipo de esquizofrenia, que me permitiera ser un pluralista doméstico y un universalista internacional. Este estado mental podría también reflejarse en mi trabajo empírico, de manera, que podría estudiar el derecho informal en una comunidad rural utópica en Australia, o seguir a Boaventura de Sousa Santos hacia las favelas de Río de Janeiro⁴, para compartir la confirmación de mi pluralismo. Si esto me entusiasma demasiado, podría volver a la calma leyendo sentencias recientes relacionadas con derechos de propiedad sobre tierras indígenas, dictadas por la *High Court* de Australia, o me imagino, por las Cortes Supremas de muchos otros países.

Por supuesto, este mundo dual de depresivos socio-jurídicos y antidepresivos, es a la vez fácil y demasiado simple. Es demasiado fácil, porque al final debemos tomar decisiones difíciles dentro de un abanico de posibilidades. A su vez, es demasiado simple, porque existen otras dimensiones a través de las cuales podemos analizar la división plural/unitaria. Ni los argumentos empíricos ni los normativos son exhaustivos ni son mutuamente excluyentes, tal como lo discuto con mayor detalle mas adelante. El pluralismo y el universalismo pueden también ser contrastados en términos ontológicos y epistemológicos. Regresaré a estas distinciones, para presentar el punto principal de los trabajos sobre argumentos procesales y epistemológicos.

Antes de explicar por qué utilizaré este enfoque, brevemente, quiero ratificar la relevancia de la discusión entre estas dos nociones, refiriéndome a polémicas, recientemente surgidas sobre el terrorismo y el choque de culturas

³ Al yuxtaponer pluralismo y universalismo, no sugiero que esta sea la única alternativa. El pluralismo tiene muchos adversarios, básicamente fundamentalistas. He escogido al universalismo, para el propósito de esta discusión, porque es la alternativa más defendible y ha sido muy bien expuesta en algunos de los trabajos que cito mas adelante.

⁴ Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995, pp 124 y ss.

que ha sido orquestado por fundamentalistas en el Medio Oriente y los Estados Unidos (con la ayuda de una coalición deseosa en Australia y Europa). En el contexto actual, el pluralismo toma una relevancia nueva, y encuentra argumentos novedosos.

En un artículo reciente, un científico político australiano, David Martin Jones, identificó la atracción que tienen las democracias occidentales por agentes de redes terroristas como Al-Qaeda. Él señala que tales grupos fundamentalistas surgen con frecuencia de una clase media educada, que se siente más cómoda en la metrópolis que en el campo. Jones también observó los beneficios que para los terroristas representa el sistema legal tolerante de Londres por encima de los del Cairo o Singapur. Los regímenes orientales intolerantes tendrían menos escrúpulos para violar los derechos civiles de estas personas que los que podrían tener en el Reino Unido, “donde la culpa liberal acerca de los pecados coloniales de la Gran Bretaña se impone sobre el sentido común en estos días”. Esta enfermedad tiene un nombre:

El pluralismo del Olimpo sostiene que las minorías culturales poseen el derecho colectivo de su propio desarrollo separado, incluso cuando ese desarrollo sea uno no liberal, aun a expensas del cosmopolitismo polimorfo que lo soporta. Actuar, o hasta pensar, de otra forma sería en el mejor de los casos intolerable, y en el peor caso sería racista.⁵

Esta crítica parece característica de la nueva intolerancia que se torna demasiado común en este joven siglo veintiuno. Esa intolerancia que infringe los derechos humanos y civiles en nombre de la “guerra al terrorismo” ha sido discutida en debates políticos e intelectuales sobre legislaciones como la ley estadounidense “PATRIOT” o los debates parlamentarios y comunitarios que han ocurrido con ocasión de las enmiendas propuestas a las leyes de seguridad australianas y los poderes de la Agencia Australiana de Seguridad e Inteligencia. La versión de Jones del sentido común podría haber sido ya utilizada en los Estados Unidos donde han deportando a sujetos sospechosos hacia países entre cuyas técnicas vigorosas de interrogatorio se incluye la tortura.⁶

Apoyo para lo que los medios australianos les gusta llamar “nuevas leyes duras anti-terrorismo” ha surgido de seguidores de la “ley y el orden” y de un Estado fuerte. La perspectiva de Jones indica un nuevo enfoque que no sólo confronta los derechos civiles individuales contra los poderes del Estado, sino que a la vez apunta a los “derechos comunitarios”. Sin embargo, es muy poco el avance de estos derechos y reclamos en lo que una vez fuera oficialmente una sociedad multicultural como Australia, ahora son vistos como amenazas a la seguridad nacional y a la identidad nacional. Fred Nile del

⁵ David Martin Jones, “*The Cybercaliphate*”, *Australian Financial Review*, 11 April 2003, p 9.

⁶ En un juicio intentado por un canadiense llamado Maher Arar contra oficiales americanos, él argumentó que fue deportado a Siria, “precisamente porque en ese país podían usar métodos interrogatorios que no serían legales ni moralmente aceptables en [Estados Unidos].” Grant McCool, “*Al-Qaeda suspect sues over torture*”, *Sydney Morning Herald*, Sydney, 24-25 January 2004, 14.

Consejo Legislativo del Estado Australiano de *New South Wales* confundió peor aun estas amenazas el año pasado (y hasta podría decirse, que jocosamente), cuando instó a la prohibición del traje musulmán debido a la posibilidad de que un terrorista escondiera armas bajo el velo u otra prenda de vestir holgada.⁷

La oposición a esta doble amenaza que se cierne sobre la tolerancia y las libertades civiles, se ha unificado sobre dos premisas distintivas. Una tradición universalista liberal se crea para proteger derechos civiles y humanos. Estos argumentos podrían ser necesarios para hacer oposición a leyes draconianas utilizadas para la detención de extranjeros ilegales, o para utilizarlas en reclamos referidos al estatus de refugiados. El pluralismo podría encajar más en la promoción de la tolerancia multicultural, la cual es esencial en los espacios públicos de nuestras calles, escuelas y medios de comunicación.⁸ Quizás, en tiempos como éstos, los pluralistas tolerantes y los defensores de las libertades civiles no necesitan entrar en disputas derivadas de puntos de la teoría finamente extraídos. En el debate político del día a día, éstos deben complementarse en lugar de excluirse mutuamente. Sin embargo, ciertas justificaciones subyacentes para estas posiciones se basan en fundamentaciones teóricas distintas. Estas posiciones o debates alrededor del universalismo y pluralismo, pueden ser vistas conjuntamente, como una serie de líneas no bien definidas.

Los derechos comunitarios o colectivos son defendidos por los pluralistas como una corrección esencial de los derechos individuales. Boaventura de Sousa Santos señala que los orígenes imperialistas y el etnocentrismo de las concepciones occidentales sobre derechos humanos, los priva de su legitimidad en otras culturas. Para superar estas imperfecciones, el propone el mestizaje de los derechos humanos, método a través del cual, se tomarían en cuenta algunos valores no occidentales. El elemento mas relevante de esta transformación sería el reconocimiento del “individualismo posesivo que asedia la concepción occidental de los derechos humanos”, los cuales pueden ser superados a través del reconocimiento de los derechos colectivos (incluyendo el derecho a la autodeterminación) y las responsabilidades.⁹ La referencia que hace de Sousa Santos a la “legitimidad”, invoca la más jurídica de las defensas del pluralismo. Retornaré mas adelante, a un rango más amplio de debates.

La legitimidad para Hans Kelsen, esta determinada por la validez, entendida ésta como el apoyo a un orden legal, pero limitada por la eficacia. En

⁷ Juliet Rogers ha analizado este enfoque sobre la identidad nacional en “*Legislating Difference: The Making of National Fantasy in (Multi)Cultural Australia*”, artículo presentado en *Opening Law: the 20th Annual Law & Society Conference, University of Wollongong, 9-11 December 2002*. En Francia el ya largo debate sobre el velo musulmán, ha tomado extremos trágicos.

⁸ Continúo el diálogo de algunas de estas ideas con Wesley Pue de la Universidad de *British Columbia* en Vancouver, quien comentó en un foro sobre “la guerra contra el terror”, que el liberalismo luce cada vez mas atractivo en la presente Era (4 de junio de 2003, *Legal Intersections Research Centre y el Centre for Canadian-Australian Studies, University of Wollongong*).

⁹ de Sousa Santos, cit. p 351.

otras palabras, para ser legítimo un derecho debe ser válido y efectivo a la vez.¹⁰ La eficacia puede ser determinada empíricamente. Ya he sugerido que perspectivas empíricas diferentes – ya sea de las favelas de Río de Janeiro o de la Corte Suprema – producen diferentes resultados. Correas ha desarrollado la eficacia como la entiende Kelsen y la ha transformado en una justificación de la legitimidad normativa de la ley indígena, basada en la posibilidad de demostrar empíricamente su eficacia.¹¹ Este argumento priva al positivismo monista de sus argumentos acerca de la universalidad, al demostrar que en los estados colonizados o en aquellos que resultaron después de la colonización, como México y Australia, existen más de un orden jurídico efectivo. Sin embargo, el hecho de demostrar que un orden jurídico específico y existente carece de legitimidad universal, tampoco prueba la imposibilidad de lograr principios y procesos universales.

2. Decidiendo la cuestión del pluralismo

Quiero buscar otros argumentos que ayuden a decidir entre el universalismo y el pluralismo. Aun cuando no comparto la óptica Weberiana o emotivista de que las decisiones morales son al final injustificables¹², pareciera una tarea desalentadora el justificar cualquier punto de vista pluralista o universalista en terrenos puramente normativos. Justificar o negar principios universales es una tarea que escapa a las pretensiones de este artículo. Sin embargo, defensores contemporáneos del universalismo podrían hacer descansar sus argumentos en procedimientos en lugar de principios, con el fin de lograr certeza moral, acerca de si una ley natural o una categoría moral universal Kantiana o si justificaciones de derecho y justicia, parecieran estar basadas sobre bases procesales, en lugar de fundamentos morales¹³ (Habermas 1996; Hampshire 1989; Rawls 1972).

Es en este nivel procedimental que intento probar los argumentos en conflictos del universalismo y el pluralismo. Esta tarea podría afrontarse ya sea desde un punto de vista ontológico o epistemológico. El debate ontológico sobre derechos colectivos se enfocaría en la pregunta de si los “individuos” o las “sociedades” existen. La famosa negativa de Margaret Thatcher de admitir la existencia de la sociedad, si bien pobremente fundamentada, es un argumento ontológico particularmente directo. Los defensores del comunitarismo y los constructivistas son escépticos en cuanto a creer que los individuos pueden existir sin el bagaje lingüístico y cultural, que nos hacen miembros de

¹⁰ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law (Reine Rechtslehre)*, Berkeley, CA, University of California Press, 1967 (1934), pp 209-12.

¹¹ Correas, cit. pp 71 et passim.

¹² Alisdair MacIntyre, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, London, Duckworth, 1985, p 26.

¹³ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge UK, Polity Press, 1996; Stuart Hampshire, *Innocence and Experience*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1989; John Rawls, *A Theory of Justice*, London, Oxford University Press, 1972.

comunidades humanas. La existencia de individuos o comunidades oculta, parcialmente, el origen de donde se derivan muchas de las bases de los derechos o de los fundamentos alternativos de órdenes sociales y legales. Tanto los debates liberales-comunitaristas sobre derechos colectivos, como los debates acerca de identidad política,¹⁴ así como aquellos referidos al tema multicultural,¹⁵ están basados en una variedad de asunciones ontológicas. La pregunta acerca del aspecto ontológico de este tema, la dejaremos para otro día.

3. Sobre el universalismo

Quiero dedicar el resto de esta discusión al enfoque epistemológico de los aspectos procesales del universalismo. Dado que estoy yuxtaponiendo el universalismo al pluralismo jurídico, se requieren unas breves palabras en cuanto a derecho y epistemología. El derecho descansa en nociones de conocimiento y en el proceso requerido para alcanzar decisiones legítimas. En este punto, no volveré a discutir en contra de la distinción positivista que insiste en que el derecho es un sistema hermético y determinante que se aplica a hechos que poseen su propia existencia. En cambio, sugeriré brevemente, una relación más factible entre el derecho y el conocimiento, basada en la retórica clásica. Las decisiones legales no son ni verdaderas ni falsas, por el contrario ellas son razonables o persuasivas. En la discusión aristotélica de retórica, esto envuelve un método de argumentación que va desde opiniones generalmente sostenidas hacia conclusiones relevantes a cualquier problema que se plantee. La resolución de debates legales depende de que un argumento sea el más aceptable, porque éste se corresponde con la óptica más “razonable”.¹⁶ La base del debate legal (retórica o política) está constituida por la “opinión generalmente aceptada” y por los argumentos “persuasivos”, lo que debe alertarnos acerca del centralismo de una comunidad cultural o moral. ¿Quién sostiene estas opiniones y a quiénes persuadimos? ¿A una comunidad (humana) o a muchas?¹⁷

La defensa mejor desarrollada de la “ética comunicacional (o el “discurso ético”), proviene de la “teoría de la acción comunicativa” de Jürgen Habermas. En esta teoría la deliberación política y legal descansan sobre principios de competencia comunicativa o libertad comunicativa. Esto incluye principios tales como: todas las partes interesadas deben ser escuchadas y deben

¹⁴ Nancy Fraser, "From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a 'Post-Socialist' Age", *New Left Review*, núm. 212, 1995; Nancy Fraser, "A Rejoinder to Iris Young", *New Left Review*, núm. 223, 1997; Iris Marion Young, "Unruly Categories: A Critique of Nancy Fraser's Dual Systems Theory", *New Left Review*, núm. 222, 1997.

¹⁵ Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

¹⁶ Valentino Petrucci, "Retorica, Diritto e Scienza Sociale", *Sociologia del Diritto*, núm. 27, 2000, pp 36-37.

¹⁷ Los seguidores de la “nueva retórica” de Perelman lo han utilizado apelando a una “audiencia universal”. Esto origina preguntas sobre la manera como podríamos comunicarnos con dicha entidad universal, y como sus participantes podrían comunicarse entre sí. Christopher W. Tindale, *Acts of Arguing: A Rhetorical Model of Argument*, Albany, NY, State University of New York Press, 1999.

asegurarse que su comunicación sea entendida y no sea internamente contradictoria, y todas las partes deben prescindir del uso de la fuerza y cooperar con sinceridad en la búsqueda de la verdad.¹⁸

Para centrarnos en la comunicación entre las partes y la deliberación pública sobre las políticas, debemos enfocar la atención en la posición de estos públicos y el lenguaje que utilizan. Al análisis previo de retórica de las fuentes de opiniones y los roles respectivos de las partes y audiencias, ahora agregamos preguntas sobre el lenguaje. Las diversas comunidades morales y público ¿utilizan el mismo lenguaje? ¿Una palabra en un discurso significa lo mismo cuando se usa en un discurso diferente o por una comunidad distinta?

Cada uno de estos puntos es extremadamente importante para el derecho, considerado como un sistema de deliberación pública. Las leyes se basan en el lenguaje, como consecuencia, el significado que invocamos determina nuestros argumentos legales. Esto también es así, para las personas que toman las decisiones fundamentados en el ámbito cultural y político de nuestras comunicaciones públicas. En cada una de estas áreas la deliberación legal se basa en el conocimiento y forma como lo utilizamos. En cada una de estas áreas, la teoría de Habermas de la acción comunicativa ha sido criticada por algunos pluralistas y feministas. Al manejar el lenguaje, él ha sido acusado de omitir los gestos, los tonos del lenguaje, la ironía y la vaguedad del significado¹⁹. Young ha considerado el punto de vista contingente de quien delibera, criticando la asunción de Habermas de una razón normativa universal basada en la imparcialidad.²⁰

Fraser ha analizado los puntos referidos a las inequidades estructurales y desbalances de poder, así como las tan discutidas fronteras entre lo público y lo privado dentro de “democracias realmente existentes”, retando a los seguidores de la corriente de Habermas, a explicar los límites de la forma específica de

¹⁸ Habermas desarrolló estas ópticas desde mediados del año 1970. El criterio citado proviene de sus trabajos iniciales (Jürgen Habermas, *Legitimation Crisis*, London, Heinemann, 1976) el cual especificaba criterios sobre la “competencia comunicativa” en una “teoría de acción comunicativa” (Jürgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action*, Cambridge, MA, MIT Press, 1990). Habermas luego desarrolló su teoría ética de los arreglos procedimentales de las democracias contemporáneas (Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge UK, Polity Press, 1996), como “ética de discurso”, basada en deliberación pública. Cualquiera de estos términos puede referirse a varias facetas del trabajo consistente de Habermas.

¹⁹ Judith Butler, *Excitable Speech: A Politics of the Performative*, New York, Routledge, 1997; Iris Marion Young, “Impartiality and the Civic Public” en Seyla Benhabib y Druscilla Cornell (compiladores), *Feminism as Critique: On the Politics of Gender*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987, p 71.

²⁰ “Tal como las teorías de Rawls y Ackerman, este aspecto de la teoría de Habermas se basa en presupuestos contrarios a los hechos, que construyen un comienzo imparcial para sacar al universalismo del discurso moral.” Iris Marion Young, “Impartiality and the Civic Public” en S. Benhabib y D. Cornell (compiladores), *Feminism as Critique: On the Politics of Gender*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987, p 106. Young lista escritos anteriores de Benhabib en los cuales propone en este argumento un “ella concreto” en lugar de un “otro generalizado”.

democracia que disfrutamos en las sociedades capitalistas más nuevas, mientras alerta a la gente en otras partes del mundo contra el llamado a instaurarlas”.²¹ Pronto retomaré cada una de estas críticas.

En el idioma inglés, Seyla Benhabib ha sido una de las partidarias más brillantes y críticas de Habermas. En 1990, ella conjugó diferentes ópticas acerca de la filosofía moral y práctica, para proteger a la ética comunicacional de las críticas que denominó “neo-Aristotélicas”. En esa oportunidad, ella enfatizó la universalidad del discurso por sobre las categorías morales universales Kantianas.

El énfasis ahora es menor en el acuerdo racional, pero mayor sosteniendo aquellas prácticas normativas y relaciones morales dentro de lo que consideramos acuerdo racional como una forma en la que la vida puede florecer y continuar.²²

En su libro más reciente, *The Claims of Culture*²³ Benhabib se pregunta si el universalismo es etnocéntrico. Lo que resta de este artículo, lo dedicaré a intentar responder esta pregunta, asumiendo los argumentos de Benhabib, y esbozando sus ejemplos.

En virtud de la ausencia de principios morales universales (ej. una ley natural), una ley universalista depende de la posibilidad de un procedimiento deliberante universalmente acordado. Benhabib defiende tres condiciones para el universalismo procesal:

- La posibilidad de comunicación a través de las culturas;
- Estándares comúnmente aceptados sobre las razones imparciales para las decisiones; y
- La posibilidad del consenso a través de la deliberación.²⁴

La primera de ellas es una condición necesaria para la conversación multicultural, y afecta a las otras dos, una o ambas, se requieren para alcanzar una decisión deliberante. Regresaré a estas preguntas difíciles de decisiones después de lidiar con la posibilidad de comunicación. Antes de ser capaces de sostener una conversación, debemos ser capaces de entendernos los unos a los otros.

²¹ Nancy Fraser, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy” en C. Calhoun (compilador), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, MA, MIT Press, 1992, p 137.

²² Seyla Benhabib, “Communicative Ethics and Current Controversies in Practical Philosophy (Afterword)” en S. Benhabib y F. Dallmayr (compiladores), *The Communicative Ethics Controversy*, Cambridge MA, MIT Press, 1990, p 346.

²³ Seyla Benhabib, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, Princeton University Press, 2002 (“CC”).

²⁴ CC, cit. pp 135-146.

3. 1. La Comunicación

La ética comunicacional establece altos estándares para este entendimiento, y con razón. Este tipo de conversación debe ser suficientemente robusta desde el punto de vista ético, como para fundamentar una institución política. Debe ser igualitaria y racional, no violenta, debo entender lo que dices en el mismo sentido que lo indicas. Existen aquí algunas condiciones difíciles.

El entendimiento se basa en compartir significados, y es ésta la condición que Benhabib ataca en sus argumentos en contra de la incommensurabilidad. El significado es inherente no solo al lenguaje sino también a las ópticas mundiales. Podemos traducir palabras como una computadora, pero: ¿significa esto que hemos traducido exitosamente el significado dentro de todo su contexto? Benhabib ataca los argumentos por su incommensurabilidad, lo cual ha sido expuesto por Rorty y Lyotard. Wittgenstein explica este punto mas sucintamente: “Si un león pudiese hablar, no lo podríamos entender.”²⁵ Si habitamos mundos diferentes, no podemos saber lo que las palabras de otros significan. Hay dos argumentos contra la incommensurabilidad, uno es comunicativo: no somos computadoras, en consecuencia, podemos conversar entre nosotros (aun a través de un intérprete). Dentro de las leyes clásicas de la ética comunicacional, debemos seguir revisando hasta estar satisfechos de que nos entendemos. Esto parece factible.

El otro argumento es una proposición práctica de Benhabib, ella sostiene que una comunidad deliberante o moral debe habitar el mismo mundo moral. En la medida en que tengamos un conjunto de puntos comunes para conciliar, debemos ser epistémicos contemporáneos. Benhabib brinda ejemplos locales y suburbanos tales como “los comités escolares” y los “comités de biblioteca” (a pesar del argumento del libro de dar relevancia a la “Era global”). Ella utiliza estos ejemplos para sugerir que los epistémicos contemporáneos habitan el mismo mundo físico y social de manera que debemos compartir, o terminamos compartiendo significados. Considerando que existen oportunidades para conversaciones éticamente fuertes, estoy de acuerdo en que el entendimiento es posible. El ejemplo limitado de Benhabib se relaciona con un período de tiempo compartido: para compartir felizmente un espacio, debemos vivir en la misma época.

En la mayoría de los diálogos democráticos compartimos un horizonte epistémico; los casos más difíciles e intratables para la deliberación democrática han sido aquellos que involucran formas de vida social que coexisten en el mismo espacio pero no pertenecen al mismo horizonte del tiempo en experiencia. Este es el caso común donde los indígenas y tribus nativas confrontan a sus colonizadores y explotadores, altamente tecnológicos, usurpadores e imperialistas.²⁶

²⁵ Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Oxford, Basil Blackwell, 1968, p 223.

²⁶ CC, cit. p 135-6.

El horizonte del tiempo se refiere aquí al progreso. Aquellos conquistadores y explotadores, continua ella, “catapultan [las tribus] un par de siglos hacia el futuro dentro del espacio de unos pocos años”. En los estados colonizados o post colonizados como Australia, el problema se produce no tanto por la incapacidad de manejar un futuro que llegó muy rápido, sino por el contrario, por no saber lidiar con el pasado. Los choques entre los colonizadores y los indígenas han conllevado a la hegemonía de un derecho extranjero superimpuesto, al genocidio y una historia escrita por los victoriosos. No podremos estar bien con nuestro presente hasta que no confrontemos ese pasado. A la ética comunicacional no debemos reprocharle el fracaso de ningún diálogo específico. Sin embargo, debemos determinar si hay algún tipo de límite hacia el diálogo en general que limite nuestras comunicaciones.

Los problemas aquí tienen que ver más con equidad y racionalidad que con el tiempo y el espacio. Si somos capaces de comunicarnos equitativamente entre nosotros, entonces, debemos respetar y entender la forma de argumentar y pensar de cada uno, que forman parte tanto de nuestro mundo epistémico como de las palabras que usamos. Asunciones acerca de progreso, que privilegian algunas culturas (y sus formas de pensar) sobre otras, muestran los límites de la deliberación en la faceta de la diversidad.

No nos ayudará a entender al león, si tan solo nos dedicamos a enseñar le acerca de nuestro mundo epistémico y sus reglas de argumentación. El entendimiento intercultural requiere de respeto mutuo, y no sirve la asunción de que una cultura “es más avanzada” que la otra. Hasta cierto nivel, Benhabib entiende que el conocimiento está integrado a la cultura, sin embargo, ella logra manejarse a los fines de separar algunos aspectos de la cultura que podemos compartir con otros. Por ejemplo, ella dice que podemos apreciar la caligrafía china o el arte erótico indio, mientras rechazamos la costumbre china llamada “*foot binding*” que consiste en impedir el crecimiento normal de los pies de las niñas, o la costumbre india de quemar a la viuda a la muerte del esposo.²⁷ Estos ejemplos señalan diferencias entre moralidad y arte, y no desearía discutir con las instancias morales. Sin embargo, me recuerdan aquellos festivales multiculturales australianos en los cuales podemos apreciar los bailes típicos de cada uno y sus trajes coloridos siempre y cuando, respetemos los usuales y corteses tabúes sobre religión y política.

Los bailes típicos, especialmente cuando han sido preparados para celebraciones del día nacional²⁸, pueden no decir mucho sobre por cual partido votaría la gente, pero así como el arte erótico, ellos podrían ser involucrados, profundamente, en políticas sexuales o relaciones de género. Para entender

²⁷ CC, cit. p 41.

²⁸ La semiología del Día Nacional de Australia está, en si misma, codificada con nuestra vida ética y política, viz. *Apelaciones alternativas indígenas: “Día de la Invasión”, “Día de la Supervivencia”*. La bailarina con el delantal bordado puede que entienda menos de esta semiología que el transeúnte aborígen.

las culturas entre unos y otros y las formas de pensamiento sobre hechos morales significativos, debemos también prestar mucha atención al lenguaje corporal.

Benhabib asocia el reconocimiento del arraigo cultural del entendimiento con perspectivas o posiciones morales. Estos enfoques también se han denominado “epistemologías del punto de vista”.²⁹

El posicionamiento social, se dice, crea cierta perspectiva del mundo que resulta incompatible y asimétrica con el punto de vista de aquellos que nunca han ocupado esta posición. Cuando ahondamos más e inquirimos cuáles podría ser estas posiciones sociales, ellas resultan ser la misma enumeración adorada por una fuerte política de identidad: género, “raza”, clase, etnia, idioma, preferencia sexual y afines. El posicionamiento social, entonces, cae en puro esencialismo.³⁰

Una “posición social” no es del dominio exclusivo de aquellos en posiciones marginales. Solo se ve de esa manera desde el centro. Las distintas maneras como vemos el mundo podrían haber sido, inicialmente obvias a gente subalterna, feministas o personas que estuvieran fuera de ese contexto. Esto es algo que aquellos en posiciones políticas y epistemológicas dominantes pueden aprender de ellos. Si algunas personas de la humanidad favorecen su propia posición epistémica y hábitos de pensamiento sobre otros, esto sólo nos llevará a la incommensurabilidad. Benhabib, al intentar defender la ética deliberante de acusaciones de etnocentrismo, revela su talón de Aquiles: un cierto tipo de razón es favorecida en estos debates, y ésta es la práctica epistemológica de las élites occidentales socialmente dominantes.

Para resumir mi argumento sobre la conversación: No concibo que distintas ópticas mundiales, inevitablemente impidan la comunicación. Rechazo la fuerte tesis de la incommensurabilidad, tal y como lo hace Benhabib. Con sensibilidad cultural y voluntad de las partes a la conversación para aprender el lenguaje de otros, incluyendo su manera de pensar y vivir, la conversación de la humanidad es ilimitada. La conversación solo se inhibe limitando los discursos permitidos o favoreciendo ciertas posiciones sociales o epistémicas sobre otras.

3.2 Las Razones Imparciales para la Toma de Decisiones

Habiendo coincidido en que podemos, en principio, comunicarnos entre culturas, puedo regresar a un punto más difícil donde la conversación debe terminar porque es hora de actuar. Es característica del derecho involucrar no solo la conversación y la discusión sino que debe conducir a una decisión. En asuntos prácticos y legales, la “conversación de la humanidad”³¹ no es infinita,

²⁹ Linda Alcoff y Elizabeth Potter (compiladores), *Feminist Epistemologies* L. Nicholson, *Thinking Gender*, New York & London, Routledge, 1993.

³⁰ CC, cit. p 137.

³¹ de Sousa Santos, cit. p 348.

sino que está limitada por la necesidad de alcanzar un acuerdo o una decisión. En la ética comunicacional, una decisión solo puede alcanzarse a través del consenso democrático e informado o a través del juicio imparcial razonado. El segundo argumento de Benhabib para una democracia universal deliberante, se fundamenta en la posibilidad de un “razonamiento publico imparcial”, como base para la toma de decisiones.

Benhabib insiste en que su modelo de la esfera pública “no es unitario sino un modelo pluralista que reconoce la variedad de instituciones, asociaciones y movimientos de la sociedad civil”.³²

Este modelo sería compatible con el pluralismo jurídico solo si la imparcialidad entre los diferentes grupos y regímenes jurídicos no privilegiara a unos sobre otros. Por su naturaleza, la imparcialidad parece llenar este requisito. Sin embargo, la imparcialidad por si sola no es capaz de decidir estos asuntos. Las decisiones judiciales ofrecen paralelismos obvios con las decisiones de Habermas o Benhabib sobre democracia deliberante. La imparcialidad entendida en su sentido amplio, significa, literalmente, que el juez no debe favorecer una parte sobre la otra. Sin embargo, se requiere que algunos elementos permitan al juez tomar una decisión, ya que la “imparcialidad” perpetúa dejaría el caso sin resolver.³³

Al igual que en la decisión judicial, Benhabib ve que los elementos que motivan la decisión deliberante son razones públicas. Ella utiliza “pública” en el sentido de que un público amplio está convencido de la validez de esas razones. Esto nos devuelve a la pregunta de la posibilidad del discurso multicultural, pero con este elemento adicional: el discurso debe contener razones que conduzcan a resoluciones concluyentes. Una resolución concluyente es aquella que convence a todas las partes (donde las partes representan intereses culturales variados). ¿Qué clase de razonamiento va a ser universalmente convincente? El razonamiento no puede desvincularse completamente de su contenido social, corpóreo y afectivo (al contrario del Iluminismo).

La gente que discute no aborda lo que nosotros llamamos “facultades”, como el intelecto, las emociones o la voluntad; ellos se refieren a la persona en su todo pero dependiendo de las circunstancias, sus argumentos buscarán resultados distintos y utilizarán métodos apropiados al propósito del discurso así como para influenciar a la audiencia.³⁴

La persona en su todo incluye el cuerpo, vinculaciones sociales, lenguaje y gestos. Iris Young ha afirmado que el debate público y los argumentos

³² CC, cit. p 138.

³³ “*The impartial Judge and the Constitutional Paradox*” trabajo presentado en la *MEDIATING LAW* (11er Congreso Internacional de la Asociación Australiana de Derecho y Literatura), Melbourne 29 November-1 December 2002.

³⁴ Perelman, citado Christopher W. Tindale, *Acts of Arguing: A Rhetorical Model of Argument*, Albany, NY, State University of New York Press, 1999 p 4.

sobre políticas deben incluir “particularidades corporales y afectivas así como las historias concretas de los individuos”.³⁵

Benhabib defiende su posición de razonamiento público contra esos argumentos de razonamiento basados en una razón corpórea: “¿por qué somos tan rápidos en asumir que la razón corresponde a la dominación mientras que el cuerpo corresponde a la marginalización y promete algún tipo de liberación?”³⁶ Realmente, ¿por qué? Esta parece ser una asunción más de Benhabib que de aquellos seguidores de la razón corpórea.³⁷ La crítica a la razón incorpórea no solo aplica a las mujeres y los grupos subalternos “discriminados”, sino igualmente a aquellos en posiciones socialmente dominantes (como los jueces). Al igual que la posición social, los cuerpos no son reserva exclusiva de los oprimidos. Al reenfocar nuestra atención en los cuerpos y en las mentes de nuestros jueces, políticos y expertos nos damos cuenta de la variedad de influencias, tan distintas de aquellos de los oprimidos, que han moldeado sus culturas, afectos y corporeidad.

Donde se toman las decisiones, independientemente de lo público de sus razones, los de posiciones sociales dominantes y de privilegios corpóreos, incorporan cierto tipo de razones y favorecen cierto tipo de discusión. Esto compromete la demanda universal de decisiones imparciales mediante razonamiento público. El pluralismo jurídico solo puede respetar procedimientos universales si las decisiones proceden de argumentos provenientes de toda clase de personas y arraigadas en toda clase de culturas. Esto puede conducirnos de vuelta a un estudio empírico de foros específicos y procesos deliberantes, pero no recomienda a priori el universalismo como una forma de decidir asuntos entre grupos hegemónicos y subordinados.

3.3 Consenso

Habiendo mostrado lo inherente al privilegio de una de las partes en el razonamiento público, pretendo ahora abordar el objetivo más democrático de la ética comunicacional: El consenso a través de la deliberación. La estructura de los argumentos morales y políticos, de acuerdo con Benhabib, debe basarse en principios de justicia universal y no en “nuestros específicos” principios éticos. Sin embargo, si el acuerdo moral sobre estos requerimientos es imposible, entonces, el compromiso moral podría ser necesario. Aun cuando los grupos no partan de los mismos principios de justicia, sus deliberaciones deben llegar a e-

³⁵ Iris Marion Young, “Impartiality and the Civic Public” en S. Benhabib y D. Cornell (compiladores), *Feminism as Critique: On the Politics of Gender*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987, p 76.

³⁶ CC, cit. p 139.

³⁷ Elizabeth Grosz, “Bodies and Knowledges: Feminism and the Crisis of Reason” en L. Alcoff y E. Potter (compiladores), *Feminist Epistemologies*, New York & London, Routledge, 1993; Elizabeth Grosz, *Volatile Bodies: Toward a Corporeal Feminism*, Bloomington & Indianapolis, Indiana University Press, 1994

se punto. “Los discursos son procesos de aprendizaje morales y éticos”. (Benhabib 2002, 145 omitido énfasis)

¿Qué clase de proceso de aprendizaje? ¿Quién aprende de quién? Esto pareciera una demanda por un aprendizaje mutuo del estilo de discusión y reclamos de justicia de cada uno. Sin embargo Benhabib nos indica que hay ciertos “hábitos de la mente” que deben ser aprendidos. (la cito de manera extensa, porque esta intersección, en la que confluyen el consenso, la deliberación y el derecho, es crucial).

No existe presunción de que el diálogo moral y político producirán consenso normativo, pero si se asume que aun cuando fracasen en su intento debemos acudir al derecho para replantear las fronteras de coexistencias, a sociedades donde el diálogo multicultural tome parte en la esfera pública articulando un punto de vista y una perspectiva cívica de “mentalidad ampliada”. El proceso de dar buenas razones en público no solo determina la legitimidad de las normas que rigen, también resalta las virtudes civiles de la ciudadanía democrática cultivando los hábitos mentales de razonamiento e intercambio. (Benhabib 2002, 115)

En un ejemplo que sigue a este párrafo, estos hábitos claramente se asocian no solo con un pensamiento liberal, sino también con sociedades particulares. Juntando “las practicas jerárquicas y desiguales de muchas subcomunidades de la India: hindú, musulmana, budista, y otras”, Benhabib concluye que “los modelos deliberantes igualitarios parecieran requerir una transformación casi total de dichas sociedades.” (*loc. cit.*)

Los hábitos mentales requeridos por una democracia deliberante no son aquellos de las sociedades subalternas, sino de las occidentales. Por ello, son los miembros de esas otras sociedades subalternas quienes deben hacer ese aprendizaje moral. Una vez aprendido, por supuesto, tendrán los hábitos correctos para decidir con los principios correctos. Aquí se encuentran Foucault y Habermas! Cuando debe ser aplicada a una comunidad diversa o una sociedad multicultural, la ética comunicacional emerge como una disciplina Foucaultiana. Una forma de pensar a través de la cual aprendemos cierto tipo de discurso mientras aprendemos autorregulación.

Es tentador comparar el ideal racional, liberal y occidental, que está siempre en nuestro subconsciente, cuando leemos acerca del tipo ideal de democracia deliberante, con la realidad que vemos a través de *CNN* y la manipulación política inmoral que pasan como debate público en estas sociedades dominantes.³⁸ Pero no quiero embarcarme en comparaciones odiosas, porque ello reduce el debate acerca de las mejores formas de deliberación a una competencia entre culturas. Mi punto no se refiere a que occidente está en mayor bancarrota moral y política que cualquier otra sociedad, sino más bien, que las epistemologías que asumen la superioridad de las culturas “más arraigadas” deben examinar esas asunciones. Intentando desarrollar una

³⁸ En lo referente a degradación y debate público en Australia y algunos países angloparlantes ver a Don Watson, *Death Sentence: The Decay of Public Language, Milsons Point, NSW, Knopf*: 2003.

epistemología que justifique el clamor universal de justicia, Benhabib debe fundamentarse en demandas normativas para ciertos hábitos mentales que se disfrazan de epistemologías universales.

El clamor por el universalismo que descansa en un procedimiento universal deliberante es, en la versión de Benhabib, etnocéntrico, esto es, descansa en suposiciones occidentales acerca de progreso social y superioridad y fracasa en reconocer la inequidad y el poder codificado en los discursos deliberantes.

4. Conclusión

Probando los argumentos del universalismo, este análisis ha aplicado las asunciones de la ética del discurso a un proceso de universalismo minimalista. He seleccionado la sensible defensa que Seyla Benhabib hace de estos postulados universales y he encontrado que fracasa utilizando sus propios términos en dar una base universal justa para el debate en asuntos éticos. Esto no significa que nunca existirá una versión universal justa de la justicia procesal o del discurso ético, solo que el mejor candidato hasta ahora ha fallado la prueba.

Sospecho que los procedimientos para resolver asuntos o disputas específicas son tan diversos como los principios que apuntalan las variadas posiciones de ellos. No veo dificultad en la conversación de la humanidad, dada la buena fe y demás requisitos de la ética del discurso Habermasiana. La demanda por un proceso de toma de decisiones universal válido falla en otros dos puntos.

En primer lugar, la imparcialidad de las decisiones está condicionada a la racionalidad, la cual insiste en estar apartada del todo y ser asocial. Las razones para decidir no son convincentes sino convencen a alguien. Las audiencias, al igual que los jueces, viven en cuerpos, culturas e historia. La imparcialidad insiste en que el juez supere las disputas entre culturas. El requerimiento de imparcialidad, al menos en la versión de Benhabib, envuelve el expandir una razón no basada en la cultura. Esta versión de la razón es, en el mejor de los casos un engaño al Iluminismo, y en el peor una defensa etnocéntrica de la hegemonía de una tradición epistemológica occidental.

En segundo lugar, el requerimiento de consenso solo se puede lograr si todos los participantes en un proceso deliberante tienen la misma oportunidad de convencer a los otros. La insistencia de Benhabib en los “hábitos de la mente” que favorecen una cultura sobre otra transgrede esta condición. Ciertamente, amenaza la sola posibilidad de comunicación que sostiene todo este debate. En cualquier proceso de resolución de disputas, las inequidades de poder deben ser dirigidas como primera prioridad. Insistir en métodos de discusión de una cultura sobre otras es apilar el mazo de cartas.

Si estos argumentos del discurso ético anulan los métodos universales de decidir disputas, ¿el pluralismo sobrevive mejor? Mi énfasis señala la necesidad de formas mutuamente aceptadas de comunicación, decisión o acuerdo

entre las partes y las comunidades involucradas en una decisión. Las condiciones de un resultado acordado entre culturas incluyen, comunicación efectiva y buena fe; reconocer los fundamentos corporales y culturales de la deliberación e igualando las condiciones del consenso. Esto es incompatible con la imposición de un estándar universal impuesto independientemente de la cultura. Una conversación que pueda contribuir a decisiones éticas y políticas entre miembros de distintas comunidades culturales y legales sería pluralista por naturaleza. Si esas condiciones pueden alcanzarse en la práctica para que se logre un resultado acordado entre culturas, es una pregunta empírica y ética.

Desarrollar estas condiciones es una tarea que encaja mejor en el pluralismo jurídico mas que en el universalismo, el cual se basa en suposiciones epistemológicas de la cultura dominante, simplemente porque esos son iconos del racionalismo que pretende la universalidad. Estas condiciones requieren que respetemos la pluralidad de las epistemologías así como de las formas de debate, y consecuentemente de órdenes legales.

EL DISCURSO Y EL PODER¹
(ENSAYO SOBRE LA SOCIOLOGÍA DE LA RETÓRICA JURÍDICA)

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS²

Resumen: En el presente trabajo procuraré responder a la cuestión de la extensión del espacio o campo de argumentación del discurso jurídico. La respuesta a esta cuestión se basa en una comparación no sistemática (todavía mínimamente controlada) entre la práctica jurídica del derecho estatal de los países capitalistas y la práctica jurídica en el interior de un gran barrio de la miseria de Río de Janeiro (al que llamaré Pasárgada), analizada por mí recurriendo a los instrumentos teóricos producidos por la concepción tópico-retórica y con base en un trabajo de campo realizado al inicio de la década del 70 según el método socio-antropológico de la observación participante.³

Resumo: No presente trabalho, eu tentarei responder à pergunta da extensão do espaço ou campo da argumentação do discurso legal. A resposta desta pergunta basa-se na comparação não sistemática (ainda controlada minimamente) entre a prática jurídica do direito estatal dos países capitalista e a prática jurídica no interior de um distrito grande da miséria de Rio de Janeiro (aquele chamará o Pasárgada), analisada por mim percorrendo aos instrumentos teóricos produzidos pela concepção tópico-retórica e com base num trabalho do campo fez ao início da década dos 70, de acordo com o método socio-antropológico da observação participante.

Abstract: In this paper will try to answer the question of extending the space or argumentation field of legal discourse. The answer to this question is based on a comparison not systematic (even minimally controlled) between the legal practice of state law of the capitalist countries and legal practice in a neighborhood of great misery of Rio Janeiro (to which I will call Pasargadae), analyzed by me using the instruments produced theorists down by the design and topic-based rhetoric in a field work carried out at the beginning of the 70's by the method of socio-anthropological participant observation.

1. "Marginalidad urbana" y producción jurídica.

La proliferación de los barrios marginales en los grandes centros urbanos de los países del llamado tercer mundo constituye una de las características más sobresalientes del proceso de reproducción social del obrero industrial (y del ejército de reserva) en el capitalismo periférico. Según los mejores cálculos, a finales de la década del 60 la población total de las cerca de doscientas favelas de Río de Janeiro oscilaba entre 800,000 a 1'000,000, esto es, cerca de la cuarta parte de la población total de la ciudad. Pasárgada es una de las mayores y más antiguas favelas de Río, teniendo actualmente una población superior a 60,000 personas y ocupando una vasta área en una de las zonas industriales de la ciudad. Como acontece en general en las favelas, esta ocupación es ilegal y, en el caso de Pasárgada, se inició al principio de la década del 30 en un terreno situado entonces en los alrededores de la ciudad, que era al principio propiedad

¹ Traducción de Jesús Antonio de la Torre Rangel.

² Universidad de Coimbra.

³ De Sousa Santos, B., *Law Against Law: Legal Reasoning in Pasárga de Law*, Cuernavaca, 1974.

privada, pasando más tarde a propiedad del Estado. Igualmente ilegales son las construcciones (barracas precarias o, más tarde, casas de ladrillo), lo que significa no sólo la falta de título legal de propiedad en la posesión sino también de violación de las disposiciones legales (nacionales y municipales) sobre la construcción de edificios en las áreas urbanas. Este estado de ilegalidad constituye uno de los problemas centrales de las comunidades residenciales marginadas y no sorprende que sus luchas se estén orientando, ya sea para la conquista colectiva de la legalización, siempre que las condiciones socio-políticas lo permitan, o bien para la defensa contra las amenazas a la sobrevivencia colectiva que transcurre en la ilegalidad de la ocupación. Las amenazas se presentan de múltiples formas, todas ellas expresión de las condiciones brutales en que tiene lugar la reproducción social de la fuerza de trabajo en los países capitalistas periféricos. Por un lado, las favelas no tienen derecho a instalación de equipamientos colectivos por parte del estado, desde el abastecimiento de agua a domicilio, hasta la red eléctrica, albañales y pavimentación de las calles, lo que crea mecanismos acumulativos de damnificación colectiva e impone a los moradores una cotidianidad particularmente dura. Por otro lado, con la valorización progresiva de los terrenos en que se implantaron las favelas y la especulación salvaje que de esto se deriva, crecen las presiones de la burguesía urbana sobre el aparato del estado en el sentido de reubicar en bloque para los alrededores o barrios marginales de la ciudad, liberando los terrenos para proyectos urbanísticos. Ante esto, los habitantes de las favelas siempre procuran organizarse para mejorar las condiciones habitables, creando varias redes de agua y de electricidad administradas por los usuarios, constituyendo brigadas de trabajo (sobre todo en los fines de semana) para mejorar las calles y otras infraestructuras colectivas. Procuran sobre todo maximizar el desarrollo interno de la comunidad y garantizar la seguridad y el orden en las relaciones sociales entre los habitantes con el objeto de, fortaleciendo las estructuras colectivas, hacer subir los costos políticos y sociales para el aparato del estado en caso de una eventual destrucción o remoción forzadas. Estas formas organizativas se desarrollaron sobre todo al inicio de la década de los 60, en una coyuntura populista del poder político burgués, y las luchas más avanzadas tuvieron lugar alrededor de las asociaciones de moradores, que entonces se constituían (o reconstituían) para coordinar las acciones de los varios niveles de la vida colectiva y sobre todo para defender los intereses de las comunidades ante las agencias del aparato de estado. Con el tiempo, algunas de esas asociaciones pasaron a asumir funciones no siempre previstas en los estatutos, como, por ejemplo, la de arbitrar conflictos entre los vecinos, en cuanto que el ejercicio de las funciones estatutarias se tornó cada vez más problemático después de la imposición de la dictadura militar en 1964, dando entonces inicio a una larga y difícil lucha por la sobrevivencia organizativa en condiciones políticas y policiales extremadamente represivas. En Pasárgada la asociación de moradores pasó a ser conocida por su intervención en las relaciones sociales entre vecinos, sobre todo en aquellas que envolvían derechos sobre la habitación o la tierra, una intervención que, allí, no era,

en términos generales, inédita en la comunidad, una vez que continuaba de modo más sistemático y menos precario la intervención anteriormente asumida por otras instituciones comunitarias y por el nombramiento de leaders locales. Pasárgada es una comunidad densamente poblada, en el seno de la cual se estableció una trama muy compleja de relaciones sociales entre los habitantes y entre éstos, individualmente, y la comunidad en su conjunto, algunas de las cuales tienen origen en contratos (compraventa, arrendamiento, etc.) y otros negocios jurídicos que abarcan la propiedad, la posesión de derechos reales varios sobre la tierra y las habitaciones (o parte de ellas) individualmente apropiadas. Tales relaciones tienen una estructura homológica de las relaciones jurídicas. En tanto, a la luz del derecho oficial brasileño, las relaciones de ese tipo establecidas en el interior de las favelas son ilegales o judicialmente nulas, ya que se refieren a transacciones sobre terrenos ilegalmente ocupados y a construcciones doblemente clandestinas. Dentro de la comunidad, con todo, tales relaciones son legales y como tales son vividas por los que en ellas participan; la intervención de la asociación de moradores en este campo viene a constituir como un *ersatz* de la protección jurídica oficial de la que carecen. La asociación de moradores se transforma, así, gradualmente en un *forum* jurídico, alrededor del cual se fue desarrollando una práctica y un discurso -el derecho- de Pasárgada.

El derecho de Pasárgada es un derecho paralelo no oficial, que cubre una interacción jurídica muy intensa al margen del sistema jurídico estatal (el derecho del asfalto, como le llaman los moradores de las favelas, por ser el derecho que está en vigor sólo en las zonas urbanizadas y, por lo tanto, con pavimentos asfaltados). Obviamente, el derecho de Pasárgada es sólo válido en el seno de la comunidad y su estructura normativa tiene su fundamento en la inversión de la norma básica (*grundnorm*) de la propiedad, a través de la cual el estatuto jurídico de la tierra de Pasárgada está consecuentemente invertido: la ocupación ilegal (según el derecho del asfalto) se transforma en posesión y propiedad legales (según el derecho de Pasárgada). Efectuada esta inversión, las normas que rigen la propiedad en el derecho del asfalto pueden ser selectivamente incorporadas en el derecho de Pasárgada y aplicadas en la comunidad. De este modo no sorprende, por ejemplo, que el principio de la propiedad privada (y las consecuencias legales subsiguientes) sea, en general, acatado en el derecho de Pasárgada del mismo modo que lo es en el derecho estatal brasileño, lo que, allí, no deja de tener importancia para la caracterización de la "sub-cultura" jurídica que Pasárgada constituye y, consecuentemente, para la determinación y respaldo de las luchas de clase, que al nivel de reproducción social (en este caso, la habitación) son trabadas en los barrios "marginales" de las metrópolis capitalistas en situaciones no revolucionarias.

La actividad de la asociación de moradores, en cuanto *forum* jurídico, se reparte por dos áreas distintas: la ratificación de relaciones jurídicas y la resolución de las disputas o litigios que surgen. Cuando dos o más moradores desean celebrar un contrato (o establecer entre sí cualquier otra relación jurídica,

ca), pueden venir a entrevistarse con el presidente de la asociación de moradores. Vienen normalmente acompañados por familiares, vecinos o amigos, algunos de los cuales servirán de testigos. Las partes explican sus propósitos al presidente y éste, después de escucharlos, los interroga hasta considerar que tiene claridad sobre la naturaleza y legitimidad de la relación jurídica, su objeto, la firmeza y autonomía de la voluntad de las partes, y sobre todo la seriedad del compromiso para cumplir las obligaciones recíprocamente asumidas. El contenido del contrato es entonces elaborado por el presidente, a veces con base en un texto preparado por las partes. En cierto tipo de contratos (por ejemplo, contratos de arrendamiento), es común el recurso a fórmulas de rutinas semejantes a las usadas en los contratos del mismo tipo celebrados delante del derecho oficial. Después de mecanografiarlo, el documento es leído delante de los presentes y firmado por las partes (después de que manifestaren su acuerdo con lo establecido) y por dos testigos. El documento es entonces sellado con el sello de la asociación y archivado, siendo distribuidas copias a las partes. Esta intervención de la asociación -que llamo de ratificación- es un proceso muy complejo y sutil, a través del cual la asociación contribuye a la prevención de las disputas en la comunidad o a esclarecer a las partes y demás participantes sobre el contenido de la relación jurídica y la naturaleza de los compromisos asumidos y, en general a dotar a la relación jurídica de una fuente autónoma de seguridad.

Cuando un conflicto surge entre vecinos, la asociación puede ser llamada a resolverlo y en ese caso es accionando un proceso (flexible), que típicamente tiene los siguientes trámites. La parte quejosa presenta el caso en la asociación delante del presidente que, en seguida, la interrogará para cerciorarse de la naturaleza y seriedad del conflicto y de la competencia de la asociación para resolverlo, sea de la competencia en razón de la materia -el conflicto respecto a derechos sobre terrenos o habitaciones- sea de competencia territorial- el terreno o la habitación objeto del conflicto, se sitúa en el interior de Pasárgada. El caso lo aceptará el presidente, después de la fijación de la jurisdicción de la asociación, si tiene la certeza, por las preguntas y por el conocimiento directo que muchas veces tiene del caso de que la petición del quejoso es mínimamente razonable y no tiene propósitos deshonestos. La otra parte es, entonces, convidada por escrito a venir a la asociación, en fecha fijada, "para tratar asuntos de su interés". Dependiendo del conocimiento directo que tuviere del caso, el presidente puede entretanto visitar el lugar donde se generó el conflicto. La comparecencia de las partes en la reunión para discusión y juicio de la causa es a veces problemática y varias medidas pueden ser tomadas para asegurarla. Las partes vienen normalmente acompañadas por amigos, parientes o vecinos, que pueden o no participar en la discusión. La discusión, a veces animada, es orientada por el presidente que, al final, pronuncia la decisión.

La prevención de los conflictos y la resolución de los mismos constituyen los dos polos de la práctica jurídicas centrada en la asociación de morado-

res y más en general, del derecho de Pasárgada.⁴ Este derecho es accionado a través de un discurso jurídico caracterizado por el uso muy intenso y complejo de la retórica jurídica. Fue este hecho que me llevó a analizar la reproducción de la legalidad en el interior de Pasárgada, a través de una perspectiva teórica desarrollada a partir de la concepción tópico-retórica, hasta entonces elaborada para dar cuenta, de modo especulativo y abstracto, del discurso jurídico oficial del estado moderno. Pasaré en seguida a caracterizar, con algún detalle, el espacio retórico del derecho de Pasárgada para después compararlo con el espacio retórico del derecho estatal contemporáneo y sobre todo del derecho de los estados capitalistas.

2. El discurso jurídico en Pasárgada.

2.1. La retórica de la decisión.

Una de las características más sobresalientes del discurso jurídico de Pasárgada reside en que las decisiones no resultan de la aplicación unívoca de normas/leyes generales a casos concretos. Son antes el producto de la aplicación gradual, provisoria y siempre revisible de topoi cuya carga normativa (extremadamente vaga en abstracto) se va especificando a medida que se en vuelve, por la argumentación, con la facticidad concreta de la situación en análisis.⁵ El objetivo es construir progresivamente y por múltiples aproximaciones una decisión que sea aceptada por las partes y por el auditorio relevante (en principio por los vecinos que siguen de cerca el caso), o que, no siendo aceptada por todos, mantenga con todo una carga de persuasión suficiente para hacer a un lado o estigmatizar a los desobedientes. Esto no significa que, en el curso de la discusión del caso, no se hagan frecuentes referencias a las leyes del derecho del asfalto, ya que en el derecho oficial se regulen las materias en discusión, ya que, aunque más raro, se regulen las actividades de la asociación de moradores. Tales referencias, en todo caso, nunca son necesarias a las decisiones, lo que, por otro lado, no significa que sean arbitrarias o inútiles. De hecho, son parte integrante del discurso tópico-retórico y tiene por función crear una atmósfera de oficiabilidad y de normatividad -una retórica institucional, en suma- que

⁴ Un análisis detallado del derecho de Pasárgada en 8. de Souza Santos. *Law Against Law*, 277-576, y "The Law the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasárgada Law" *Law and Society Review* (12).

⁵ Uso la expresión griega de preferencia a sus posibles equivalentes en portugués, tales como, tópicos, puntos de vista, lugares comunes, dada la compleja evolución semántica porque estos últimos han pasado. En su forma original, los topoi se caracterizan por su fuerza persuasiva y no por su contenido de verdad. Como ya dije, los topoi constituyen puntos de vista u opiniones comúnmente aceptadas. Se refieren a lo que es conocido. Como dice Walter Ong. "...in all its sens the term (topoi) has todo in one way or another with exploitation of what is already known, and indeed often of what is exceedingly well known" (*Interfaces of the word: Studies in the Evolution of Consciousness and Culture*, Ithaca, 1977, 149). Pero el conocimiento que transportan es extremadamente flexible y moldeable mediante los condicionalismos concretos del discurso y del tema tratado.

refuerza los objetivos retóricos y subraya las líneas del discurso en su camino para la decisión.

Los topoi principales del discurso jurídico pasargadiana son: los topos del equilibrio, de la justeza, los topos de la cooperación y los topos del buen vecino. Son usados sobre todo por el presidente, ya que es él quien domina el discurso jurídico que se centra en la asociación, pero pueden ser usados (y muchas veces lo son) por las partes y por los demás participantes en la discusión del caso. Los topoi no son utilizados indiscriminadamente sino según la lógica de la economía retórica de los casos y así, en cuanto el primero de los topos tiende a dominar en los conflictos entre vecinos (vrg. A declara haber comprado una división de la choza, en cuanto que B considera que, como el precio pagado demuestra, se trata de un arrendamiento), el tercero de los topos tiende a dominar en los conflictos que oponen el interés individual de algún morador a los intereses de la comunidad en su conjunto (vrg. un morador que, al reconstruir su choza, avanzó de tal manera la pared del frente que casi obstruye la calle); y, finalmente, el segundo topos tiene curso en cualquiera de los tipos de conflictos mencionados.

La construcción retórica del proceso de decisión condicional la propia decisión, pero éste, sin dejar de ser un producto del discurso, es también el discurso producido; es, simultáneamente, la medida del discurso y el discurso medido. El discurso retórico, dada su fuerte dimensión reactiva, se asienta en una compulsión de la media. En tanto, la medida sólo es inteligible mediante el discurso en su todo; captada al nivel de un acto dado o momento del discurso, se esconde o se revela como medida disparatada que mide o desmide y hace preceder lo que sucede.

El discurso retórico, y sobre todo el discurso jurídico, siendo simultáneamente dialógico y antiético, es también disgresivo y lateralizado. De ahí que el trazado de la decisión, en ocasiones, entre áreas que serían consideradas prohibidas, ya a la luz de los criterios de la lógica jurídico-sistemática, ya a la luz de las reglas definidoras de la competencia y de la jurisdicción. La decisión tiende a ser investida del propósito de contabilizar pormenorizadamente los méritos relativos de las diferentes pretensiones, lo mismo de aquéllas que al inicio se sitúan fuera del objeto de la causa, pero de las que los participantes tiene conocimiento directo.

Porque la estructura del proceso se condensa en la conclusión, la decisión tiende a asumir la forma de mediación. Aún cuando una de las partes pueda ser más vencedora que la otra, el resultado nunca es de todo-nada, al contrario de lo que sucede en la forma de adjudicación (vencedor/vencido), que es hoy dominante en los sistemas jurídicos oficiales de los estados capitalistas (sino del mismo estado moderno, en general). La estructura de mediación es la topografía de un espacio de mutua cedencia y de ganancia recíproca. La negociación es una estructura decisoria, en la que el juez/árbitro (la "parte tercera", en lenguaje de antropología jurídica), cuando existe, es mera correa de transmisión de una secuencia de propuestas y contrapropuestas de las partes con vista a

una convergencia posible. Al contrario, en la mediación el juez desempeña un papel activo y constitutivo, en el cual se teje la toma de distancia que le permite afirmarse como sede de la decisión, aunque se trate de un distanciamiento precario, en la medida en que aspira a su autonegación en el acuerdo de las partes, esto es, en el acto por el cual las partes hacen suya la decisión. La mediación es, de algún modo, el término medio entre la adjudicación y la negociación.

La estructura de la mediación corresponde de tal modo a las necesidades argumentativas del discurso jurídico de Pasárgada que llegan a presentarse, como mediaciones, decisiones que son de hecho adjudicaciones (falsa mediación). Esta correspondencia es simultáneamente estructural y contextual. Estructural, porque, como está hoy ampliamente documentado en la literatura antropológica, siempre que las partes están envueltas en relaciones múltiples, esto es, relaciones de vínculo múltiple (opuestas a las relaciones de vínculo único que se establecen entre extraños), la continuidad de las relaciones por encima del conflicto tiende a crear un peso estructural a cuyo equilibrio sólo la mediación se adecua. Esto, porque sólo la mediación puede disolver la separación entre el conflicto procesado y el conflicto real, separación que domina la estructura procesal del derecho del estado capitalista y que es la principal responsable por la superficialización de la conflictividad social en su expresión jurídica. Mas la correspondencia de la mediación al derecho de Pasárgada es también contextual. Dada la precariedad del aparato coercitivo al servicio de este derecho, la reproducción de la juridicidad se asienta en la cooperación, y la probabilidad de que ésta ocurra y se acumule en gran medida es maximizada por la adopción de un modelo mediacional de la decisión jurídica.

Los topoi son las piezas fundamentales del engranaje retórico del discurso jurídico de Pasárgada, pero no las únicas. Ya mencioné las referencias a la legalidad del asfalto, aún cuando se trate de una retórica que corre paralela a la retórica del problema y que, al pretender establecer una atmósfera de oficialidad, entra en una área de interacción extremadamente compleja y sutil, en donde la dimensión de la persuasión y la dimensión de la coerción se mezclan dominando la primera. Más allá de los topoi, son usados muchos otros instrumentos retóricos: unos, de estructura próxima a los topoi, como, por ejemplo, proverbios, máximas y referencias bíblicas, otros, de estructura bastante diferente, como, por ejemplo, clichés y slogans, índices y señales. Todos estos recursos funcionan como lubricantes del discurso, como aceleradores/retardadores retóricos auténticos pace-makers del corazón argumentativo-, cuyo uso permite manejar la velocidad relativa, el ritmo, las pausas, los desvíos y la dirección del discurso jurídico. Todos estos efectos y atributos (muy especialmente la dirección) son interiores al discurso. A partir de la pre-comprensión del caso, que el presidente recoge en los primeros contactos con el litigio, se establece un horizonte limitado de alternativas, que poco a poco se van estrechando, a medida que el discurso progresa, aunque tal proceso/progreso no sea de modo alguno irreversible. Además, lo que caracteriza al discurso retórico, por oposición

al discurso lógico-sistemático, es la posibilidad permanente del accidente total, del regreso a cero, al hielo de la desaprobación, y del recomenzar de nuevo.

Un discurso jurídico dominado por el uso del *topoi* es necesariamente un discurso abierto y permeable a la influencia de los discursos afines. Así el discurso jurídico de Pasárgada es investido de una tonalidad ético-social que impide a cada momento la autonomización o insularización de su dimensión jurídica. En otras palabras, la estructura tópico-retórica del discurso se transforma en un antídoto del legalismo.

2.2 La retórica del objeto.

A partir de la retórica de la decisión, mejor se comprenderá la retórica del objeto, del objeto del conflicto tal como es procesado por el forum jurídico que la asociación de moradores constituye.

El objeto del conflicto no se fija de una sola vez al comienzo del proceso. Su presentación por las partes es apenas un punto de partida para la intervención constitutiva del presidente, que tanto puede ir en el sentido de la limitación como en el del alargamiento de la propuesta inicial. En este terreno, la intervención del presidente puede ser orientada por dos órdenes de factores que, sin excesivo rigor, designaré por extrínsecos e intrínsecos, conforme son necesitados por el contexto o por la estructura del discurso. En el primer caso, se incluyen lo que designo por proto-políticas judiciales, como, por ejemplo, el hecho de que el presidente entiende que es preferible no envolver a la asociación en materias que tengan que ver con la actuación de la policía en el interior de la favela, una fuente común de fricciones debido a la hostilidad (defensiva) del barrio contra la corrupción y la arbitrariedad de la policía. En el segundo caso, es la propia estrategia argumentativa que reconstruye el objeto de modo de maximizar la posibilidad de una decisión que, cortando las múltiples raíces de la hostilidad entre las partes, ponga realmente fin al conflicto.

Los propósitos del presidente, en cuanto parte tercera, no tiene que coincidir con los de las partes (o con los de una de ellas), y la argumentación que a este propósito se genera hace como que el objeto del conflicto sea, él mismo, objeto de negociación entre los participantes, una negociación en que la materia relevante va siendo sucesivamente resuelta y reabierta, hasta la decisión final. A los términos de esta negociación no es extraño el poder relativo de los participantes. En esta ponderación, las partes no son necesariamente iguales delante del forum (y el presidente), y sus posiciones relativas influyen la medida de la participación. En ésta, como en otras instancias, y también desigualmente, las partes ejercen influencia, a veces decisiva, en la construcción del proceso y en las decisiones del juez. Lo que hace que sean de hecho jueces intersticios.

En su conjunto, el proceso no presenta un proceso inequívoco que permita distinguir con seguridad entre materia relevante y materia irrelevante, de tal modo que el conflicto procesado puede venir a centrarse en cuestiones no

originalmente suscitadas por las partes pero traídas a discusión por el presidente, ya porque las partes, por ignorancia, no supieron sintonizar el objeto del conflicto con el forum en que se propusieron discutirlo, ya porque una de ellas, por lo menos, procuró conscientemente usar el forum con propósitos capciosos, ya también, porque el presidente concluye que el objeto procesado del conflicto es una parte mínima del objeto real del conflicto y que, por tanto, la decisión será inútil si no cubre el área litigiosa principal. A pesar de esto, y del hecho de adoptar un modelo de decisión fundada en la mediación, el derecho de Pasárgada no elimina totalmente la separación, típica del derecho oficial, entre objeto real y objeto procesado. La separación se mantiene en cuanto forma organizativa del discurso y es apenas relativizada y subordinada a las necesidades argumentativas concretas o a las protopolíticas judiciales adoptadas.

Si no es clara o irreversible la distinción entre cuestiones relevantes y cuestiones irrelevantes, aún menos lo es la distinción entre cuestiones explícitas y cuestiones implícitas. Cualquier discurso es un tejido compuesto de líneas visibles e invisibles. El proceso judicial estatal de nuestros días, juntamente con la institucionalización de la separación objeto real/objeto procesal (la verdad y los autos), establece formalmente la irrelevancia del discurso implícito, salvo cuando explícitamente determina lo contrario (caso en que no se trata de discurso implícito en sentido propio). Esto solo es posible gracias al desarrollo tecnológico (del lenguaje) del discurso jurídico estatal y a la militante negativa del sentido común en que se asienta. Al contrario, el discurso jurídico de Pasárgada, por su proximidad al lenguaje común y/a su lógica, detenta una importante dimensión implícita (un no dicho ampliamente repartido), sin el cual, de otro modo, no es inteligible el discurso explícito. Y entre lo implícito y lo explícito intervienen una serie de actos discursivos intermedios, lo que en otro lugar llamé genéricamente semi-formulaciones, esto es, formulaciones que terminan (o se interrumpen) antes que sea posible retirar todas las implicaciones razonables de lo que fue dicho, pero de tal modo que lo que permanece implícito es suficientemente importante (y oscuro) para investir el habla de una ambigüedad general.

La construcción del objeto del proceso no se agota, como es obvio, en las cuestiones relevantes/irrelevantes o en las cuestiones explícitas/implícitas. Después de eso, hay que tomar en cuenta el modo de presentación del "material" incluido, la dirección de la inclusión y la interpretación que le es atribuida. Por otro lado, el ámbito de la inclusión tiene no sólo una dimensión cuantitativa, en que se atiende en el precedente, como también una dimensión cualitativa, al nivel de la cual es preciso distinguir entre cobertura extensiva (o de superficie) y cobertura intensiva (o de profundidad) del "material" del discurso.

De todo se concluye que, visto desde una perspectiva retórica, el objeto del proceso es el proceso del objeto.

2.3 La retórica de las formas y del proceso.

La estructura operacional de los sistemas jurídicos estatales contemporáneos se funda en distinciones, más o menos rígidas, entre forma y contenido, proceso y sustancia. Estas distinciones garantizan la reproducción de la racionalidad formal que MAX WEBER enarboló como característica básica del derecho moderno y convirtió en fuente de legitimación del poder político liberal. Lo que caracteriza, en su tipo ideal, la racionalidad formal es que se trata de una forma de arbitrariedad simultáneamente total y totalmente controlable. Así, la distribución rígida por las categorías polares referidas (forma/contenido/, proceso/substancia) está en total contradicción con los principios de la lógica material y es, por eso, arbitraria. En tanto, precisamente porque lo es, crea una tierra de nadie, en donde se torna posible el accionar, tendencialmente sin restricciones, de una lógica tecno-operacional, un accionar tanto más eficaz e irrestricto cuanto mayor fuera la tecnología conceptual y lingüística, la profesionalización de los agentes, y la burocratización institucional.

Sin querer discutir ahora el grado de realización del tipo ideal de la racionalidad formal en los sistemas jurídicos estatales contemporáneos, lo que puede decirse con seguridad es que el derecho de Pasárgada poco tiene que ver con este tipo de racionalidad. Las distinciones arriba referidas, aunque conocidas del derecho de Pasárgada, no tienen en él ninguna rigidez. Se usan formas y fórmulas y se hacen exigencias procesales -muchas de las cuales resultan de adquisiciones selectivas y transformadas del formalismo procesal del derecho oficial pero siempre con una gran flexibilidad. En el terreno de la previsión de los conflictos, el proceso de elaboración de los documentos varía de modo no totalmente padronizado, el interrogatorio del presidente sólo tiene lugar cuando es necesario, los documentos no obedecen estrictamente a formularios y la calidad del papel varía, así como el número de sellos impresos o el número de copias producidas.

Esta falta de uniformidad, que puede sorprender lo mismo que escandalizar a quien vea con los ojos etnocéntricos del derecho oficial, no es, sin embargo, caótica. Es determinada por las exigencias normativas y de seguridad, que se van definiendo a lo largo del proceso de prevención o de resolución de los conflictos. En Pasárgada, las formas y los requisitos procesales mantienen un estricto carácter instrumental y como tal son usados sólo en la medida en que pueden contribuir para una decisión justa de la causa. De ahí que ninguno pueda ser perjudicado en su pretensión sólo por falta de cumplimiento de una formalidad o de un requisito procesal. Esto no impide que la falta de cumplimiento de requisitos formales o procesales no sea a veces invocada como fundamento de la decisión, caso en que el discurso puede hasta parecer exageradamente formalista. Con todo, el recurso al formalismo, en tales circunstancias, sólo tiene lugar para dar cobertura a una decisión sustantiva sobre el mérito de la causa.

De aquí se puede concluir que, en el derecho de Pasárgada, los formalismos procesales son usados como argumentos. Lejos de constituir el límite ex

terno del discurso jurídico -como parece ser el caso en el derecho oficial- hacen parte integrante de él. Son recursos de economía retórica del discurso, usados según las reglas por ésta definidas. Esto significa que muchas de las cuestiones cuya decisión, en el derecho estatal, es más o menos automática o mecánica (desde el tipo de documento a los plazos procesales) son, en el derecho de Pasárgada, objeto de discusión y de argumentación. En esto consiste el carácter relativamente informal de este derecho, una caracterización, además, poco adecuada, por negativa. Positivamente lo que se constata es la amplitud acrecentada del espacio retórico del derecho de Pasárgada en relación al derecho estatal.

Se dice arriba que las formalidades y los requisitos procesales del derecho de Pasárgada son obtenidos a partir del derecho oficial. Se trata sólo de la apropiación de la idea general de esas formas y procesos, esto es, de aquello que les facilita la maximización de la seguridad del intercambio jurídico, sin permitir que se transformen en un tributo que perjudique la accesibilidad y la eficiencia del derecho de Pasárgada. Así, por ejemplo, se entiende que los contratos, sobre todo los que envuelven la propiedad inmueble, deben ser puestos por escrito, como en el derecho oficial, pero el documento que se elabora tiene las características de un instrumento particular de fácil obtención. Si alguno de los que intervienen no sabe escribir, se recurre a la firma a ruego o a la impresión digital, pero ni una ni otra es hecha siguiendo los trámites específicos del formalismo jurídico estatal. El cumplimiento de tales trámites, o no sería posible, o, siéndolo, sería demasiado oneroso o complicado y quitaría al derecho la accesibilidad que lo caracteriza. Lo que está en causa, pues, es la configuración general de la forma y esa cumple en Pasárgada las necesidades de seguridad jurídica, tal como son concebidas por los miembros de la comunidad.

Se desarrolla así, a partir del formalismo elaborado del sistema jurídico estatal, un formalismo popular. Lo mucho que distingue estos dos tipos de formalismo no debe impedir el reconocimiento de homologías estructurales y sobre todo de postulados culturales por ambos lados. Por ejemplo, ambos tipos de formalismo se fundan en la distinción estructural entre lo oral y lo escrito y ambos atribuyen al último una carga potenciada de compromiso.

2.4 La retórica del lenguaje y del silencio.

El discurso retórico es un discurso verbal, es sobre todo un discurso del habla. De ahí la necesidad de conocer al pormenor el lenguaje jurídico en Pasárgada. El espacio retórico puede ser medido tanto según el ámbito de la temática cubierta -lo que hemos venido a hacer- como según el ámbito del auditorio relevante, a pesar de, como es de ver, las dos medidas sólo parcialmente serán distintas. En Pasárgada, el auditorio relevante abarca no sólo a las partes sino también a los demás acompañantes, que pueden, además, participar en la discusión, siendo su participación, finalmente como la de las partes (en mayor o menor grado), estando sometida al ritmo y a la dirección de la argumentación propuestos por el presidente. La circulación retórica entre participantes no pro-

fesionales presupone un lenguaje común vulgar, no profesional, y es en ese lenguaje que es vertido el discurso jurídico de Pasárgada. Esto no significa que no se use a veces el lenguaje técnico que, semejante a las formas y procesos, fue copiado selectiva e innovadoramente del lenguaje técnico del derecho estatal. Así, por ejemplo, las designaciones de los contratos, de los contratantes, y de las sanciones para el incumplimiento, bien con ciertos términos técnicos, por ejemplo, "benfeitoria", usados finalmente con un sentido a veces diferente del que tienen en el derecho oficial. El lenguaje técnico es sobre todo importante para crear la atmósfera de oficialidad que corre paralela y sirve de soporte a la retórica casuística de que se ocupe, en primera línea, el discurso jurídico. El lenguaje técnico, tal como el formalismo en general, es un distanciador y como tal puede ser usado como expediente de retroceso retórico siempre que, en un momento dado del discurso, y siguiendo las reglas de economía que le son propias, tal retroceso sea un acelerador de la implantación persuasiva de la normatividad y de la decisión que de ella se sigue -lo- que puede ser sobremanera importante en un círculo de juridicidad en que, al contrario de lo que sucede en el derecho estatal, tal distanciamiento no está institucionalizado por la profesionalización y burocratización del trabajo jurídico.

De nuevo a la par de lo que pasa con las formas y requisitos personales, el lenguaje técnico del derecho de Pasárgada no crea una distancia que implique ruptura, esto es, que altere de modo significativo y permanente el ámbito del auditorio relevante. Es un lenguaje técnico popular.

La cuestión del lenguaje suscita la cuestión del silencio, siendo, consecuentemente, lo relativo a las relaciones estructurales entre el lenguaje y el silencio que han sido poco discutidos por la lingüística. Además, a primera vista, el silencio es un no-tema o, lo que es lo mismo, un tema trivial, pues que, siendo el silencio sólo un vacío caótico entre las palabras habladas, no puede ser por eso analizado en sí mismo, sino tan sólo en términos de las palabras que, por la ausencia, lo crean. Tuve ocasión, en otro lugar, de refutar minuciosamente esta concepción. Basta retener para los objetivos del presente trabajo que el silencio, lejos de ser un vacío caótico, es una realidad comunicativa estructurante, contenida por el lenguaje tal como éste es contenido por el silencio. Hay así un silencio escrito y un silencio hablado, en el ámbito de la retórica jurídica aquí analizado sólo este último nos interesa. Tal como acontece con las palabras, también con el silencio no sólo se dicen cosas como se hacen cosas y en este sentido el silencio es un acto de habla, como diría J.L. Austin. Además, los juristas están de algún modo familiarizados con esta concepción, y con la lingüística del silencio que ella implica en la medida en que seguido atribuyen consecuencias jurídicas específicas a los actos de silencio.

Hay una cierta tendencia en la literatura jus-antropológica para medir el poder del juez, o parte tercera, en el proceso para la resolución del conflicto por su capacidad para intervenir y para dirigir el discurso a través de preguntas, comentarios, órdenes, exclamaciones, etc. No obstante que ésta sea una medida adecuada en muchos casos, no debe olvidarse que ese poder puede también ser

ejercido por la ausencia de intervenciones verbales, esto es, por el uso autónomo y controlado del silencio, pudiendo hasta suceder que el poder sea tanto mayor cuanto mayor fuera el silencio como es, por ejemplo, el caso en los discursos sincréticos de tipo jurídico-religioso. En tanto, por más importante que sea la cuestión del uso (autónomo o controlado) del silencio, su significado para la economía retórica del discurso sólo puede ser plenamente valorado a la luz de la caracterización detallada del silencio, lo que obliga a una serie de distinciones como, por ejemplo, entre silencio específico y no específico, silencio pesado o leve, silencio procesal o sustantivo y, dentro de este último, entre silencio de aceptación, de rechazo, de revuelta, de aprobación, no entusiástico, etc. etc.

La retórica del silencio es uno de los aspectos importantes del discurso jurídico de Pasárgada. El dominio que el presidente de la asociación de moradores ejerce en el discurso se basa en una articulación estructurada de habla y de silencio y de tal modo que el peso excesivo desestructurante conferido a uno de ellos tiende a ser respuesta a una situación de emergencias, una reacción a cualquier factor de perturbación exterior al discurso. Pero la articulación habla/silencio, siendo estructurada, no es monolítica, pudiendo lo mismo distinguirse en ella dos subestructuras, presentes de modo secuencial en el proceso del litigio. La primera subestructura, que tiende a dominar la primera fase del proceso, es caracterizada, por el lado del presidente, por silencios no específicos, de larga duración, entrecortados por hablas interrogativas multidireccionales y de corta duración. Esta estructura se adecua particularmente a la obtención de información sobre la materia en conflicto por parte de quien está en mejores condiciones para proporcionarla, esto es, las partes. El silencio del presidente, al dar a las partes el control del habla, les da también la ilusión del control del discurso. En la realidad, el hecho del silencio al no ser específico y, por tanto, el presidente, a través de él, al no manifestar preferencia por algún área del conocimiento o de ignorancia, crea un cierto vacío o confusión direccional en el discurso que las partes procuran compensar o remontar, hablando. En suma, la parte tercera sabe que en cuanto menos pregunta más sabe. La segunda subestructura, que tiende a dominar la segunda fase del proceso, es, de algún modo, inversa. El control del habla pasa al presidente y su discurso es entrecortado por silencios específicos y cortos sobre todo de índole procesal. Una vez que decidir es especificar y especificar es intensificar simultáneamente el conocimiento y la ignorancia, esta estructura se adecua particularmente a la fase decisoria del proceso, ya que ella permite a la parte tercera conocer más de la materia que sea conocer e ignorar, comunicando a las partes de su estrategia y convidándolas a resistir. En esta subestructura el habla y el silencio son normativos, en apariencia, se relacionan factualmente con el conocimiento y la ignorancia. Designan lo que debe ser conocido y lo que debe ser ignorado. Encima de todo señala que, en esta fase, la parte tercera procura sublimar retóricamente su control sobre el discurso jurídico.

La articulación habla/silencio permite captar los diferentes ritmos temporales a que es sometido, en diferentes momentos, el procesamiento del litigio. Tales ritmos son fundamentalmente los ritmos del discurso jurídico y en ellos se condensan las múltiples negociaciones en que los participantes intervienen a lo largo del desarrollo del proceso. El tiempo de los actos discursivos es la llave de la inteligibilidad del discurso en su todo, pues, como se sabe, el tiempo es el hermano de la retórica, tal como el espacio es hermano de la lógica apolítica. A pesar de esto, la cuestión del tiempo y del ritmo del discurso ha sido tan desdeñada como la cuestión del silencio.

2.5.- La retórica de las cosas.

El espacio retórico del derecho de Pasárgada, después del lenguaje y del silencio, es también compuesto de otros "materiales" a los que doy la designación general de artefactos. Los artefactos son sobre todo usados como instrumentos de la retórica institucional que, a pesar de correr paralela a la retórica del litigio, como ya fue referido, tiene sobre ésta una acción a veces decisiva. En la medida en que multiplica o desmultiplica la legalidad de la asociación como forum jurídico, la retórica institucional acaba por transformarse en un elemento de reproducción de la jurisdicción/competencia a lo largo del procesamiento del litigio.

Entre los artefactos se destacan el espacio físico (que nunca es sólo físico) de la sede de la asociación, el mobiliario, los archivos, los carteles, las máquinas de escribir, los sellos, los formularios, los códigos de legislación, los estatutos, etc. Lo que los caracteriza en general es el efecto del distanciamiento que procuran crear entre la asociación, en cuanto instituidora de normatividad, y la voluntad de las partes. La autoridad, de que la normatividad actuante es una de las expresiones, resulta siempre del distanciamiento, y la legitimidad que le asiste no consiste en la liquidación de la distancia, sino tan sólo en la aceptación, por parte de la colectividad relevante, de los criterios porque se mide. En la aceptación reside la proximidad posible (nunca total) a través de la cual, en el caso en análisis, la asociación, sin dejar de ser una expresión socio-política de la comunidad, se inviste del mínimo de alteridad que le permite decidir sobre los litigios. Esta dialéctica de la distancia y la proximidad está muy sobredeterminada, una vez que no existen en el derecho de Pasárgada los separadores mecánicos como, por ejemplo, la tecnología conceptual, la profesionalización y la burocratización que caracterizan el derecho estatal contemporáneo.

En el proceso de ratificación, por ejemplo, los formularios, la máquina de escribir y los sellos son máquinas de extrañeza porque pasan sucesivamente los documentos hasta autonomizarse en relación a la voluntad privada de la que comenzaron por ser expresión. Progresivamente, los documentos pasan de la órbita privada de las partes para la órbita colectiva de la asociación, invistiéndose de la normatividad propia que está instituida. El producto de la voluntad

se transforma en productos de la voluntad y es en este preciso tránsito que se define el carácter constitutivo de la ratificación. Pero porque la asociación consolida su posición de forum jurídico a través de la propia iniciativa de las partes de someter sus negocios y litigios jurídicos, la normatividad heterónoma de la asociación no puede nunca cortar el condón umbilical que la liga a la normatividad autónoma del comercio entre las partes.

Los artefactos son como la puntuación del discurso y en esa calidad asisten (en el doble sentido del término) al discurso. Su presencia hace normatividad, una normatividad rizomática, para usar una expresión derivada de DELEUZE, donde se va implantando la normatividad vertical del discurso verbal. Esto mismo puede suceder con los textos legales oficiales sobre favelas y asociaciones de moradores, siempre que son empuñados por el presidente contra vecinos rebeldes con el objetivo de dramatizar la atmósfera de oficialidad y la alteridad normativa de la asociación. En estos casos, la fuerza normativa de los textos no resulta del contenido específico de éstos, sino del hecho de ser textos y de ser oficiales. Esto es, son utilizados como fetiches jurídicos y, como cualquier otro fetiche, representan una retórica congelada, un silencio de las cosas que torna las palabras del discurso hiper-habladas.

3. El espacio retórico del derecho de Pasárgada y del derecho estatal.

Si comparamos el derecho de Pasárgada con el derecho oficial de los estados contemporáneos y sobre todo de los estados capitalistas -a la luz del derecho brasileño que, para este efecto, debe ser considerado representativo- fácil es concluir que el espacio retórico del derecho de Pasárgada es mucho más amplio que el del derecho estatal. Sistematizando y controlando un poco más esta conclusión, se constata que cualesquiera que sean los indicadores utilizados para determinar la variación del espacio retórico, la verificación es siempre favorable al derecho de Pasárgada. Así:

1. Recursos tópico-retóricos: Al revés del discurso jurídico estatal, el discurso jurídico de Pasárgada hace un uso grande de topoi y, simultáneamente, un escaso uso de leyes. Independientemente de los elementos retóricos que de una u otra forma siempre intervienen en la aplicación de las leyes a los casos concretos, no quedan dudas que éstos son vulnerables a una utilización sistemática y dogmática, una vulnerabilidad que se agudiza con la profesionalización y la burocratización de las funciones jurídicas. Y después de los topoi, el discurso jurídico de Pasárgada recurre todavía a un complejo arsenal de instrumentos retóricos.

2. Modelo decisorio: mediación versus adjudicación: El derecho de Pasárgada se asienta en el modelo de la mediación que, al contrario del modelo de adjudicación, esté expresamente orientado para la contabilización plena de

los méritos relativos de las posiciones en el litigio y que, por esa vía, maximiza el potencial de persuasión del discurso y el consecuente potencial de adhesión a la decisión.

3. Autonomía relativa del pensamiento jurídico. Siendo el discurso jurídico de Pasárgada de fuerte dominación tópico-retórica, es un discurso jurídico no legalista y, por eso, el pensamiento jurídico que proyecta es un pensamiento esencialmente cotidiano y común. Al contrario de lo que sucede con el pensamiento de la dogmática jurídica, no tiene que sublimar, mediante sucesivas prótesis técnicas, lo que hay en él de cotidiano y de vulgar. Es un pensamiento tosco (das plumpe Denken), como le llamaría WALTER BENJAMÍN por referencia a BRECHT.

4. Constitución del universo procesal. La constitución del universo procesal separado de la conflictividad que da oportunidad a su accionar es siempre precaria y reversible en el derecho de Pasárgada. Al contrario de lo que sucede en el derecho estatal, la estructura organizativa del derecho de Pasárgada no exige la fijación a la partida de la distancia (a respetar) entre el objeto real y el objeto procesado del litigio. Aunque tal distancia exista y sea una determinante estructural del proceso, su fijación (nunca definitiva) es función de la economía retórica del discurso. Paralelamente, el objeto procesado del litigio y, a través de él, el propio objeto real del litigio- nunca es establecido con rigidez pues el mismo es objeto de negociación en el curso de la argumentación sobre la materia relevante.

5. Formalización de la interacción. La interacción jurídica en Pasárgada es mucho más informal de lo que la programada por el derecho estatal, siendo muy poco rígidas las distinciones entre forma y contenido o entre proceso y sustancia. De ahí que el espacio retórico cubra áreas que en el derecho oficial están vedadas a la argumentación. De ahí también que en cuanto al derecho estatal tiende a ser severo en lo que respecta al formalismo e indulgente en lo que respecta al contenido ético ya que se atribuyen consecuencias sustantivas de monta a violaciones formales mínimas, en cuanto que la transgresión ética en el dominio del derecho civil llega a ser grande antes de poder ser controlada- en el derecho de Pasárgada es la tendencia inversa que domina.

6. Lenguaje de referencia. El discurso jurídico de Pasárgada es vertido en lenguaje común y los elementos tecnológicos que a veces incluye son siempre una tecnología leve que propicia una mejor apropiación de la realidad sin que para eso se tenga que expropiar competencias lingüísticas. No tiene, así, lugar la ruptura lingüística (casi siempre acompañada de ruptura profesional) ni las consecuentes amputaciones del auditorio relevante que en el derecho estatal resultan por la objetivización de los sujetos originales del proceso.

7. La división del trabajo jurídico. El carácter del lenguaje jurídico de Pasárgada es concomitante del bajo grado de especialización/profesionalización de las funciones jurídicas. La no profesionalización del juez facilita una circulación retórica que tiende a subvertir cualquier división rígida del trabajo jurídico, lo que, por esta vía, potencia la proximidad entre el agente privilegiado del discurso (el presidente), los demás participantes y el auditorio relevante. Puede haber momentos de gran "confusión de papeles", en que la parte tercera se asienta en el "banco de los acusados", o de cualquier otro modo asume más el papel de parte que de juez, en cuanto las partes se afirman como jueces intersticios. Estas subversiones momentáneas, lejos de poner en causa la posición estructural de los participantes, son transgresiones que permiten dramatizar la legitimación de la estructura, en la ausencia de recursos institucionales o coercitivos, no puede ser impuesta rígida y mecánicamente.

De todo esto, dos conclusiones parecen incontrovertibles: el espacio retórico del discurso jurídico es susceptible de variación; el derecho de Pasárgada tiende a presentar un espacio retórico más amplio que el del derecho estatal. Se trata ahora de procurar una explicación sociológica para estas constataciones: Dos factores resaltan: el nivel de la institucionalización de la función jurídica y el poder de los instrumentos de coerción al servicio de la producción jurídica. Son factores distintos, aunque ambos decisivos para la determinación del modo de producción social de la juridicidad. El primero dice respecto al proceso de producción en sí y a las relaciones técnicas y sociales que se generan en su seno, en cuanto lo segundo, a pesar de relevar directamente de las relaciones de producción, dice específicamente respecto al modo de distribución y consumo de la producción jurídica.

En cuanto al primer factor, se considera institucionalizado el ejercicio de la función jurídica que se caracteriza: por la división interna y externa del trabajo jurídico y la consecuente tendencia para la profesionalización; por la jerarquización técnica y social del ejercicio de las tareas que integran la función; por la actuación padronizada e impersonal sujeta a criterios específicos de competencia y a principios y normas de racionalidad sistemática. La institucionalización admite grados diversos, pudiendo ser mayor o menor la división del trabajo, más o menos rígida la jerarquización, más o menos padronizada e impersonal la actuación. Cuando está plenamente institucionalizado, el ejercicio de la función jurídica constituye un aparato burocrático en el cual, además, se debe distinguir, para efectos analíticos, el aparato institucional (la dimensión funcional propiamente dicha) y el aparato ideológico (la dimensión lógico-sistemática).

No son necesarios grandes esfuerzos de investigación para concluir que, en nuestros días, el derecho oficial del estado capitalista presente, en general, un elevado grado de institucionalización de la función jurídica. La función jurídica no sólo se autonomizó en relación a las demás funciones sociales como que, internamente, alcanzó elevada especialización, dando origen, no a una, sino a varias profesiones jurídicas con tareas rígidamente definidas y jerarqui-

zadas. La sistematización (padronización e impersonalización) de la actuación deriva no sólo de la lógica normativa-constitucional que subyace a la filosofía política del estado liberal como, más inmediatamente, del vasto arsenal del formalismo jurídico en general y del formalismo procesal en especial y también de la profesionalización del contexto en que éstos son accionados. La autonomización y la sistematización de la función jurídica concomitantes, además, de la producción de una ideología específica, el legalismo tiene su inmensa reproducción garantizada por la ciencia jurídica, la llamada dogmática jurídica, sobre todo a través de la pesada tecnología lingüística y conceptual y de la creación de un universo teórico en donde se segregan las coherencias sistemáticas del fragmentario y fragmentante actuar técnico-jurídico. Por esta vía se consolidan las especializaciones/diferenciaciones funcionales y nuevas divisiones técnicas y sociales del trabajo jurídico, incluyendo la división entre el trabajo práctico-utilitario y el trabajo científico-dogmático, una división estructuralmente homológica de la que intercede entre trabajo manual y trabajo intelectual.

Comparado con el derecho estatal, el derecho de Pasárgada presenta un grado de institucionalización muy bajo, como, además, se sigue del análisis precedente de su discurso y que me dispense ahora de repetir. La función jurídica es una de las varias desempeñadas por la asociación de moradores y de algunas de ellas no se distinguen fácilmente. Por otro lado, el presidente de la asociación tiene un pequeño comercio en Pasárgada y es miembro destacado de una de las muchas organizaciones religiosas activas en la comunidad, ejerce las funciones en la asociación, incluyendo la función jurídica, a la par de sus actividades comerciales y religiosas. En el terreno de la previsión de los litigios (proceso de ratificación de los negocios jurídicos) no existe división nítida entre las funciones del presidente y las del secretario de la asociación. A pesar de la asociación, por ser su presidente el agente privilegiado del discurso jurídico, la participación en el ejercicio de las tareas es más determinante que la jerarquización de las funciones y ésta, en la medida en que existe, es también objeto de negociación y argumentación y no está, por tanto, sujeta a criterios rígidamente aplicados. Por último, la padronización es siempre precaria y siempre determinada por la lógica tópica y no inviste nunca la actuación jurídica de un carácter impersonal que, además, chocaría con el principio de interacción social de una sociedad dominada por relaciones primarias de cara a cara.

El contraste entre el derecho de Pasárgada y el derecho estatal no es menos flagrante en lo que respecta al segundo factor, el poder de los instrumentos de coerción al servicio de la producción jurídica. Por instrumentos de coerción se entiende el conjunto de los medios de violencia que pueden ser legítimamente accionados para imponer y hacer cumplir las determinaciones jurídicas obligatorias. Los instrumentos de coerción pueden ser más o menos poderosos, ya por el tipo de acciones violentas que pueden efectuar, ya por el tipo de condicionamientos a que tal accionar está sujeto, ya también por el efecto de neutralización relativa resultante de las acciones paralelas o contrarias de otros instrumentos de coerción existentes en el mismo espacio socio-jurídico.

Los instrumentos de coerción constituyen un aparato coercitivo cuando: están organizados siguiendo el principio de eficiencia total; el accionar no conoce otros condicionamientos, sino los que provienen de la aplicación de normas y reglamentos generales; la actuación es monopolística en la medida en que se asienta en la liquidación de instrumentos coercitivos concurrentes.

No quedan dudas que la producción jurídica de los estados capitalistas contemporáneos, en general, tienen a su servicio un poderoso y complejo aparato coercitivo detentador del monopolio de la violencia legítima, que comprende varias fuerzas policiales, paramilitares y militarizadas y, en caso de emergencia, las propias fuerzas armadas, después del universo totalitario de las instituciones que integran el sistema de prisiones. Este aparato coercitivo, inscrito desde el principio en la lógica del modelo constitucional del estado liberal, está en la raíz de la conversión del derecho como centro de disciplina y de control social del estado capitalista. Una de sus características principales reside en que su eficiencia no resulta sólo de las medidas efectivamente accionadas sino también de la simple amenaza del accionar, esto es, del discurso de la violencia que, además, en unos casos es verbal y en otros resulta tan sólo de la presencia demostrativa (agresivamente silenciosa y silenciante) de los artefactos de la violencia legal. Y entre la represión de la trasgresión y la amenaza hay todavía que referir el dominio crecientemente importante de la represión preventiva, esto es, el conjunto de medidas accionadas para dismantelar todo lo que el aparato coercitivo define como plano de trasgresión de la legalidad. Incluso puede decirse que el dispendioso apertrechamiento tecnológico y profesional del aparato coercitivo de las sociedades capitalistas avanzadas en los últimos años es con vistas sobre todo a la represión preventiva. Por otro lado, estando no obstante el accionamiento de los mecanismos de control violento subordinado a normas y regulaciones generales, el criterio de eficiencia tiende crecientemente a dominar el criterio de legalidad, lo que, finalmente, y facilitado por la invisibilidad del control por vía de la sofisticación tecnológica con que es ejecutado. En otras palabras, el control se torna tanto más íntimo cuanto más remoto. Apoyado en este fuerte y diversificado dispositivo de coerción, el derecho del estado capitalista procede a la consolidación (contradictoria) de las relaciones de clase en la sociedad, dirigiendo los conflictos sociales de modo de mantenerlos dentro de los niveles de tensión tolerables desde el punto de vista de la dominación política de clase que ella contradictoriamente reproduce.

Al contrario, el derecho de Pasárgada dispone instrumentos de coerción muy incipientes y de hecho casi inexistentes. La asociación participa en la organización de formas colectivas de coerción contra un vecino transgresor que no se deja persuadir por la retórica jurídica en el sentido de reposición de la legalidad. Pero se trata tan sólo de formas de presión más o menos difusas que van a hacer progresivamente intolerable el mantener un cierto curso de acción. Son acciones y no-acciones de estructura muy fluida y de consistencia muy precaria, familiares próximos de la acción directa, y en que el papel de la asociación nunca es, por sí, determinante para su accionar.

Posteriormente, la asociación puede solicitar el apoyo del destacamento policial con sede en el barrio para imponer, por la fuerza, su decisión, y tal solicitud será ciertamente satisfecha en vista del empeño de la policía en conquistar legitimidad en el seno de la comunidad y vencer la hostilidad y el ostracismo a que es llevada por los moradores. En tanto, informada de esto, la asociación sabe que serían elevados los costos de tal colaboración, sabe que involucrarse con la policía significaría la pérdida de la legitimidad de la propia asociación, desgastaría su imagen frente a los moradores, una imagen ya de por sí sujeta a las vicisitudes políticas del proceso de organización comunitaria. De ahí que, finalmente el recurrir a la policía sea frecuentemente referido como amenaza, sólo en circunstancias extremas es concretizado. Algo semejante pasa con muchas de las referencias al derecho oficial en el curso del proceso de previsión o de resolución de los conflictos jurídicos. Son referencias/amenazas, en la medida en que a través de ellas el presidente procura sugerir que sí, por hipótesis, el caso en discusión fuese procesado por el derecho oficial la decisión o sería idéntica a la de la asociación, pero obtenida con costos muy superiores para las partes, o sería más desfavorable para una o ambas partes de acuerdo a las situaciones.

Puede, pues, concluirse que, en Pasárgada los principales instrumentos de coerción son las amenazas, el discurso de la violencia. Pero porque se trata de amenazas de casi imposible concretización, se trata sobre todo de una retórica de fuerza, de un topos de intimidación que es, por eso, parte integrante del discurso jurídico. Este topos representa siempre una retórica de recurso y sólo es accionado cuando la obstinación de una o ambas partes hace fallar el topos de la cooperación. Se trata del refuerzo de un discurso decaído, retóricamente desnutrido; de ahí que el presidente procure a toda costa explotar la lógica de lo razonable antes de pasar a la "lógica de lo irrazonable".

Se concluye, pues, que tanto al nivel de institucionalización de la función jurídica como en cuanto al poder de los instrumentos de coerción el derecho de Pasárgada y el derecho del estado capitalista ocupan posiciones estructuralmente distintas. La relevancia de la variación a nivel de estos factores para la explicación de la variación también ya constatada, a nivel del espacio retórico del discurso jurídicos ha de partir, como arriba se dice, de la confrontación de los resultados de la investigación sociológica en Pasárgada con los resultados de otras investigaciones socio-jurídicas que constituyen, en su totalidad, la sociología y la antropología del derecho. Pero esa confrontación, en lo que aquí interesa, ha de ser valorada, ella misma, a la luz de una teoría global de la sociedad capitalista y de la posición estructural que en ella ocupa la instancia jurídica.

De la confrontación resulta con claridad que en las sociedades en que el derecho presenta un bajo nivel de institucionalización de la función jurídica e instrumentos de coerción poco poderosos, el discurso jurídico tiende a caracterizarse por un amplio espacio retórico. Es cierto que esta última característica no es analizada explícitamente en la literatura -que, como se dice, poca

atención a dedicado a la retórica jurídica- pero puede con seguridad inferirse de los análisis minuciosos del procesamiento de la resolución de los litigios en esas sociedades. En la tradición de los estudios antropológicos -en que, hasta hace poco tiempo, el análisis monográfico dominó en absoluto sobre el análisis comparado- tales sociedades y sus respectivos derechos han sido concebidos como entidades sociológicamente autónomas. Siempre que la unidad de análisis es ampliada de modo de abarcar espacios geo-políticos más vastos en que tales sociedades están integrados, las instancias más típicas y más tratadas en la literatura son el colonialismo y el post- colonialismo, esto es, la coexistencia en el mismo espacio del derecho "primitivo", "tradicional", "nativo", "autóctono" y el derecho colonial o, en la situación post-colonial, del nuevo derecho estatal moldeado, en aspectos decisivos, en el derecho del estado ex-colonizador. En estas situaciones, el derecho estatal, o es el derecho de un estado capitalista colonial o post-colonial o es el derecho de un estado capitalista colonial o post-colonial que, a pesar de inspiración y orientación anticapitalistas, no puede todavía crear un orden jurídico adecuado a sus necesidades de desarrollo social, siendo, por eso, forzado -para evitar rupturas políticas y administrativas graves- a mantener o a adoptar las estructuras jurídicas del estado capitalista de cuyo dominio colonial se liberó. En cualquiera de los casos, el contraste entre el derecho tradicional y el derecho estatal ofrece algunas semejanzas con el contraste verificado entre el derecho de Pasárgada y el derecho, estatal brasileño. Así, contrariamente al derecho tradicional, el derecho estatal tiende a presentar un más elevado nivel de institucionalización de la función jurídica y más poderosos instrumentos de coerción -lo que en la situación colonial es particularmente evidente- y concomitante a su discurso jurídico tiende a tener un espacio retórico más reducido -siempre más reducido en la situación colonial, una vez que la dominación/represión colonialista se reproduce de modo directo en la dominación/represión de las lenguas "nativas".

El paralelismo en los contrastes debe, mientras, ser entendido en el ámbito restringido de los factores seleccionado por la estrategia analítica adoptada en este trabajo. Las semejanzas existen a la par de diferencias no menos importantes y no esconden el hecho de que el derecho de Pasárgada no sea un derecho "tradicional" en el sentido en que lo es, por ejemplo, los derechos africanos ni, mucho menos, el hecho de que el proletariado urbano de las favelas de una gran metrópoli capitalista vive en condiciones materiales de producción y reproducción muy diferentes de las de los campesinos de las micro-sociedades rurales del continente africano en el período colonial lo mismo que en el post-colonial. Se trata de semejanzas estructurales obtenidas por medio de drásticas reducciones analíticas y susceptibles de ganar cuerpo y sentido muy diversos de acuerdo a los contextos sociológicos en que se manifiestan.

Se concluye que, a la luz del conocimiento antropológico y sociológico del derecho, resulta con seguridad que las diferencias verificadas entre el derecho de Pasárgada y el derecho estatal son expresión de variaciones significativas entre los factores (o variables complejas) analizados, los cuales se pueden

formular, en términos de correlación, de la siguiente forma: La amplitud del espacio retórico del discurso jurídico varía en razón inversa del nivel de institucionalización de la función jurídica y del poder de los instrumentos de coerción al servicio de la producción jurídica.

CULTURA DE LA JURISDICCIÓN Y USO JURÍDICO DE LA MEMORIA

ROBERTO BERGALLI¹

Resumen: El artículo que se presenta analiza las consecuencias del gran designio hegemónico de repercusión continental que alcanzó su cúspide con las dictaduras latinoamericanas de los años setentas. El autor se concentra en las implicaciones jurídicas de esta afrenta; las denominadas leyes del olvido: Ley de Punto Final y Ley de Obediencia Debida.

Resumo: O artigo que se apresenta analisa as conseqüências do grande desígnio hegemônico de repercussão continental que alcançou sua cúspide com as ditaduras latino-americanas dos anos setentas. O autor se concentra nas implicações jurídicas desta afronta; as denominadas leis do esquecimento: Lei de Ponto Final e Lei de Obediência Devida

Abstract: The article that appears analyzes the consequences of the great hegemonic design of continental repercussion that reached its peak with the Latin American dictatorships of the 70's. The author concentrates itself in the legal implications of this insult; the denominated laws of the forgetfulness: Final Point Law and Due Obedience Act.

Hace quince años, en la República Argentina, se sancionaron unas leyes que vinieron a aumentar el oprobio que ya sufría una buena parte de la sociedad argentina. Semejante vilipendio había sido causado por la sistemática violación de los derechos humanos más fundamentales, orquestada y ejecutada por una forma de dominación política que usualmente se ha denominado como “dictadura militar”. Ésta, sin embargo, con sus perversas prácticas de control y persecución de la disidencia, —las cuales ya fueron puestas en marcha desde las postrimerías del último gobierno constitucional de María Estela Martínez de Perón, de común acuerdo entre el grupo más cercano a la nombrada y el círculo de oficiales que luego serían los actores del golpe de Estado²—, como con las consecuencias provocadas, demostró ser la continuidad de un gran designio hegemónico de proyección continental el cual, en su momento, fue descrito como de seguridad nacional, mas teniendo en cuenta las características comunes que asumió en los diferentes países del sub-continente americano, me he permitido calificarla como de seguridad continental (Bergalli 1982: 293). Así lo han demostrado tanto las actividades de los regímenes militares que se iniciaron en Brasil en 1964, en Bolivia en 1971, en Uruguay en 1972, en Chile en 1973, como en el entonces ya existente en el Paraguay desde 1954. Pero, en el concierto criminal establecido por todos esos regímenes, con el surgido en Argentina el 24 de marzo de 1976 —conocido como Plan Cóndor—, ha sido posible identificar tanto los rasgos comunes de actuación, como la conexión de fines entre ellos (por todos, Blixen 1995-1998).

Las leyes aludidas constituyeron, además, una enorme afrenta para aquel sector de la cultura jurídica que todavía se inspiraba en los principios de-

¹ Universitat de Barcelona

² El coordinador y ejecutor de los primeros atropellos fue el Jefe de la Policía Federal de la época, el entonces coronel Harguindeguy.

mocráticos y republicanos de la Constitución de 1853. Menciono, sin hesitación, a las dos leyes del olvido , aprobadas por el Congreso Nacional; la primera, en 22 de diciembre de 1986 y, la segunda, en 6 de junio de 1987, con los números de 23.492 y 23.521, conocidas vulgarmente como Ley de Punto Final y Ley de Obediencia Debida, respectivamente.

1. Contexto dentro del cual se sancionaron las leyes del olvido

La sanción de estas leyes, discutidas y aprobadas por un Congreso democrático, según sendos proyectos del Poder Ejecutivo tuvo, como fines expresados por sus mentores, los de alcanzar la pacificación social y obtener la reconciliación nacional. Esta expresión fue común en el discurso político que subyacía a la preparación de las leyes. En los respectivos Mensajes de Elevación de ambas leyes, al mismo tiempo campeaba la reivindicación de muchos principios constitucionales que sostendrían el sentido de las dos leyes como camino para recuperar y afianzar el Estado de derecho en Argentina. Conviene asimismo recordar que los dos proyectos legislativos surgieron como respuesta del Poder Ejecutivo (P. E.) a los diferentes conatos militares que se produjeron a lo largo de 1986, mediante los cuales se planteaban exigencias para que se terminara con los procesamientos penales dispuestos por el Gobierno constitucional surgido de las libres elecciones de 10 de diciembre de 1983, de jefes y subordinados acusados de gravísimas violaciones de derechos humanos, cumplidas durante el período de gobierno militar de facto, 1976-1983. Una primera respuesta al desenfado que la clase militar revelaba con tales exigencias fue el envío por el P. E. del proyecto, sancionado luego técnicamente como ley 23.492 de Extinción de la acción penal por presunta participación en cualquier grado en los delitos del art. 10 de la ley 23.049 y por aquellos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10/12/83 . Aquellos conatos fueron aumentando en frecuencia, hasta el punto que en la Semana Santa de 1987 el país quedó aprisionado en una situación de conmoción nacional que con toda claridad se procuró aplacar mediante el envío del proyecto, luego sancionado como ley 23.521, de Obediencia Debida.

Semejante situación dejó al descubierto la endeblez de la democracia política recuperada. En efecto, después de muchas décadas de inestabilidad institucional, comenzada con el primer golpe de Estado que quebró la legalidad constitucional (6 de septiembre de 1930), y subseguido por una interminable presencia del factor militar, tanto en gobiernos constitucionales como en otros de facto, a lo largo de más de cincuenta años de historia política; superada una guerra demencial contra el Reino Unido por el rescate de las islas Malvinas (iniciada con el desembarco de la Marina argentina el 2 de abril de 1982), la cual dejó un tendal de muertos (por ambas partes contendientes) y un elevado número de combatientes inválidos del lado argentino; y, puesta al descubierto por reiterados informes internacionales -lo que posteriormente confirmó la Comisión Nacional de Desaparecidos (CONADEP)- la perversa estrategia represiva

va desplegada desde los Comandos en Jefes de las Fuerzas Armadas, antes de manera limitada y después del golpe de Estado de 24. marzo de 1976 de forma masiva; el proceso de regreso a la normalidad institucional desde diciembre de 1983 estuvo en cada momento perturbado por la soberbia de la clase militar. Primero, los mismos jefes militares e inmediatamente sus subordinados, todos ellos complicados en las aberrantes violaciones de derechos humanos, procuraron evitar sus enjuiciamientos. Para ello recurrieron a las actitudes propias a sus condiciones astrenses; es decir, mientras tuvieron capacidad de recurrir a las armas, amenazaron con utilizarlas para impedir los procesos penales que, una vez superada la dilación provocada con la frustrada tentativa de instruir el procedimiento penal a los Comandantes por ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (dispuesta por el recordado decreto del P. E. 158/1983), se concretaron en los conatos contra las instituciones a que se aludió antes.

Puede decirse, en consecuencia, que la transición hacia la democracia en la República Argentina y la plena vigencia de la Constitución Nacional, estuvo condicionada por la altanería de los propios acusados de gravísimos delitos contra la humanidad, desde el mismo momento que el gobierno democrático presidido por Raúl Alfonsín procuró iniciar la investigación de tales delitos.

Las leyes del pretendido olvido, elaboradas entonces en un ámbito de gran tensión, fueron objeto de un limitado debate jurídico-político dentro de Argentina. Unos pocos comentarios, en forma de dictámenes (v. Sancinetti 1987a; Maier 1987a, quien da cuenta de otros) se redactaron cuando los proyectos ya fueron enviados al Congreso. El resto de opiniones, bajo la estructura de breves ensayos o glosas (Sancinetti 1987b; Rivacoba y Rivacoba 1987; Bergalli 1998) y de un volumen que comprendió todas las claudicaciones del gobierno constitucional en la tarea de enjuiciamiento a los responsables de los delitos de Estado, como del propio Congreso Nacional en la tramitación y sanción de las leyes del olvido (Sancinetti 1988), sólo pudo tener difusión una vez las leyes ya estuvieron vigentes pues ellas recibieron un brevísimo trámite parlamentario (téngase en cuenta que el proyecto de Punto Final del P. E. fue remitido al Congreso Nacional el 5 de diciembre de 1986 y aprobado por la Cámara de Diputados el 23 del mismo mes y año, mientras el pertinente a la Obediencia Debida fue enviado el 13 de mayo y sancionado como ley el 6 de junio de 1987). De tal modo que, inmediatamente a sus aprobaciones o ya durante sus discusiones, muy velozmente se produjeron dictámenes o comentarios que ponían en cuestión la constitucionalidad y legalidad de las leyes, como asimismo se indicaba la manifiesta intención de olvido que se pretendía alcanzar con ellas. No obstante, incluso antes de la sanción de las leyes, en lo que atañe al concepto de obediencia debida al que ya durante el gobierno democrático se hacía recurso desde el mismo terreno de la jurisdicción militar y del propio Ministerio de Defensa para detener los procesamientos de jefes y subordinados, se señaló la aberración que se pretendía en el empleo falsificado de esta eximente (Baigún 1986). Esta crítica se apoyaba, por una parte en la inconstitucionalidad del Código de Justicia Militar al que se recurría en una equívoca e interesada inter-

pretación de su art. 514 y, por la otra en el apartamiento de la afirmada doctrina jurídico-penal y constitucional sobre esta causa de justificación y/o de inculpabilidad.

La tensión existente durante las discusiones de los proyectos fue manifiesta, en el sentido que desde sectores de peso en la sociedad argentina se ejerció una gran presión para hacerlas entrar rápidamente en vigor. Queda en el recuerdo la febrilidad parlamentaria para rememorar el trámite que tuvieron ambas leyes en sede legislativa, un trámite que provocó no pocos traumas endógenos en el propio partido en el gobierno en cuyo seno y como representantes en el Congreso se contaban varios legisladores con pesados problemas de conciencia como para sostener los proyectos. Algunos habían sido ellos mismos objetos de atentados terroristas, detenidos-desaparecidos, detenidos a disposición del P. E., torturados, expulsados del país, etc. Otros habían sufrido en sus familias el mismo tipo de vejaciones; ciertos padecieron la desaparición de hijos. Pero, todavía más, la propia Unión Cívica Radical contaba con muchos militantes, algunos de relevancia, quienes asimismo tuvieron que soportar semejantes tormentos.

2. Responsabilidad compartida en los proyectos de las leyes

Los proyectos habían sido elaborados por un cuadro muy restringido de asesores del Presidente de la Nación, cuadro compuesto esencialmente por algunos filósofos jurídicos (mis filósofos, fue una expresión muy conocida en boca del Presidente Alfonsín, aludiendo a este círculo de sus asesores) quienes si bien no habían sido directamente objeto de la represión, conocían absolutamente los alcances que ésta había tenido pues tenían amigos, colegas y compañeros de universidad ya represaliados, algunos prematuramente desaparecidos³.

Pese a todo lo dicho, no puede desconocerse que fue el propio Presidente Alfonsín quien alentó la elaboración de los proyectos legislativos. Esta actitud, en buena manera, había sido adelantada con decisiones tomadas desde el comienzo de la andadura democrática de su gobierno; decisiones, todas ellas, que en ciertos casos y desde el comienzo del período de dicho gobierno tuvieron que ser rectificadas ante la resistencia del estamento militar para que los responsables máximos de la cruenta represión ejercida fueran enjuiciados. Debe recordarse aquí la teoría de los tres niveles de responsabilidad criminal explicada desde el área de los asesores de gobierno del presidente Alfonsín (Malamud Goti 1990: 3), aunque ya anunciada por éste en su campaña política hacia la presidencia, la cual iba a orientar la investigación y enjuiciamiento de

³ Todo esto que se acaba de afirmar es tan absolutamente cierto como que uno de esos filósofos fue alguien quien, con la mayor solidaridad y quizá sin medir los alcances de la misma para su propia situación -al par que a otros queridos amigos a todos los que guardo permanente agradecimiento- brindó toda clase de apoyos y hasta asistencia jurídica al Autor de estas líneas cuando fue inopinadamente detenido y luego puesto a disposición del P. E., al comienzo del gobierno militar de 1976.

los acusados de las violaciones a los derechos humanos, tal como él mismo lo reconoció (Alfonsín 1982).

Tanto esta teoría, como el acuerdo en que los procesamiento y causas penales que se abrieran respecto a jefes y subordinados no debían prolongarse excesivamente en el tiempo ni en su profundidad, constituyeron notas que revelaban una voluntad limitadora del discurso sobre derechos humanos ensayado por Raúl Alfonsín durante su campaña política, previa a su elección como presidente de la Nación. Ese discurso, empero, tuvo un manifiesto tono reivindicativo el cual, sin duda, produjo una enorme atracción de aquel sector del electorado que, bien por estar agraviado por el comportamiento de los represores militares, bien por no haber encontrado en la oposición justicialista un semejante mensaje para la recuperación ética de los derechos humanos, volcó su apoyo masivo hacia la opción que proponía la Unión Cívica Radical, la cual alcanzó un triunfo mayoritario en las ya recordadas elecciones de 10 de diciembre de 1983.

La voluntad limitadora a la que se hizo mención cundió de forma expansiva y provocó reflejos en diferentes niveles empeñados en la investigación de los graves delitos cometidos por un elevado número de miembros de las Fuerzas Armadas (FF. AA.), de seguridad y civiles en connivencia. Semejante voluntad se expandió, ulteriormente, a la posterior actividad jurisdiccional tendente a determinar el grado de responsabilidad criminal de los implicados. Esta afirmaciones se pueden corroborar con muchísimos elementos; algunos de carácter técnico, otros de decisión política, los demás meramente subjetivos. Mas todos claramente sirven para demostrar que las promesas electorales quedaron condicionadas por una manifiesta debilidad moral frente a la misión reivindicatoria encomendada por el voto.

La inicial estrategia manifestada por el Gobierno constitucional reveló todo esto. La creencia en la autodepuración, mediante la derivación al Consejo Supremo de las FF. AA. (decreto 158/83) constituido por los jueces militares provenientes de la dictadura, de los procesos contra los Comandantes en Jefe, se demostró velozmente falaz (Sancinetti 1988: 11-14). La confirmación de un elevado porcentaje de los jueces integrantes de los tribunales penales ordinarios (por todas las ocasiones en que he hecho mención a este punto, v. Bergalli 1985) y el nombramiento de componentes de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal que asumió el proceso contra los Comandantes, un par de los cuales habían pertenecido al cuerpo judicial de facto, nombrados por las Juntas militares⁴, fueron asimismo datos objetivos. La asignación a la Fiscalía de la Cá-

⁴ Un hecho manifiesto lo constituyó la composición de esta Cámara Federal por dos jueces quienes, en el pasado inmediato habían sido, uno secretario de la Corte Suprema de facto, nada menos en el período en que este máximo tribunal rechazó el mayor número de habeas corpus interpuestos en favor de detenidos-desaparecidos y de detenidos a disposición del P. E. y, otro, secretario de la Procuración de la Nación durante el mismo período (Bergalli 1986). Ambos, con posterioridad y habiendo dejado la Cámara Federal, se constituyeron en asesores y elevados funcionarios de la administración, tanto en tiempos de la gestión alfonsinista como en el de la menemista. Uno de ellos -Andrés D'Alessio- ha sido, hasta el momento de la redacción del presente trabajo, nada menos que Decano

mara Federal de un antiguo Fiscal que había actuado pasiblemente en todo el período dictatorial ante las reiteradas violaciones de derechos humanos⁵ sin oponerse como hubiera sido su deber-, aunque no pudo haber ignorado, al menos, la desaparición de un colega suyo quien posteriormente apareció muerto, se convirtió en una prueba irrefutable de que no habría oposición a la limitación de la investigación. En definitiva, variadas situaciones y alternativas pueden servir para demostrar que la estrategia puesta en acción por el gobierno constitucional, es-tuvo determinada por la fuerza de la clase militar, antes que por la presión de la voluntad popular, lo cual exhibe una intrínseca debilidad para mantener el discurso ético que se había ensayado.

3. El debate jurídico-político sobre las leyes

El debate sobre la leyes o sus proyectos dentro del país estuvo entonces limitado a ciertos ámbitos; quizá a uno único y, cuando se dice único, lo que se quiere resaltar es que, si bien también se emitieron opiniones al respecto, en otros ámbitos y por otros medios argentinos, estos no eran más que órganos de difusión de la doctrina jurídica que, apenas poco tiempo antes, se había caracterizado por su adhesión a la legislación de facto producida por el régimen cívico militar de naturaleza dictatorial que se había instalado en Argentina, con lo cual quedaba así demostrada la hipocresía de los autores o la falacia de sus opiniones⁶. Ese único ámbito al que aludo fue precisamente el representado por Doctrina Penal (todavía entonces publicada por ediciones Depalma, aunque don Roque ya no vivía), cuyo director era aún Ricardo C. Nuñez, uno de los poquísimos penalistas que conservó toda su integridad ética y que desde su retiro cordobés manifestó siempre su repulsa al abyecto régimen dictatorial.

de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con todo lo que ello supone desde el punto de vista ético para la formación de jóvenes juristas. El otro -Ricardo Gil Lavedra- llegó a ser Ministro de Justicia de la Nación.

⁵ Este funcionario -Julio C. Strassera- limitó su acusación en el posterior proceso contra los Comandantes a un 8% de los casos (711) de detenidos-desaparecidos denunciados ante la CONADEP, por la necesidad de alcanzar un juicio rápido o con el argumento de “economía procesal”, con lo cual hizo caso omiso de la obligatoriedad de la acción penal cuya violación sanciona el art. 274 del Código Penal (Sancinetti 1988 cit.: 18). No obstante, supuestamente por la eficacia y celeridad demostrada en su acusación, pasó a constituirse en un ejemplo de protector de derechos humanos (sabiamemente promocionado por el gobierno de la UCR), hasta el punto que posteriormente recibió premios, condecoraciones y distinciones en Argentina y en el exterior. Su nombramiento como Embajador de la República Argentina ante los organismos de las Naciones Unidas, con sede en Ginebra, coronó un meritorio cursus honorum

⁶ Prefiero no hacer mención específica de alguno de esos autores, ni alusión a sus trabajos en cuestión. Ha sido y es hasta tal punto grave el comportamiento vergonzante de tantos juristas argentinos quienes, en su momento, fueron sumisos o activos “teóricos” de las bárbaras tácticas empleadas por las prácticas militares de represión y, posteriorente, al recuperarse las instituciones democráticas, supieron travestirse velozmente como “críticos” de las leyes del olvido, que no creo oportuno referirme puntualmente aquí a ello; en otras ocasiones lo he hecho No obstante no quisiera dejar de recordarlo.

No pudo ser de otra manera. La tradición recogida por Doctrina Penal lo explica y justifica. El testimonio recibido de Nuevo Pensamiento Penal —órgano de publicación coordinado por un grupo de estudiosos que para entonces procuraba mantener la herencia intelectual y cultural de D. Luis Jiménez de Asúa, puesto en cuestión por la anterior dictadura que encabezó Juan C Onganía desde cuando se produjo el golpe de Estado de 28. junio de 1966—, se puso inmediatamente de relieve y de esta forma la publicación sucedánea que ya llevaba una década de existencia, acogió formidables contribuciones acerca de la ilegalidad y la inconstitucionalidad de las leyes, rasgos ya entonces puestos de manifiesto desde la presentación de los mismos proyectos legislativos. Por muchos motivos sobre los cuales se podrán hacer comentarios, el debate jurídico y ético sobre las leyes en cuestión tuvo posterior expansión y ulteriormente despertó un elevado interés inmediato por parte de muchos estudiosos desde fuera de las fronteras argentinas (v. por todos, Osiel 1995 con las referencias que el Autor suministra). Algunos años más tarde, yo mismo hice un análisis sobre esos aspectos de ilegalidad e inconstitucionalidad de las leyes (Bergalli 1990), apoyándome en las excepcionales contribuciones del ámbito de Doctrina Penal, antes referido, no obstante mis observaciones respecto de las leyes y sus substratos dado mis intereses y formación- siempre han tenido más un trasfondo y proyección socio-política, como antropológica.

No puede dejarse de reconocer que, aún cuando los participantes en el debate interior fueron casi todos homogéneos en resaltar los aspectos señalados, hubo dos autores que, no obstante únicamente uno de ellos formara parte de ese ámbito, asumieron ambos una actitud no sólo de otro tenor, sino incluso, justificante de una de esas leyes: la de Punto Final. La justificación de esta ley fue argumentada por tales autores en una pretendida réplica a uno de los dictámenes antes mencionados (Maier op. cit. 1987), utilizando el recurso a lo que ellos denominaron como teoría de la prevención general indirecta (Malamud Goti/Entelman 1987a) la cual, en parte para ellos justificaba el castigo a los militares, pero en otra gran parte se fundaba en la necesidad de disuadir a la comunidad en pleno de recurrir a las soluciones del pasado, reafirmando los valores inherentes a un Estado de derecho, y promoviendo el respeto por las instituciones democráticas (ibidem: 342). Esta falaz justificación fue luego difundida en el exterior (Malamud Goti/Entelman 1987b) para intentar refutar las críticas que se les habían dirigido invocando razones morales, según las cuales la ley comportaba una claudicación ética, una marcha atrás respecto del sendero transitado, y el incumplimiento de compromisos asumidos por el gobierno (ibidem: 71).

Las motivaciones de la actitud de dichos autores no fueron precisamente de naturaleza jurídica, con exclusividad; en mi opinión mucho menos lo pueden haber sido éticas. Quizá deberían buscarse tales motivaciones en posiciones de conveniencia o participación política en la misma preparación de la ley, puesto que tales Autores integraron, es cierto que con diferente influencia y, particularmente, en distinta ubicación de trato, el grupo de los filósofos asesores del Presidente Alfonsín. En este punto hay que agregar al aludido ámbito de

debate, aunque constituyendo un caso particular, pese al manifiesto predominio que tuvo en el interior de ese grupo de asesores explicando la política de derechos humanos que el gobierno constitucional puso en marcha (Nino 1985), a quien sin duda ejercía, para la época, el mayor influjo en aquellas decisiones presidenciales en las que los filósofos eran requeridos. Sobre todo esto se podrá volver más adelante. Mas, todo hay que decirlo con sincero reconocimiento, pues la prematura desaparición de Carlos S. Nino no sólo privó a la cultura filosófica jurídica argentina de una lúcida mente que ya tenía proyección internacional, sino que asimismo hay que lamentar esa pérdida en cuanto su presencia y pensamiento constitucional en la escena política posterior hubieran indudablemente supuesto un freno o un corrector para muchos de los desatinos en que cayó el partido al cual volcó sus esfuerzos antes y también después de la aprobación de las leyes del olvido .

4. La oposición entre olvido y memoria

Desde este período y del debate en cuestión han transcurrido más o menos quince años. A lo largo de este tiempo se han producido muchas situaciones que se pueden enmarcar en dos tendencias. Una, orientada y alentada por una manifiesta propensión a mantener la impunidad de los genocidas y terroristas de Estado, compartida por los sectores que habían sido complacientes con la teoría de la guerra sucia y sostenida hasta por los propios gobiernos democráticos sucedidos desde diciembre de 1983, con el acuerdo de las mayorías políticas representadas por las cúspides de los partidos que alcanzaron esos gobiernos (Unión Cívica Radical y Partido Justicialista). Otra, tendente a profundizar la investigación de las gravísimas violaciones de derechos humanos cometidos desde la implantación de ese terrorismo de Estado y a alcanzar la verdad para lo cual, dentro de esta tendencia especialmente encabezada por los movimientos sociales que más la han interpretado —Madres y Abuelas de Plaza de Mayo—, siempre se creyó que era indispensable demostrar el engaño de las leyes.

La primera de esas tendencias fue la que, producida la alternancia en el sistema político, quedó satisfecha y confirmada por el Presidente de la Nación, Carlos S. Menem, con la firma en 8. octubre de 1989 de los decretos 1002, 1003, 1004 y 1005 por los cuales se indultó a 277 personas, entre las cuales se encontraban los jefes militares quienes habían sido condenados por la sentencia de 9. diciembre de 1983 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal; confirmada esta, con matices, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en 30 de diciembre de 1986. De tal manera se completaba la tarea de impedir absolutamente el cumplimiento de las penas y se aseguraba la impunidad de los responsables del genocidio y el terrorismo de Estado que había asolado Argentina.

La segunda se apoyaba en la indispensable abrogación de las leyes del olvido y en la declaración jurisdiccional de sus inconstitucionalidades e ilegalidades, para retrotraer la cuestión y poder profundizar la investigación de la ver-

dad. Este es el punto, logrado finalmente con la derogación de ambas leyes por el Parlamento en marzo de 1998, con la ley 24.952, mediante lo cual ningún acusado por hechos cometidos durante la represión podrá excusarse a partir de esta última fecha en el principio de la obediencia debida. Pero, últimamente, con la sentencia del Juez Federal Gabriel R. Cavallo en 6. marzo 2001, que da lugar a esta intervención, y recaída en la causa Nro. 8686/2000, se ha alcanzado la meta desde la cual se podría volver a reabrir todas las causas penales que fueron cerradas en aplicación de alguna de la dos leyes. Es justo también aclarar que, en buena manera, también los procesos iniciados con motivo de las querellas iniciadas por Abuelas de Plaza de Mayo, a raíz de la comprobación de las identidades de niños nacidos en cautiverio de sus madres, posteriormente desaparecidos, y luego entregados a padres ficticios, han constituido una interrupción parcial de la impunidad de la cual gozaban los genocidas, en tanto que semejantes conductas criminales habían escapado, tanto a la sentencia dictada por la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional en 9. noviembre de 1985 en la causa 13, por falta de acusación fiscal, cuanto porque la ley 23.521 de Obediencia Debida no cubrió con esta excepción a tales comportamientos criminales. En efecto, esta última ley excluyó -en su art. 2- los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil, en una manifiesta prueba de incoherencia (cfr. Bergalli 1990: 178-9).

Pues bien, las dos tendencias que he mencionado pueden asociarse indisolublemente a dos diferentes procesos que son aquellos que tradicionalmente han incidido para identificar la voluntad social o solidaridad durkheiminiana que subyace a todo proceso de construcción de la historia colectiva de los pueblos. Se alude, por una parte, al proceso de olvidar o dejar de lado el pasado, borrando aquellos sucesos o períodos de la historia que se suponen negativos para la identificación social. Por otra parte, la recuperación de la memoria histórica y su aplicación para depurar el pasado es el otro proceso que juega un papel decisivo para descubrir el inconsciente colectivo que toda sociedad posee. De ambos procesos me he ocupado, quizá muy brevemente, en las ocasiones de que dispuse para expresarme sobre las leyes del olvido y los indultos (Bergalli 1977; 1988a cit; 1988b). Ahora pienso que, con la sentencia del Juez Gabriel R. Cavallo, ha llegado en la República Argentina el momento de recuperar esas opiniones y de verificar si, a la luz de ellas, puede ser cierto que la jurisdicción y el papel que cumplen los jueces constituyen elementos para consolidar una cultura social y una conciencia colectiva en las que el uso jurídico de la memoria opere como un perno decisivo.

5. Un cambio en la cultura de la jurisdicción

Acontece, sin embargo, que a lo largo de la última década y, en particular, en el reciente quinquenio, se han producido en el plano internacional algunos sucesos que han servido para robustecer la creencia de que efectivamente la jurisdicción y el derecho penal pueden desempeñar una cierta capacidad

recuperadora de la memoria histórica. Lo que hace enteramente plausible esta hipótesis es que los sucesos que se van a mencionar han estado todos relacionados con un dato que ha sido característico de la segunda parte del s. XX: el de la época de los derechos humanos y la búsqueda de medios para su protección. Los derechos de las mujeres, los derechos de los niños, los derechos de los indígenas, los derechos de los homosexuales, los derechos de los inmigrantes, han configurado una época que se conoce como la *età dei diritti* (Bobbio). No obstante, todos ellos conforman una etapa de Occidente que contrasta con la historia de un siglo donde se han hecho más visibles las violaciones de un conjunto de derechos que han sido denominados como “humanos”, pero que han obtenido reconocimiento internacional y constitucional.

Estoy aludiendo, por una parte, a la aprobación de convenciones, pactos y acuerdos que han configurado la categoría de los delitos de lesa humanidad y han establecido métodos para determinar la responsabilidad y el enjuiciamiento de sus autores, aunque todavía no se haya alcanzado la meta de constituir un Tribunal Penal Internacional para juzgar este tipo de crímenes. Mientras, por la otra parte, me refiero a la adopción de decisiones jurisdiccionales que comenzaron a señalar el camino para poner en práctica el principio de la extensión de jurisdicción o de justicia universal para aprehender y castigar a los autores de dichos delitos de lesa humanidad.

En esta dirección deben subrayarse las decisiones tomadas por la Audiencia Nacional del Reino de España, confirmando las que el juez Baltasar Garzón, a cargo del Juzgado de Instrucción N°5 de dicho tribunal, había adoptado en relación a la detención del dictador Augusto Pinochet, primero y, luego, respecto a su extradición. Mas, asimismo, hay que contar con las resoluciones adoptadas por la High Court y con las de los Law Lords británicas, en el mismo sentido. Deben inscribirse en esta misma línea, igualmente, los comportamientos del juez Garzón y del pleno de la Audiencia, adoptados en la causa en la que se encuentran comprometidos 178 militares argentinos, iniciada por querrela original de la Asociación de Fiscales Progresistas de España, a la que se incorporaron como accionantes la Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos de Madrid e Izquierda Unida.

Del mismo modo tiene que incluirse aquí la sentencia francesa emitida contra el entonces tristemente célebre Capitán Astiz, condenado en contumacia por las muertes de las dos monjas francesas. Ultimamente, tanto la Corte d'Assise de Roma, condenando a los entonces generales Suárez Mason y Riveros, como a cinco subordinados por la muerte de cinco ciudadanos de origen italiano, cuanto el juez sexto de distrito de México D. F., D. Jesús Guadalupe Luna Altamirano, declarando procedente la extradición a España del reconocido torturador, ex-capitán Ricardo Miguel Cavallo (a) “Sérpico” o “Marcelo”, se inscriben en el horizonte de una nueva cultura de la jurisdicción. De una jurisdicción que se manifiesta cada vez más solidaria con el principio de justicia universal, orientado a rasgar el velo de impunidad que ha estado cubriendo la responsabilidad de tantos genocidas y torturadores.

6. El papel cumplido por la sentencia del Juez Cavallo

Es en este último plano que pretendo desenvolver un análisis sobre el papel que puede atribuírsele a la sentencia emitida en 6. marzo de 2001 por el Juez Federal Gabriel R. Cavallo, en la causa Nro. 8686/2000 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 4, como un factor determinante en la tarea de reconstruir la memoria acerca del pasado argentino de represión y violación de derechos humanos. Al propio tiempo, la sentencia citada se plantea como un elemento importante, de naturaleza jurídica, para iniciar el proceso de formación de esa nueva cultura jurisdiccional a la que aludí más arriba.

Me interesa sobremanera intentar un análisis de la sentencia del Juez Cavallo desde esta perspectiva de reconstrucción de la memoria histórica, por parte de la actividad jurisdiccional. Otras opiniones, vertidas por aquellos colegas que hace quince años cuestionaron ya la constitucionalidad y la ilegalidad de las dos leyes del olvido, atenderán los relevantes aspectos técnicos-jurídicos que se destacan en la sentencia del Juez Cavallo.

Hay que decir, asimismo, que la labor del Juez Cavallo recibió aportes inestimables, de una consistencia específica, pero que se presentan como inéditos, desde el punto de vista comparativo con otros procesos semejantes acaecidos en contextos históricos atravesados por situaciones o hechos de extrema gravedad. Aludo a la incansable y penetrante tarea que llevaron a cabo los movimientos sociales y las organizaciones para la defensa de los derechos humanos, desde el mismo comienzo de la transición hacia la democracia. Naturalmente, Madres de Plaza de Mayo (Línea Fundadora), Abuelas de Plaza de Mayo e H.I.J.O.S., por una parte y, por la otra, el Centro de Estudios Legales y Sociales (C.E.L.S.) y la Asociación Argentina pro-Derechos Humanos de Madrid, todos deben recibir el mayor reconocimiento en este tipo de tarea.

Al analizar la sentencia del Juez Cavallo conviene recordar la historia de la dependencia demostrada por la clase judicial argentina, desde el golpe militar de 1930. Con excepciones personales y en diferentes períodos en los que la dominación del sistema político por la presión militar fue muy patente, en general ha sido una característica esa dependencia de la clase judicial de los diferentes poderes fácticos o, en el mejor de los casos, del subsistema político constituido por el Ejecutivo, los políticos y los partidos que han demostrado hegemonía. (Bergalli 1984: 59-90, esp. 75-90). No ha sido muy diferente al recuperarse la democracia; yo diría que, por el contrario, la dependencia se ha manifestado con otras características, aunque quizá de semejante perversidad. En efecto, los jueces y fiscales, provenientes de la época de facto, confirmados por acuerdo senatorial desde 1983, no demostraron una marcada independencia y sus decisiones en aplicación de las dos leyes del olvido dejaron al descubierto su antigua filiación militar. Posteriormente, cuando se produjo en 1989 el cambio político en las instituciones, esa característica de dependencia se hizo más evidente pero con más carga peyorativa, todavía. El sistema de corrupción que

se entronizó en la administración y que dio lugar a sonados procesos penales en los que cada vez fue más sobresaliente la vinculación viciosa entre empresarios y deshonestos personajes políticos, se trasladó necesariamente a un sector de la clase judicial. En particular a aquel sector que había sido cooptado para ocupar plazas en la jurisdicción federal, en la cual comenzaron a ventilarse los procesos en los que el influjo del poder político fue evidente. En un determinado momento fue difícil distinguir entre los jueces federales de Buenos Aires. Pero, la situación ha sido aún más grave en la Corte Suprema de Justicia, en la cual el gobierno justicialista fue colocando como ministros a muy fieles amigos del Presidente de la Nación, los cuales demostraron esa fidelidad con sus votos en causas de mucha trascendencia económica y social, cuando no se lanzaron al aventurerismo jurisdiccional creando doctrinas, como la autodenominada *per saltum*, para facilitar un abocamiento de la Corte Suprema en asuntos de enorme trascendencia sobre el patrimonio nacional. Así aconteció cuando otros tribunales argentinos tuvieron que decidir sobre recursos planteados contra la venta o enajenación de empresas públicas de servicios y de fuentes de recursos energéticos, recursos con los que se iban a demostrar los intereses particulares que habían movido a esas ventas o enajenaciones. Comprometidos en esos negocios altos funcionarios del gobierno no existió más remedio que hacer intervenir a la Corte Suprema, la que procesalmente no poseía ninguna capacidad para hacerlo pero que, al intervenir por medio de esa doctrina, creada a propósito, dejó sin obstáculos las turbias operaciones de disposición del patrimonio público. En mi opinión, este comportamiento del máximo tribunal argentino, aunque con disidencias internas, demostró la mayor concupiscencia con la corrupción gubernamental y, con ello, produjo el mayor deterioro en la cultura jurisdiccional.

Pero, he dicho que la sentencia del Juez Cavallo marca una diferencia y posiblemente abrirá una etapa nueva en la historia de la cuestión judicial en Argentina. La coherencia y la lógica del razonamiento, como la utilización de una argumentación armónica con los fines de protección de los derechos humanos, examinados tanto en el plano interno como en el internacional, destacan una orientación muy firme cual es la de vigorizar la competencia jurisdiccional para emplearla como instrumento de reconstrucción de la memoria de la sociedad argentina. La historia de muchas sociedades occidentales está cruzada por traumas que han afectado el inconsciente colectivo que anida en todos los colectivos humanos que se configuran solidariamente para el alcance de fines comunes. La participación que ha tenido la búsqueda de la verdad a través de la investigación histórica ha sido más fehaciente en la medida que han contribuido a ello ciertas instituciones sociales y otros elementos que fortalecen la organización de la convivencia. El uso público de la historia del que habló Habermas (recogido por Rusconi 1985: 98-110) comprende, entre otros elementos, también la participación del derecho penal. Pero, igualmente, pueden tenerse en cuenta las contribuciones hechas en el examen del comportamiento de los jueces durante el Tercer Reich (Friedrich 1983), en sus distintos ámbitos jurisdiccionales, para comprender hasta qué punto aquéllos dieron aportes deci-

sivos para construir la historia colectiva del nazismo. Sin embargo, una contribución decisiva en esta perspectiva acaba de darse recientemente en la reconstrucción de la tragedia de las Fosse Ardeatine , ocurrida en Roma el 25 de marzo de 1944 (Portelli 1999). En una excepcional aplicación de las diferentes políticas de la memoria, también la memoria judicial acerca de los procesos contra el coronel Herbert Kappler, ejecutor de la orden dada por Erick Priebke para que per ogni tedesco ammazzato dieci criminali comunisti-badogliani saranno fucilati por el atentado de via Rasella, han tenido su análisis. Así han entrado en consideración las fuentes judiciales de las cuales, se afirma, no se puede hacer un uso acrítico, como tampoco se puede hacer una delegación de la historia a los tribunales (Portelli cit.: 340), pues la certeza del derecho reclama una delimitación del objeto del discurso, mientras la conciencia histórica exige siempre una abierta contextualización. (traducción de quien suscribe esta contribución)

Yo creo que la sentencia del Juez Cavallo hace precisamente lo indicado; es decir, ha procedido a practicar una amplia contextualización de las situaciones procesales de los acusados en la causa, en relación al proceso de reconstrucción de la memoria histórica respecto a la violaciones de derechos humanos llevadas a cabo por la represión de la dictadura militar que asoló Argentina, entre 1976-1983. De este modo, pienso que estamos en presencia de un acontecimiento que podría servir como un cambio cultural en la actividad jurisdiccional.

Bibliografía

1. Alfonsín, R. 1982. Ahora . Buenos Aires: s.ed.
2. Baigún, D. 1986. La obediencia debida en el art. 514 del Código de Justicia Militar. Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales), año 9: 378-395.
3. Bergalli, R. 1982. La cuestión criminal en América latina, en: del mismo Crítica a la criminología (Hacia una teoría crítica del control social en América latina). Bogotá: Temis, 279-298.
4. Bergalli, R. 1984. Estado democrático y cuestión judicial (Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial). Buenos Aires: Depalma.
5. Bergalli, R. 1985. Argentina: aspectos de una sentencia y sus repercusiones. Revista CIDOB d'Afers Internacionals -Centre d'Informació i Documentació Internacionals a Barcelona (Autumn-Winter), nro. 7: 121-124; también en: Crítica Jurídica (Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México D. F.), nro. 12:129-143.
6. Bergalli, R. 1986. El poder y los jueces latinoamericanos: los modelos argentino y colombiano. Revista CIDOB d'Afers Internacionals -Centre d'Informació i Documentació Internacionals a Barcelona, nro. 8 (Spring): 49-61.

7. Bergalli, R. 1987. Memoria colectiva y derechos humanos. Una componente peculiar en el derecho y la justicia de la transición a la democracia argentina. *Derechos Humanos en Latinoamérica - Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Departamento de Filosofía del Derecho-Universidad de Granada), nros. 26/27: 83-111; también, en: *Opúsculos de Derecho Penal y Criminología* 30. Córdoba (Argentina): Marcos Lerner-Editora Córdoba, 1988.
8. Bergalli, R. 1988. El olvido como ideología del discurso jurídico-penal. *Doctrina Penal* (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales), año 11: 427-441.
- 9 Bergalli, R. 1990. Forma-Estado, formas del derecho y cuestiones de la democracia: un caso para el análisis. *Anuario de Filosofía del Derecho* . T. VII (Nueva Época). Madrid: 170-190; también en: O. Correas (ed.). *Sociología Jurídica en América latina* . Oñati Proceedings 6 (A Publication of The Inter-national Institute for the Sociology of Law),1991: 287-318.
10. Blixen, S. 1995. El vientre del Cóndor . Del archivo del terror al caso Berríos. Montevideo (Uruguay): Brecha; 1998. Operación Cóndor . Del archivo del terror y el asesinato de Letelier al caso Berríos (Presentación R. Bergalli El vuelo del Cóndor sobre la cultura jurídica y el sistema político). Barcelona: Virus editorial.
11. Friedrich, J. Freispruch für die Nazi-Justiz (Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948. Eine Dokumentation). Reinbek bei Hamburg: Rowohlt (aktuell rororo 5348).
12. Maier, J. B. J. 1987a. El Proyecto de "Punto Final". *Doctrina Penal* (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales), vol. 10: 141-155.
13. Maier, J. B. J. 1987b. Desobediencia debida (A propósito de la llamada ley de "obediencia debida"). *Doctrina Penal* (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales), vol. 10: 239-243.
14. Malamud Goti, J./Entelman, R. 1987a. La "Ley de Punto Final". Respuesta al Profesor Julio Maier. *Doctrina Penal* (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales)Debates, vol. 10:339-346.
15. Malamud Goti, J./Entelman,R. 1987b. La justificación del castigo, los juicios a militares argentinos, el llamado "punto final" y sus consecuencias políticas. *Derechos Humanos en Latinoamérica - Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Universidad de Granada), n°26/27 op cit.supra: 69-81.
16. Malamud Goti, J. 1990. Transitional Governments in the Breach: Why punish State Criminals?. *Human Rights Quarterly*, 12-nr. 1 (February) Baltimore (Maryland)-John Hopkins University Press: 1-16.
17. Nino, C. S. 1985. The Human Rights Policy of the Argentine Constitutional Government: A Reply. *Yale Journal of International Law* 2: 211-229.

18. Portelli, A. 1999. L'ordine è già stato eseguito . Roma, le Fosse Ardeatine, la memoria . Roma: Donzelli editore.
19. Rivacoba y Rivacoba, M. 1987. Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida. *Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales)*, vol. 10: 525-537.
20. Rusconi, G. E. (a cura di). 1985. Germania: un passato che non passa. I crimini nazisti e l'identità tedesca . Torino: Einaudi.
21. Sancinetti, M. 1987a. Validez y alcance del proyecto de "Punto Final". *Doctrina Penal (Teoría y Prácticas en las Ciencias Penales)*, vol. 10: 117-1417-140.
22. Sancinetti, M. 1987b. Obediencia debida y Constitución nacional. *Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales)*, vol. 10: 463-512.
23. Sancinetti, M. 1988. Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial . Buenos Aires: Lerner editores asociados.
24. Osiel, M. 1995. Ever again: Legal Remembrance of Administrative Massacre. *University of Pennsylvania Law Review* , Volume 144,number 2-december:463-704.

EL ANARQUISMO ANTE LA PROPIEDAD

ANÍBAL D'AURIA¹

Resumen: El autor expone la visión anarquista sobre la propiedad, valiéndose para ello de los argumentos y categorías más explícitas que la evidencian como una institución auto-contradictoria, como el falso derecho de robar a otros su producto. La exposición se concentra en la teoría proudhoniana de la fuerza social colectiva que responde a los principios de la ocupación y el trabajo como fundamentos de la propiedad en tanto derecho natural.

Resumo: O autor expõe a visão anarquista sobre a propriedade, valiéndose para isso dos argumentos e categorias mais explícitas que a evidenciam como uma instituição auto-contraditória, como o falso direito de roubar a outros seu produto. A exposição se concentra na teoria proudhoniana da força social coletiva que responde aos princípios da ocupação e o trabalho como fundamentos da propriedade em tanto direito natural.

Abstract: The author describes the anarchist view on the property, using it the most explicit category arguments and evidence that the institution as a self-contradictory, as the false right of others to steal their product. The exhibition focuses on the Proudhon's theory of the collective social force that responds to the principles of occupation and work as the foundations of the property as natural law.

1. Introducción.

En este artículo pretendo pasar revista a la posición anarquista frente al problema de la propiedad. Para ello, comenzaré por exponer las principales críticas que el anarquismo hace, desde sus orígenes, a dicha institución jurídica. Luego repasaremos rápidamente las diferentes propuestas anarquistas de organización económica alternativa a la que surge de la propiedad capitalista. De esta forma, se verá cómo el anarquismo maduro, lejos de girar en torno a la idea de un comunismo dogmático, presenta una batería de modelos prácticos experimentales donde el comunismo absoluto es visto más como un horizonte que como una receta *a priori*.

2. ¿Qué es la propiedad? Un robo.

En 1840 aparece un texto central del pensamiento socialista y fundacional del anarquismo: *¿Qué es la propiedad?* de Pierre J. Proudhon. Y ya sabemos cuál es la respuesta del autor a esa pregunta: “La propiedad es el robo”. Esta famosa respuesta en forma de oxímoron ofrece de entrada una idea del modo en que Proudhon enfocará el tema. En efecto, aunque vulgarmente se entiendan “robo” y “propiedad” como términos recíprocamente excluyentes, Proudhon mostrará como la propiedad es una institución “imposible”, esto es, auto-contradictoria. “La propiedad es el robo” significa que esa institución se niega a sí misma; su principio, en sentido estricto, es de aplicación imposible.

¹ Facultad de Derecho-UBA

Para ello, su método consistirá en remontarse a los fundamentos que los defensores de la propiedad esgrimen y, luego, mostrar cómo esos mismos fundamentos hacen inviable la propiedad. Por otro lado, no se trata de un tema particular, sino que está en juego toda una concepción de la justicia y la sociedad. Demoler la propiedad es demoler los cimientos mismos de la desigualdad civil (explotación del trabajo ajeno) y de la desigualdad política (gobierno del hombre sobre el hombre).

Proudhon se apega a la clásica definición latina de propiedad como *jus utendi et abutendi*, para subrayar que su diferencia específica es precisamente ese derecho de abusar del bien poseído². Y ahí radicaré la contradicción fundamental de la institución: por definición, un “abuso” siempre será lo opuesto a un “derecho”, y la propiedad será el (falso) derecho de robar a otros su producto. Si a la propiedad se la limitara de modo que no sea abusiva, el derecho restante ya no sería propiedad sino el legítimo derecho de usar de los bienes que uno mismo contribuye a producir³. De aquí que la propiedad (abuso) sea antinómica de la sociedad.

En primer lugar, Proudhon ataca la idea de que la propiedad sea un *derecho natural*, esto es, inherente a las personas. Y muestra cómo es categorialmente distinta de los otros derechos enunciados en las famosas declaraciones revolucionarias (la libertad, la seguridad y la igualdad). En efecto, la propiedad es potencial (no se puede ejercer sino se es previamente dueño de algo). Además la existencia del impuesto proporcional la desmiente en la práctica. Por otra parte, requiere ser fundamentada, lo que no suele ocurrir con la libertad y la igualdad. Por lo demás, es imposible en sentido estricto, como ya dijimos (y como intentará probar Proudhon analizando los fundamentos en que dicha institución dice apoyarse).

Hay dos principios alternativos en que los defensores de la propiedad pretenden fundarla: la ocupación y el trabajo. El primero es característico de los juristas; el segundo, de los economistas. Veamos rápidamente cómo procede Proudhon frente a ellos.

Los juristas pretenden derivar la propiedad de la primera ocupación efectiva de un bien, esto es, quieren fundar un derecho en un hecho. Pero más allá del problema lógico que este salto del *es* al *debe* siempre implica, dice

² Como bien señala Leval, “Proudhon negaba el derecho romano de la propiedad, la forma que permite a unos hombres usufructuar indebidamente el trabajo ajeno. Pero la consideraba indispensable en su forma generalizada”. LEVAL, G. (1935): *Conceptos económicos en el socialismo libertario*, Imán, Buenos Aires, p. 35.

³ Por ello no tiene sentido discutir sobre palabras. Los críticos de Proudhon dirán que si se impide el abuso de la propiedad, ésta deja de ser una institución injusta. Pero Proudhon responderá que eso ya no es propiedad. Si a un polígono –dice Proudhon– se le pulen todos sus lados, ya no es un polígono sino un círculo, aunque haya quienes pretendan decir que es un polígono de infinitos lados (que es igual a “sin lados”). Por ello, cuando en otras obras el mismo Proudhon defiende la propiedad no está incurriendo en contradicción con su primera obra destacada, sino tomando otra terminología para no ser confundido con los defensores del comunismo. En esas obras posteriores, lo que Proudhon llama propiedad no es lo mismo que llama propiedad en 1840 (*jus abutendi*): llámesele como quiera, pero lo que Proudhon defiende siempre es un polígono sin lados.

Proudhon que tal principio sólo puede ser legítimo si es recíproco y universal. En efecto, los defensores de la ocupación como fuente de propiedad arguyen que la misma es necesaria para la vida y la libertad. Pero esto es necesario para todos los seres humanos, de todas las generaciones, no sólo de las presentes. Por lo tanto, la ocupación (necesaria para la vida y la libertad) no puede engendrar un derecho absoluto y excluyente (la propiedad) sino que debería ser permanentemente reformulada e igual para todos. Lejos de originar la propiedad, entonces, del derecho a la ocupación la niega. De aquí deriva Proudhon que la sociedad siempre ocupa antes que cada individuo; por tanto, cada ocupante individual no es más que un usufructuario del primer, único y constante ocupante que siempre es la sociedad en su conjunto.

Ante la insuficiencia del principio jurídico del primer ocupante, los defensores de la propiedad se refugian en la economía y arguyen que el origen de la propiedad es el trabajo. Pero nuevamente Proudhon muestra que el trabajo no puede engendrar la propiedad; a lo sumo sólo podría fundar la propiedad de los frutos del trabajo (*jus fruendi*), pero nunca el de la tierra. Sería como pretender la propiedad de un río porque pesqué un pez. Entonces la idea de propiedad requiere algo más que el simple trabajo; y ese algo más nunca es explicado ni puede ser fundamentado, ya que es el crudo abuso apoyado en la ficción y en la fuerza del Estado. En efecto, suponiendo que el trabajo engendra la propiedad, de aquí se derivaría también la igualdad de propiedad para todos, porque la producción es siempre social. Y este es el punto álgido de la argumentación proudhoniana, porque queda enunciada su famosa tesis de la fuerza colectiva. El salario de un obrero es \$1 por jornada; sin embargo un obrero en diez jornadas nunca puede producir lo que diez obreros en una sola jornada (piénsese, por ejemplo, en la edificación de una casa). En ambos casos el precio total que paga el capitalista por el trabajo es \$10, pero en el segundo caso, por el mismo precio se está apropiando del plus-valor que surge del trabajo asociado, colectivo. Este ejemplo es extensible a toda producción, ya que todo producto es colectivo no sólo en relación a los que contribuyen directamente a su producción, sino también en relación a todas las generaciones que nos precedieron: el desarrollo técnico actual es resultante de todo el conocimiento histórico adquirido. Nuevamente, entonces, toda apropiación individual es un robo a la sociedad, única verdadera productora.

Pero esto no es todo. Además, el consumo es siempre anterior a la producción. El hombre para producir necesita primero consumir; por lo tanto lo que cada uno contribuye a producir es parte de la retribución por lo que primero ya consumió mientras no producía. Así, cada individuo siempre es deudor de la sociedad, y cuando muere, muere en deuda con ella. Por lo que el trabajo no puede engendrar la propiedad, mera ficción apoyada en la fuerza del Estado.

De cualquier manera, la propiedad pretende fundamentarse sobre el igual derecho a ocupar o el igual derecho a trabajar. Sin embargo, ambas líneas argumentativas, seguidas consecuentemente, llevan a la negación de la propie-

dad, porque propiedad e igualdad son términos excluyentes. Por lo tanto, la propiedad es imposible. Si ambos argumentos fueran correctos no ocurrirían las dos siguientes contradicciones: a) que la prescripción puede generar propiedad y extinguirla al mismo tiempo, y b) que el trabajador produce y no es dueño del producto que genera.

En general, todo el anarquismo posterior tomará las críticas proudhonianas contra la propiedad al pie de la letra. Sin embargo, no puede decirse lo mismo de sus propuestas constructivas; en este aspecto, los sucesores de Proudhon seguirán caminos diversos, pero, como veremos sobre el final del artículo, no excluyentes unos de otros.

3. Las soluciones anarquistas al problema de la propiedad.

Ya en su libro de 1840, *¿Qué es la propiedad?*, Proudhon advertía contra el comunismo. Sus críticas a la propiedad no lo llevaban a defender la comunidad de bienes, ni siquiera la de los instrumentos de producción. La crítica a la propiedad son en Proudhon, desde el principio, críticas al *jus abutendi*, esto es, a la posibilidad real y efectiva que tienen los propietarios de vivir del trabajo ajeno. Pero el comunismo⁴, en opinión de Proudhon, implicaría otra forma –quizás peor– de autoritarismo y opresión del hombre sobre el hombre. Sería la organización total de la sociedad como un monasterio o un ejército.

En la dialéctica dualista proudhoniana, el ámbito legítimo de la comunidad de bienes debe quedar reducido a la organización familiar, que como vimos, es concebida de manera autoritaria. Pero, precisamente por ello es que el modelo familiar no puede ser válido para la sociedad.

En obras posteriores a *¿Qué es la propiedad?*, Proudhon parece atenuar sus primeras tesis radicales. Sin embargo, esto no es más que una apariencia debida al uso diverso que hace de la palabra “propiedad”. En el fondo sus puntos de vista se conservan intactos; sólo que por “propiedad” entiende ahora el uso, consumo y preservación de los bienes, excluido siempre el *jus abutendi* que permite la disparidad de valores en el intercambio de productos y de servicios. Como dijimos, la propiedad que Proudhon atacó siempre es la del derecho romano, la que permite vivir sólo de renta (esto es, trabajo ajeno). Como bien dice Leval:

Proudhon atacó y demolió el principio de la propiedad, afirmando en su contra la posesión individual de los elementos de producción, es decir el usufructo que no permite la explotación del hombre por el hombre. (...) La propiedad era a su juicio garantía de libertad individual contra la sociedad o el Estado. Era necesario ‘identificar en todo ciudadano, en un mismo grado, la calidad de trabajador y la de capitalista’. ‘La propiedad no puede faltar a nadie, porque su base y su contenido constituyen la personalidad humana’⁵.

⁴ El comunismo en que piensa Proudhon es el dominio total del Estado sobre los bienes, que conlleva directamente a un dominio de las personas por el aparato político.

⁵ LEVAL, G. (1935), op. cit. pp. 34-35.

La propuesta social proudhoniana es el mutualismo, que garantizaría el justo intercambio de esos servicios y productos. Este sistema escapa al comunismo y al capitalismo, constituyendo, según la lógica de Proudhon, el equilibrio social entre el principio comunista (familia-jerarquía) y el individualista (sociedad-igualdad). De este modo, la economía anarquista sería un sistema de reciprocidades crediticias, cooperativista, de asociaciones libres y ocasionales según metas concretas, entre familias que conservan bajo su libre disposición los bienes que poseen y producen. También se conserva bajo este régimen la institución de la herencia, pilar del orden familiar.

Pero como ya dijimos, los anarquistas posteriores, aunque toman las críticas proudhonianas contra la propiedad, no siguen a Proudhon en su propuesta alternativa de organización económica. O al menos no lo siguen acríticamente.

Ya Bakunin oponía, o “superaba” el mutualismo proudhoniano, con una propuesta colectivista. En Bakunin, “comunismo” también tiene la connotación de “estatismo”, por lo que no es una doctrina acorde con el socialismo libertario. Bakunin, partidario de la igualdad de sexos, no puede compartir las tesis de Proudhon sobre la familia patriarcal. Por consecuencia, tampoco admite la institución de la herencia, que en Proudhon era central para la preservación de la familia monogámica patriarcal. Por lo tanto, la negación de la propiedad familiar privada es más radical en Bakunin que en Proudhon, aunque el anarquista ruso admite la transmisión hereditaria de ciertos pequeños bienes de valor afectivo. Dadas estas diferencias, el mutualismo proudhoniano, apoyado en la existencia de la familia patriarcal, no puede constituir para Bakunin un programa alternativo al capitalismo. Su programa será, como dije, el colectivismo. Y este no es otra cosa que la propiedad colectiva de la tierra y los instrumentos de producción (herramientas, fábricas, talleres) por parte de los propios miembros de cada unidad productiva. Los trabajadores son los propietarios de sus respectivas fábricas, las que son dirigidas de manera autogestionaria; lo mismo vale para las granjas y cualquier unidad productiva. A su vez, estas unidades auto-gestionadas pueden federarse entre sí en asociaciones de segundo o tercer grado, para coordinar metas e intercambios. Quizás lo más parecido al colectivismo bakuniano sean las experiencias empresariales de la revolución libertaria española (1936-37) o algunos *kibuzim* israelíes. Este es, a grandes rasgos, el socialismo federalista de Bakunin⁶.

Con Kropotkin, el anarquismo da el salto hacia el comunismo, claro que la palabra “comunista” ya no tiene la vieja connotación blanquista de “esta-

⁶ En rigor de verdad, aunque Bakunin sea el fundador del anarco-colectivismo, sus escritos se orientan más a la crítica de dios y de la teología. El mejor exponente del colectivismo ha sido Ricardo Mella, quien tardíamente abandonará las tesis colectivistas por las comunistas. Ver LEVAL, G. (1935), op. cit., pp 39-48. Este autor también resume las principales debilidades de las tesis colectivistas y mutualistas, sino continuación y evolución: “El colectivismo no es sino neo-mutualismo”, y ya estaría sugerido en el asociacionismo último de Proudhon, aunque en este predominan todavía las tendencias individualistas, mientras en los colectivistas predominan las sociales.

tismo” (connotación que recuperará luego, lamentablemente, con la experiencia soviética). El anarco-comunismo de Kropotkin afirma el principio “de cada uno según su deseo y posibilidad a cada uno según su necesidad”. De los bienes superabundantes se podrá tomar a gusto de almacenes contruidos al efecto; con los bienes escasos, habrá que proceder a racionalizarlos. Aunque Kropotkin no se detiene demasiado en los detalles, podemos suponer que esa racionalización se llevaría a cabo por consejos libres abiertos a todos los interesados de la comunidad⁷. De cualquier manera, parece obvio que el anarco-comunismo kropotkiniano supone la superabundancia permanente de bienes y productos, o al menos, la facilidad de lograrla recurrentemente. Este supuesto puede ser correcto en las sociedades actuales, debido al fuerte desarrollo tecnológico. Pero hay otro supuesto, denunciado incluso por algunos anarquistas: Kropotkin parece suponer una bondad y desinterés excesivo en los individuos. Si bien casi todos los anarquistas han rechazado las visiones antropológicas pesimistas de corte hobbesiano, no han caído en la afirmación opuesta. Kropotkin, en cambio, parece apoyarse en un excesivo optimismo antropológico. Así lo entendía el propio Malatesta, también anarco-comunista, pero mucho más pragmático que Kropotkin. Por ello dijo el anarquista italiano, en ocasión de la muerte de su camarada ruso:

Las dificultades morales desaparecían porque él atribuía al ‘pueblo’ las virtudes y todas las capacidades. Exaltaba, con razón, la influencia moralizadora del trabajo, pero no veía lo suficiente los efectos deprimentes de la miseria y de la sujeción. Pensaba que bastaría con abolir el privilegio de los capitalistas y el poder de los gobernantes para que todos los hombres se pusieran a quererse inmediatamente como hermanos y a cuidarse de los intereses de los otros tanto como de los suyos propios⁸.

Por ello se ha dicho que Kropotkin “saca al anarquismo del terreno táctico, en que genialmente lo había definido Bakunin, y lo inserta en la historia de la utopía”⁹. Como decíamos, el propio Malatesta, también auto-definido como anarco-comunista, toma distancia de las propuestas demasiado “utópicas” de Kropotkin para re-insertar al anarquismo en un terreno práctico¹⁰. Su propuesta a futuro del orden anarquista resulta menos rígida:

⁷ Para una crítica bien inspirada y honesta del comunismo de Kropotkin, puede consultarse NAQUET, A. (s/f): *La anarquía y el colectivismo*, Sempere y cia. Editores, Valencia. El autor admite sus simpatías por la causa anarquista y sus seguidores, pero admite su incredulidad acerca de sus posibilidades. Se enrola en las filas del colectivismo, pero no entendido éste a la manera bakuniana sino bajo creación y dirección del Estado. En otras palabras, Naquet es lo que hoy llamamos un social-demócrata (y que los anarquistas llamaron siempre “socialista autoritario”).

⁸ MALATESTA, “Pedro Kropotkin. El sabio y el reformador social”, en *Polémica* 47-49, p. 16.

⁹ J. Alvarez Junco, citado por T. S. Norio en su Introducción a KROPOTKIN (2005), *Memorias de un revolucionario*, KRK Ediciones, Oviedo; p. 63. LEVAL, G. (1935), op. cit. exime a Kropotkin de este cargo, para endilgárselo más a sus supuestos continuadores, los que habrían interpretado mal el principio “tomar del montón”, pp. 59-62.

¹⁰ Según LEVAL, G. (1935), el pragmatismo teórico de Malatesta es más una concesión a tolerancia de las otras escuelas anarquistas que una convicción arraigada: el italiano fue siempre y antetodo, anarco-comunista; op. cit. pp. 62-64. Sean cuales fueran las razones del pragmatismo doctrinario del italiano, no deja de ser cierto que su comunismo es menos rígido que el de Kropotkin o sus

Las sociedades humanas, para que sean convivencia de hombres libres que cooperan para el mayor bien de todos, y no conventos o despotismo que se mantienen por la superstición religiosa o la fuerza brutal, no deben resultar de la creación artificial de un hombre o de una secta. Tienen que ser resultado de las necesidades y las voluntades, coincidentes o contrastantes, de todos sus miembros que, aprobando o rechazando, descubren las instituciones que en un momento dado son las mejores posibles y las desarrollan y cambian a medida que cambian las circunstancias y las voluntades.

Se puede preferir entonces el comunismo, o el individualismo, o el colectivismo, o cualquier otro sistema imaginable y trabajar con la propaganda y el ejemplo para el triunfo de las propias aspiraciones; pero hay que cuidarse muy bien, bajo pena de un seguro desastre, de pretender que el propio sistema sea único e infalible, bueno para todos los hombres, en todos los lugares y tiempos, y que se lo debía hacer triunfar con métodos que no sean la persuasión que resulta de la evidencia de los hechos.

Lo importante, lo indispensable, el punto del cual hay que partir, es asegurar a todos los medios que necesitan para ser libres¹¹.

Si bien a partir de Kropotkin el anarquismo adopta el programa comunista (no estatal), en general el anarco-comunismo no será presentado como un programa dogmático, sino como una meta de máxima, a alcanzar poco a poco después de la revolución y a través de la experimentación social empírica de diversas formas de organización y producción. En otras palabras: el comunismo anarquista estará más próximo al pragmatismo de Malatesta y nunca será presentado como un programa dogmático y excluyente.

Por ejemplo, Carlos Malato traza tres vías complementarias para reorganizar el uso y empleo de los bienes:

Tres formas se dibujan y parecen destinadas a prevalecer al día siguiente de la revolución social.

La propiedad común o universal, extendiéndose a las fuentes naturales de producción (tierra, minas, aguas), y comprendiendo el *capital idea* (instrucción, inventos, descubrimientos).

La propiedad colectiva abrazando la posesión de los instrumentos industriales para las agrupaciones obreras.

La propiedad individual afecta a los objetos de un uso personal.

Es evidente que si la justicia y el interés público reclaman que las fuentes de riqueza estén a disposición de la sociedad entera, existe una especie de sociedad privada que conviene respetar en absoluto, so pena de desconocer toda libertad y provocar incesantes conflictos, y esta es la propiedad de las cosas que sirven al individuo para sus necesidades particulares. Arrebatarse el pan o el traje a alguien, sería un acto inconcebible, tanto más cuanto que ni pan ni ropas faltarán en los almacenes generales en los que los consumidores encontrarán la satisfacción de sus necesidades¹².

continuadores. En general, como el propio Leval dice, todo el anarquismo posterior a Kropotkin será comunista; el aporte pragmatizante de Malatesta será ver en comunismo un objetivo de máxima, y en el individualismo mutualista y en el colectivismo, medios. No se puede planificar cerradamente la sociedad libre (sería una contradicción); se trata de experimentar hasta encontrar las instituciones adecuadas.

¹¹ MALATESTA, "El anarquismo comunista", en *Anarquismo y anarquía*, Tupac Ediciones, Buenos Aires 2000, pp. 30-31.

¹² MALATO, C. (s/f): *Filosofía del anarquismo*, F. Sempere y cia. Editores, Valencia, pp. 65-66.

Así, Malato complementa la propiedad individual para el consumo, la propiedad colectiva para las máquinas y herramientas de producción¹³ y el comunismo para los bienes naturales y las creaciones del pensamiento humano. El mutualismo, el colectivismo y el comunismo no se excluyen, sino que pueden conjugarse prácticamente para la conformación de una sociedad igualitaria y libre.

4. Otros aspectos pragmáticos del anarquismo.

Esta derivación pragmatista del anarquismo hacia formas experimentales de organización del trabajo y la propiedad conlleva otros aspectos.

I. La aceptación de formas colectivistas comunitarias y cooperativas de propiedad de los instrumentos productivos (máquinas y herramientas) implica la aceptación –al menos transitoria– del dinero bajo la forma de bonos de trabajo. En efecto, la retribución por el trabajo realizado debe hacerse a través de un medio simbólico (bonos, tickets, vales o como quiera llamársele) para que el individuo pueda canjearlo por los bienes producidos por otras unidades colectivistas productoras. Sin embargo, si bien esto abre las puertas a alguna forma de desigualdad económica derivada de la posibilidad de acumular bonos, esto no significa necesariamente una monetarización de la economía con sus consecuencias capitalistas (especulación, parasitismo improductivo, etc.). Se trataría de una desigualdad tolerable y, supuestamente, transitoria hacia una sociedad cada vez más comunista. Por otro lado –y esto es fundamental– esas diferencias sólo quedarían limitadas al consumo, ya que la tierra (y los bienes naturales) serían propiedad común, y los capitales (máquinas y herramientas) serían de las unidades colectivas de producción¹⁴.

II. Otro aspecto pragmático del anarquismo se refiere a la tolerancia hacia el productor que prefiera mantener su individualidad como productor y consumidor¹⁵. Esto también es asumido como recurso transitorio. Una vez triunfante la anarquía, la expropiación de la propiedad capitalista sería total, pero se le reconocerá a quien no quiera sumarse a las prácticas colectivas de producción el derecho a mantenerse aislado. En este caso se le respetarán los recursos necesarios para su propia economía doméstica, esto es, tierra y bienes productivos suficientes

¹³ “Con las complicadísimas combinaciones de difícil manejo no podrían, sin grandes peligros o desventajas, dejarse a la disposición del que primero llegara. las máquinas parece que deben ser, por lo menos en los comienzos de la próxima transformación económica, propiedad no individual, ni absolutamente común, sino colectiva, perteneciendo a los grupos que las harán funcionar”, *ibid.* pp. 59-60.

¹⁴ ABAD DE SANTILLÁN, D. y LAZARTE, J. (1933): *Reconstrucción social*, Ediciones Nervio, Buenos Aires; pp. 205 y ss.

¹⁵ “Se respetará al pequeño propietario que trabaja personalmente la tierra con su familia, sin explotar fuerzas extrañas, cuando no quiera combinar su esfuerzo con el de los demás”. *Ibid.* p. 141.

para él y su familia. Sin embargo, cuando este productor individual pueda apreciar las ventajas de la producción colectiva se sumará voluntariamente a la colectividad. De hecho, esto fue lo que ocurrió de manera generalizada durante los breves años que duró la revolución española¹⁶.

III. Finalmente, el pragmatismo anarquista se muestra también en la pluralidad de formas asociacionistas que incluye como células de sociabilidad de la sociedad libre. Los sucesivos autores ácratas han puesto el acento en diferentes formas asociativas como alternativa al orden autoritario estatal-capitalista, desde la familia y la asociación mutualista o cooperativista entre aquéllas para fines específicos (Proudhon), pasando por la comuna colectivista (Bakunin, Mella) y la comuna comunista (Kropotkin), hasta el sindicato (anarco-sindicalismo). En general, el movimiento anarquista¹⁷ y sus breves pero significativas experiencias históricas reales (Ucrania, la revolución española, los consejos de fábrica en Italia, el movimiento de Landauer en Alemania) no descartaron a priori ninguna de estas posibilidades, experimentado con todas ellas en la búsqueda de formas no opresivas ni explotadoras de asociación, adaptándose a las circunstancias e idiosincrasia locales¹⁸.

5. Conclusiones.

De lo dicho puede concluirse que los grandes autores del anarco socialismo, desde la fundacional obra de Proudhon (1840), coinciden en las críticas a la propiedad capitalista. La doctrina proudhoniana de la fuerza social colectiva es continuada por Bakunin y Kropotkin, incluso, de manera más radicalizada, ya que estos excluyen el derecho de herencia. En efecto, podemos decir que las críticas de Proudhon a la propiedad son básicamente críticas contra la definición romana de tal derecho (usar, usufructuar y *abusar*, donde incluir el abuso como parte de un derecho resulta una contradicción en los términos). Pero la herencia de bienes, que Proudhon defiende en razón de su concepción jerárquica de la familia, es vista por sus continuadores como parte y causa de los *abusos* de la propiedad; en otras palabras, la herencia es causa central de la desigualdad y la explotación. En Bakunin, particularmente, se subrayan las consecuencias no sólo económicas de la herencia: heredar riquezas es también heredar mejor educación y poder, lo que facilita el acceso a los roles directivos culturales, económicos y políticos de la sociedad autoritaria.

Por ello es que los continuadores de Proudhon, aunque reconocen en general su diagnóstico crítico de la propiedad, no lo siguen a rajatablas en sus propuestas terapéuticas. El asociacionismo recién aparece en Proudhon un tanto

¹⁶ Ver el ensayo de Hugh Thomas, "Las colectividades agrarias anarquistas en la guerra civil española", en CARR, R. (1985): *Estudios sobre la guerra civil española*, Sarpe, Madrid; pp. 351 y ss.

¹⁷ ABAD DE SANTILLÁN D. y LAZARTE, op. cit., pp. 135 y ss; LEVAL, G., op. cit., pp. 85 y ss.

¹⁸ GUÉRIN, D. (1970): *Anarchism*, Monthly Review Press, New York; pp. 71 y ss.

tardíamente, por lo que su modelo de orden social suele estar más identificado con la propuesta temprana de mutualismo familiar e inter-familiar. Bakunin (y particularmente Mella) profundiza ese asociacionismo hasta llegar al colectivismo comunal. Por su parte, Kropotkin llevará al anarquismo hacia el comunismo no autoritario, poniendo de relieve algunas consecuencias anti-igualitarias que tendría el colectivismo. Sin embargo el principio kropotkiniano de “tomar del montón” suena a los oídos de otros anarco-comunistas un tanto simplista y hasta utópico en lo inmediato. Finalmente, Malatesta y otros, no obstante su comunismo doctrinario, desembocan en un pragmatismo experimental donde no se desechan ninguna de las formas anteriores (ni siquiera el individualismo productivo) como medios de llegar al comunismo libre definitivo. Y esta ha sido la actitud seguida por la práctica anarquista en las contadas ocasiones en que tuvieron la oportunidad de ensayar sus programas. El principio central e inalterable es el que define Malatesta: “Lo importante, lo indispensable, el punto del cual hay que partir, es asegurar a todos los medios que necesitan para ser libres”¹⁹.

¹⁹ MALATESTA, “El anarquismo comunista”, en *Anarquismo y anarquía*, Tupac Ediciones, Buenos Aires 2000, pp. 30-31.

EL PASADO PRESENTE DEL PLURALISMO POLÍTICO

CARLOS MALLORQUÍN¹

“Ninguna democracia política puede ser
real que al mismo tiempo no sea reflejo
de una democracia económica”,
H. J. Laski²

Resumen: El artículo describe la concepción “pluralista del Estado” cuyos defensores y teóricos fueron H. J. Laski y G. H. D. Cole durante la segunda década del siglo veinte, ideas que aún hoy son útiles para reformar y transformar el Estado “moderno”, que no logrado alejarse de las tesis meramente representativas-parlamentarias lo cual ha repercutido negativa y profundamente en el proceso de gobierno. Se necesita diseñar un nuevo modelo de gobierno que incluya aspectos de la economía que han sido olvidados por la Teoría política convencional y el pluralismo tiene propuestas específicas sobre la administración y las reformas que necesita la economía. El artículo culmina con un esbozo de la recuperación del pluralismo por parte de P. Hirst y los nuevos aspectos desarrollados por él y que llama “la democracia asociada”.

Resumo: O artigo descreve a concepção “pluralista do Estado” cujos defensores e teóricos foram H. J. Laski e G. H. D. Cole durante a segunda década do século vinte, idéias que ainda hoje são úteis para reformar e transformar o Estado “moderno”, que não conseguiu afastar-se das teses meramente representativas-parlamentares o qual repercutiu negativa e profundamente no processo de governo. Se necessita desenhar um novo modelo de governo que inclua aspectos da economia que foram esquecidos pela Teoria política convencional e o pluralismo tem propostas específicas sobre a administração e as reformas que necessita a economia. O artigo culmina com um esboço da recuperação do pluralismo por parte de P. Hirst e os novos aspectos desenvolvidos por ele e que chama “a democracia associada”.

Abstract: The article describes the “pluralist conception of the state” whose main defenders and theoreticians were H. Laski and G. D. H. Cole during the second decade of the twentieth century. It argues in favor of the recovery of its main ideas, which are still useful to reform and transform the “modern” state and whose actual inability to move away from the merely representative parliamentary thesis has had profound and negative effects on the governing process itself. A new model of government needs to be designed to include aspects of the economy that have been left behind by conventional political Theory, and pluralism has specific proposals on the administration and the reforms that the economy needs. The article finishes outlining the recent retrieval of pluralism by P. Hirst, and the new aspects that he develops and calls “associative democracy”.

Las dos primeras décadas del siglo pasado dan fe de conmociones políticas y sociales de toda índole, y tal vez sin parangón hasta el reciente “derrumbe” del “muro de Berlín”. A su vez, la reflexión del pensamiento social y político demuestra transformaciones importantes que pasaron desapercibidas, lo cual explica el retorno de la discusión de los clásicos de esa época; la propia revolución Bolchevique puso en jaque a toda una civilización agobiada por la ausencia de legitimidad en sus sistemas de gobiernos, cuyos mecanismos de representación ciudadana, especialmente el parlamento, era cuestionado por doquier. Igualmente, el “liberalismo” que se decía progenitor de

¹ Instituto de Ciencias Sociales, Universidad Autónoma de Puebla

² Authority in the Modern State, Yale University Press, New Haven, 1919, p. 38.

los regímenes parlamentarios, perdía su lugar hegemónico en lo que se refiere al tema de los “derechos” acosado por la avalancha de demandas por los “derechos sociales”. Fue por esa época que surgió “la teoría pluralista del estado”,³ y sobre cuya concepción versa lo que sigue.

A pesar de su derrota política ante la aparición de Estado unitario de masas, y subsecuentemente, por el “Welfare State”, sus méritos, en términos teóricos y políticos siguen en pie. Es más, hoy pueden sernos útil para trazar las reformas y las alternativas ante los graves déficit de “gobernabilidad” que presentan algunos de los países de la región Latinoamericana, que no se deben única y exclusivamente a los problemas económicos y sociales que nos legó el fundamentalismo neoliberal, sino al propio sistema político y social, cuyos fundamentos ya habían sido cuestionados previamente tanto por la concepción del estado pluralista, como por el fascismo y las diversas corrientes socialistas. La actual ambivalencia del apogeo del capitalismo y del pensamiento político neoliberal, nos ha dejado huérfanos de ideas políticas claras para incorporar la diversidad política e intercultural de los agentes que buscan su reconocimiento, y hoy día es insuficiente intentar resucitar o “materializar” el viejo evangelio liberal, tanto político-constitucional y/o económico; se impone más bien la ampliación y superación (en el sentido de Hegel) de sus principios, sin duda revolucionarios, en el siglo XIX.⁴

Nuestro punto de referencia central para subrayar los aspectos destacados del pluralismo político serán los textos de H. J. Laski,⁵ pero sus ideas están articuladas a la de teóricos como G. D. H. Cole,⁶ J. N. Figgis,⁷ quienes recibirán poca atención debido al limitado espacio. El movimiento teórico y político surgió en el contexto económico y social europeo cuando el Estado unitario nacional aún no lograba afianzarse plenamente, pero ampliaba su participación en diversos ámbitos tanto administrativos / económicos como políticos. Amplios espacios de la economía que previamente eran parte de una legislación soterrada o reglas de juego implícitos del intercambio económico, producto

3 H. J. Laski, *Studies in Law and Politics* Yale University Press, New Haven, 1932, p. 259.

4 Se ha dicho: “Las ideas pueden ser comparadas a las especies animales: habiendo perdido frente a las doctrinas dominantes y sobrevivido en nichos marginales, pueden disfrutar de un nuevo período de ventaja en la evolución a medida que cambian las presiones de selección y sus hasta entonces poderosos competidores se tambalean hacia su extinción”, Paul Hirst, *From Statism to Pluralism*, University College London Press, Londres, 1997, p. 38

5 H. J. Laski, *Studies in Law and Politics*, op. cit.; *The Foundations of Sovereignty and other Essays*, Yale University Press, New Haven, 1921; *Studies in the Problem of Sovereignty*, Yale University Press, New Haven, 1917; existe traducción como *El problema de la soberanía*, Ediciones Siglo Veinte Buenos Aires, 1947; *Authority in the Modern State*, op. cit.. Véanse sobre este tema: David Nicholls, *The Pluralist State - The Political Ideas of J. N. Figgis and his Contemporaries*, The Macmillan Press Ltd., Londres [primera edición 1975], 1994; Paul Hirst (Introducción y compilación), *The Pluralist Theory of the State - Selected Writings of G.D.H. Cole, J. N. Figgis and H. J. Laski*, Routledge, Londres, 1989.

6 G. D. H. Cole, *Social Theory*, Methuen & Co. LTD., Londres 1920.

7 J. N. Figgis, *Churches in the Modern State*, Longmans, Green & Co., Londres, 1913; utilizo versión de 1914 reeditada por Thoemmes Press, Inglaterra, 1997.

siempre de la "intervención" estatal,⁸ que el propio liberalismo ignora sistemáticamente, lograban su partida de nacimiento en los códigos legales y prácticas sociales. Igualmente, ámbitos de la salud y de la administración local, y cuyas tareas en ocasiones se realizaban a través, y con el apoyo de entidades sociales de carácter voluntario o caritativas, fueron desplazadas ante el paso de los avances de una administración central.

El pluralismo político (el inglés en particular), puede explicarse como una reacción a la incómoda expansión de los tentáculos administrativos de la organización del Estado y su visión universal del orden social y del "bienestar", tanto en términos social-políticos como en materia de salubridad nacional. También es parte de un movimiento político de mayor envergadura y una vertiente del socialismo cooperativista y autogestionario.

Si bien comparte con el liberalismo decimonónico su profunda sospecha del Estado omnipotente, adquiere su reputación como una vital Utopía libertaria para nuestros días debido a su específico ideario político que va más allá del "individualismo" ahistórico del liberalismo. Cabe advertir que la denominación "pluralista", poco tiene que ver con el "pluralismo" norteamericano (R. Dahl y otros después de la Segunda Guerra Mundial) a quienes mencionaremos únicamente de refilón.

El pluralismo en cuestión reniega sistemáticamente del "individualismo" en sus versiones liberales, y por tanto, de gran parte del corpus conceptual de la teoría política clásica desde T. Hobbes en adelante. De hecho, construye su noción de lo político y de lo social a partir de una ontología sociológica relativamente pragmática, aparentemente ateorica, pero cuyos principios se nutren de una devastadora crítica al pensamiento político contractualista o iusnaturalista, o sea, nada menos que al sustento básico del pensamiento occidental que otorga, desafortunadamente, vida a nuestras nociones sobre la "soberanía", "ciudadanía", "derechos", "orden", "constitución", etcétera.

Estudiosos por cuenta propia de la historia y de sus ideas, Figgis, Cole, y Laski,⁹ no dejan de invocar, o mencionar la monumental obra del alemán Otto von Gierke,¹⁰ en quien se apoyan, ocasionalmente, subrayando su teoría de la "asociación" para desarrollar la idea de que la fuente del derecho es algo orgánico a la convivencia entre los hombres, emana entre ellos orgánicamente y por lo tanto ni el estado, ni el soberano, son la creación del mismo. Historiador de las ideas jurídicas y políticas de occidente, Gierke demuestra a su manera la inoperancia y contradictoria postulación de la "sociedad" como producto de un contrato o arreglo entre individuos "asociales" en la "naturaleza", o sin lazos sociales previos. Por ejemplo, desde la idea misma que podían reunirse para dis-

8 Cfr., Karl Polanyi, *La gran Transformación*, FCE, 1992; primera edición en 1944

9 Estos dos últimos dejan el "pluralismo" en los últimos años de la década de 1920, y se inscriben en una versión marxista sobre el Estado y la sociedad.

10 Entre sus obras traducidas al inglés podemos encontrar: *Natural Law and the Theory of Society*, Cambridge, Inglaterra, 1934; *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, 1900, Inglaterra; *The Development of Political Theories*, London, 1939.

cutir y tomar una decisión para constituir una sociedad política (T. Hobbes,¹¹ J. Locke,¹² J. J. Rousseau¹³), se estaba confesando que los agentes en cuestión por lo menos compartían un lenguaje y/o reglas para llevar a cabo semejante "reunión". Mencionemos, también de paso, que cada uno de los teóricos antes mencionados presuponía distintas razones por las cuales era mucho más fructífero para los agentes¹⁴ en cuestión tomar la decisión de sacrificar sus "derechos" -y por tanto abandonar la "naturaleza"-, para conformar una sociedad política con reglas y obligaciones universales.

Si el orden político, como un fenómeno nunca plenamente realizado o "saturado",¹⁵ es un hecho que puede ser deducido del estudio histórico, los pluralistas ingleses, observaron otros problemas y peligros para la Libertad en el estado liberal de su época. Desde otro ángulo, estaban diciendo lo mismo cuando criticaban la concepción de soberanía Estatal invocada por el parlamentarismo liberal a través de la "representación" de sus "ciudadanos"; estuvieron entre los primeros en señalar que un parlamento puede convertirse en un régimen "electivo despótico", creando leyes donde un puñado de diputados convertían una "minoría" en "mayoría" ("the tail wags the dog", donde la "cola mueve al perro"); o igualmente pernicioso, el hecho de que "una mayoría p[odía] ser tan tiránica como una minoría".¹⁶ Niega a su vez que la "La hipótesis fundamental del gobierno en un sistema representativo es de que es un gobierno por medio de la discusión".¹⁷ Si bien dice que tal vez esa visión idílica del diputado

11 El Leviatán, FCE, México, 1982.

12 Ensayo sobre el gobierno civil, Aguilar, España, 1973.

13 El contrato social, Porrúa, México, 1982.

14 Digo "agentes" porque está suficientemente documentado el hecho de que las "entidades" reconocidas para poder llevar a efecto los actos "contractuales", no eran los "individuos" en general, eran aquellos cuyos atributos los convertían en un "patriarca", o "jefe de familia", debido a su capacidad para organizar y llevar a cabo la reproducción del "Hogar" (el "Oikos", griego que incluía insumos y productos: mujeres, niños, sirvientes y esclavos) de manera autosuficiente alejados del intercambio mercantil, pero cuyo incumplimiento podría resultar en la pérdida de la Patria Potestad (I. M. Finley, La economía de la antigüedad, FCE, México, 1973). Por lo general, pero no necesariamente, el "Patriarca" pertenecía al género masculino. Por lo mismo es que las nociones sobre el surgimiento del "individualismo posesivo" durante y a partir del siglo XVIII, según C. B. Macpherson (La teoría política del individualismo posesivo, Fontanella, Barcelona, 1970), obedece a una lectura inadecuada y teleológica de los "contractuantes" y de los textos clásicos; véase: K. Tribe, Land, Labour and Economic Discourse, Routledge and Kegan Paul Ltd, Inglaterra, 1978; sin embargo, debe quedar exento de dicho juicio su admirable lectura de los "levellers" en uno de los capítulos del mismo libro. Lo cual a su vez explica la aparición de toda una bibliografía feminista postulando la existencia de una teoría política del "patriarcado" en el siglo XVII y XVIII; cfr., Gordon Schochet, Patriarchalism in Political Thought, Basic, New York, 1975.

15 Cfr., E. Laclau, Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1993; y N. Lechner, La conflictiva y nunca acabada construcción del orden deseado, Siglo XXI de España Editores, 1986.

16 Cole, Social Theory, op. cit., p. 188. En otros términos, rechazan la fórmula acumulativa, cuantitativa y unitaria, del poder, tanto implícita como explícita de los clásicos, argumentando que $1+1+1+$ no es $= a 3$. Véase: B. Hindess, Discourses of Power: From Hobbes to Foucault, Blackwell Publishers, Cambridge Inglaterra, 1996.

17 Laski, The Foundations of Sovereignty and other Essays, op. cit., p. 36. Más adelante incluso para Norteamérica el "gobierno por medio de la discusión" es únicamente un "eufemismo". "tenemos

Burkeiano pudo haber existido de manera aproximada en el siglo pasado, no se puede decir lo mismo del “gobierno parlamentarista del siglo veinte”. Es más, de hecho el diputado y el partido se obedecían mutuamente, y el debate parlamentario estaba limitado por la multiplicidad de sus tareas y el común del electorado rara vez se interesaba en la “política”.¹⁸

El pluralismo inglés inculpa al individualismo liberal de una noción de libertad imposible de resolver dentro de sus propios términos debido a que el individuo siempre se organiza para sus distintas metas u objetivos en grupos sociales: familia, sindicatos, clubes, partidos de toda índole y empresas. Están entonces mucho más cercanos al anarquismo por su noción libertaria de que cada individuo se debería organizar y luchar por alcanzar sus propósitos como mejor lo considere a través de sus organizaciones. Según el pluralismo inglés, si los liberales y anarquistas valoran realmente al ser humano, tendrían que insistir sobre la ampliación ininterrumpida de la libertad.

Cole sostiene que las agrupaciones sociales, o las asociaciones, se forman para materializar o realizar ciertos propósitos, metas u objetivos; éstas asociaciones en algunas ocasiones están permeadas por alguna “institución”, es decir, alguna idea o costumbre que las aglutina, demostrando su carácter social, comunal. Es a partir de este principio que los pluralistas proponen que la “representación” debería establecerse sobre la base de los propósitos, metas o las tareas, que llevan a cabo las asociaciones. La representación de la “voluntad” individual o colectiva planteada en el pensamiento político liberal y clásico es insostenible debido a que los individuos son seres con una pluralidad de necesidades e ideas, lo cual implica que la “voluntad” no es unitaria, lo que imposibilitaría su “representación”, y de hecho sucede que la voluntad del individuo es sustituida por la del “representante” en los ámbitos como la del parlamento o sindicatos,¹⁹ sin embargo, Cole cree que la representación sí es posible cuando se trata de representar las asociaciones,²⁰ unificadas por las tareas, o propósitos que realizan, en otras palabras por “función”,²¹: “Por lo tanto, la verdadera representación, al igual que la verdadera asociación, es siempre específica y funcional, y nunca general e inclusiva. Nunca es el hombre el que es representado, el individuo, sino que siempre ciertos propósitos comunes a los grupos de individuos.”²² Esto supone otro aspecto que los pluralistas subrayan: la toma de decisiones y la responsabilidad del “representante”, en contraste con el supuesto tradicional del diputado o partido político, abrumado por incommensurables temas y problemas que ignora, recae sobre la discusión de temas que conoce y aquejan a su “ramo” o “función”, y para lo cual le es otorgado un mandato, con inmediata revocación, si así se considerase pertinente.

menos confianza [que en el siglo XIX] del gobierno por mayoría”, *Authority in the Modern State*, op. cit., p. 348.

18 Laski, *The Foundations of Sovereignty and other Essays*, pp. 36-38.

19 Cole, *Social Theory*, op. cit., pp. 120 -122.

20 O, “muchos hombres por la de uno”, *ibid.*, p. 106.

21 *Ibid.*, capítulo VI, “Democracy and Representation”.

22 *Ibid.*, p. 106.

Tampoco, por la tesis de la representación por “función”, debe entenderse la inclusión de cualquier tarea en proceso, sin distinción, que puede decirse estar realizando una “función” en “sociedad”, sino que se define por el hecho de que esta “haciendo algo”, “produciendo un resultado material externo respecto las personas que son miembros de las asociaciones”²³ por un lado, y por el otro, discriminando entre las asociaciones esenciales y no esenciales, porque el criterio debería partir de los propósitos o metas sociales de las asociaciones, subrayando ciertos grados de importancia para la “sociedad”, que en un primer acercamiento podrían denominarse “funcionales”: productivas, consumo, políticas, mismas que decidirían sobre las normas de convivencia y administración, así como la creación y vigencia de las instancias de reunión y resolución de litigios: “parlamentos” y “tribunales,” y sus respectivas competencias.

Laski dice que lo:

esencial es alcanzar plenamente la función social general. Lo que es inmediatamente evidente es la necesidad de organizar la autoridad solamente con una visión de esa meta. Tal organización implica una concepción de la sociedad de naturaleza básicamente federal. En este sentido el carácter primordial del estado es ipso facto negada. Porque una vez que queda claro que existen ámbitos en los cuales el estado no puede penetrar de manera útil, es obvio que existen dominios sobre los cuales su autoridad no debería ejercerse. Esto presagia una división, no de poderes, sino del poder sobre la base de funciones. Es imaginarse una sociedad en la cual la autoridad no es jerárquica sino coordinada. Ni tampoco importa la base de su definición en algún sentido de una definición a priori. Debe cambiar en la medida que la necesidad social lo demande. (...) una vez que percibamos al estado como meramente una de las partes constituyentes [de la sociedad], por muy fundamental que sea, lo que es obvio es el hecho de que su dominio debe ser estrictamente relevante a resolver cuál de los objetivos sería el que mejor podría realizar. De hecho, mucho del problema ha sido ampliamente oscurecido al pensar un federalismo no en términos de una división de funciones sobre alguna base improvisada de su ejecución exitosa sino en términos de contigüidad territorial.²⁴

Entonces se propugna una “libertad social” que asume una dualidad de facetas, una externa y otra interna: la primera supone la posibilidad de asociarse sin impedimentos externos, más específicamente, sobre “la forma de ejecutar la función”,²⁵ y la interna, que incluye la idea que dentro de las asociaciones debe regir el autogobierno democrático entre los asociados, así un Estado es libre si puede lograr gobernarse sin obstáculos externos, e internamente, si es electo democráticamente, al igual que otras asociaciones: industriales o de

²³ Ibid., p. 175.

²⁴ Laski, *Authority in the Modern State*, op. cit., pp. 74-75. De hecho en el capítulo “The Pluralistic State”, de *The Foundations of Sovereignty and other Essays*, refuerza la tesis: “Por lo tanto, administrativamente, necesitamos descentralización: o si gustan, necesitamos revivir la concepción federalista (...) Pero hoy no debemos pensar el federalismo en sus términos espaciales del pasado. Es aplicable tanto a las funciones como a los territorios, Es aplicable tanto al gobierno de la industria del algodón, o al servicio de carrera civil, como al gobierno de Kansas y la isla de Rhode.” *ibid.* p. 242.

²⁵ Cole, *Social Theory*, op. cit., p. 182

los consumidores.²⁶ Esta apreciación surge de la noción de que la “libertad “personal” individual, es algo “sencilla”, y se realiza el sujeto, por sí mismo, a través de sus actos, a diferencia de la libertad social, donde su actuación se supone algún mecanismo intermediario. Se repite aquí el tema de que los representantes de las asociaciones lo son términos de sus metas y tareas, y es allí donde se puede, y donde de hecho, se ejerce la coerción, no en el ámbito de la libertad individual, privilegio de la esfera de las relaciones personales.

En este sentido el "individualismo" del pluralismo inglés es mucho más radical que el del "liberalismo" porque plantea que las lealtades y obligaciones son un producto de la "conciencia" lo cual implica que ninguna jurisprudencia es digna del nombre si no toma en cuenta este principio²⁷ y menos aún puede decirse de estar haciendo "justicia"; en otras palabras, los pluralistas ingleses se tomaron el trabajo demostrar que el pensamiento político clásico confundía la unidad jurídica de facto de los Estados con la unidad "mo-ral" de sus poblaciones, que como sabemos a partir de las diversas luchas (pa-sadas y presentes) por ciertas "autonomías" y “reconocimientos”, ya sean de índole, cultural, política, y/o de género, siempre se encuentra en proceso de reconstitución. La sociedad por lo tanto debería pensarse como una articulación, siempre contingente, entre diversas organizaciones o agrupaciones sociales. Los conservadores, tanto en el pasado como los del presente, sostendrán que ello conllevaría al desorden y al anarquismo. De hecho, el tipo de orden social y gubernamental que contiene esta perspectiva bien podría denominarse como un "anarquismo contingente".²⁸

Entonces, ¿qué garantía –se pregunta Laski- da, la definición pluralista de que la voluntad del Estado pueda prevalecer? Parecería que esta definición abre paso a la anarquía. No lo creo así. Si juzgamos analíticamente y hacemos que nuestras ideas se deduzcan de los

26 Cole deja ambiguo el ámbito de la iglesias, pero el Laski menciona que sus objetivos deben ser analizados al igual que con el “estado”: las instituciones deben “juzgarse no por sus metas sino por sus logros en términos de tales metas (...) por ejemplo, a la Iglesia Apostólica Católica, no como la personificación terrenal del cuerpo de Cristo sino por lo que ha hecho con tal cuerpo terrenal en la historia (...) [El Estado], en cada momento, también actúa por medio de agentes que son hombres mortales”, *Authority in the Modern State*, op. cit., p. 68. De hecho entonces las entidades religiosas ya sean las que dicen representar a Cristo y el evangelio cristiano u otras, son guías espirituales de sus feligreses.

27 Sobre el tema de la soberanía de la consciencia individual respecto los dictados del Estado, podríamos encontrar situaciones en donde la obediencia a nuestras creencias implique perjudicar al otro, Nicholls ofrece el ejemplo del credo de los testigos de Jehová que no aceptan la transfusión de sangre para padecimiento alguno, en el caso de un niño el Estado tendría que intervenir e imponerla, y después devolver el niño al seno de su familia, lo cual deja intacta y sin violar la "consciencia" y credo de los padres; cfr., David Nicholls, *The Pluralist State...*, op. cit., p. 25.

28 Laski, *Studies in Law and Politics*, op. cit., p. 259: “La teoría pluralista del Estado (...) es lo que el profesor Dewey llama ‘seriamente experimentalista’ (...) [y] puede insinuarse la posibilidad de la anarquía”, Laski, *El problema de la soberanía*, op. cit., p. 28; “La posibilidad de anarquía esta teóricamente presente en cada instante”, *Authority in the Modern State*, op. cit., 30 y p.317; y D. Nicholls, *The Pluralist State...*, “Introducción”, op. cit, p. XIX .

hechos de la vida social, nos veremos obligados a admitir que la fuerza de la voluntad del Estado depende cada vez más de las personas que la interpreta.²⁹

En contraposición al anarquismo, exigían la presencia de una maquinaria estatal que estableciera las reglas y fronteras de la justicia respetando la agrupación y organización de diversos grupos sociales, inclusive fomentando la constitución de los mismos, pero custodiando que algunos no perjudiquen o limiten a otros la consecución de sus fines específicos. Los grupos sociales existían por derecho y lucha propia e inclusive, a pesar del Estado, y no debido a su reconocimiento. El estado entonces sería una organización social o sociedad entre otras, con metas u objetivos específicos: administrar las divergencias posibles entre las asociaciones. Sin embargo, según D. Nicholls, Figgis sustentaba, en contraste con Cole y Laski, que el “Estado debería mantenerse como la sociedad de las sociedades.”³⁰

Al rechazar la noción clásica de la soberanía, y por tanto la necesaria obediencia al Estado, esta problemática pasa a ocupar un lugar primordial en el discurso de los pluralistas, que argumentan que el individuo debe su lealtad y obediencia a los grupos u organizaciones a los que se incorpora por elección propia. La personalidad del individuo, así como la ampliación de sus libertades, se forma y se transforma en las agrupaciones u organizaciones sociales a las que pertenece. Tiene por lo tanto una variedad de lealtades relativas a las cuales debe rendir cuenta, siendo el “Estado” una de ellas, pero en ningún sentido la única o exclusiva.³¹ Así como las asociaciones sociales no son entidades estáticas y sin historia, debido a que durante su evolución pueden cambiar metas y funciones a las originalmente se dedicaban, los individuos deben tener la posibilidad de votar con los pies cuando ya no concuerde con las mismas. Por ello los pluralistas desconfiaban de organizaciones masivas, como las del sindicato, o del mismo Estado como una posible entidad interventora “dentro” de las asociaciones, cuyo “orden”, reglas, metas y membresía debería definirse y resolverse internamente o por instancias y competencias de las correspondientes confederaciones de las asociaciones.

Para resolver el problema de la “representación” de los “intereses”, el pluralismo proponía la creación de otras entidades suplementarias, como sería el caso de las organizaciones por función, o por corporaciones, y una corte su-

29 Laski, El problema de la soberanía, op. cit., p. 20.

30 Nicholls, The Pluralist State..., op. cit., p. 12

31 Laski declara sin tapujos: “si el estado es sólo uno de los grupos a los que pertenece el individuo, no puede haber idea de unidad en su lealtad.”, El problema de la soberanía, op. cit., p. 19. “Parecería demostrar –dice Laski–, que la teoría legal de la soberanía no tiene raíz en la existencia actual. Más bien sugiere de que existe una amplia cosa que llamamos poder y que la soberanía es simplemente un acto de voluntad. Ella depende del consentimiento de los miembros del estado para su efectividad; hablando en general, cualquiera de las decisiones que tome el órgano de soberano recibirá aceptación; (...) Pero la consagración de una región en la cual el gobierno normalmente no puede penetrar es la garantía de una reserva de resistencia que confirma (...) [la] teoría que ninguna concepción del poder es aduecada si es que no incluye un elemento moral”, Laski, Authority in the Modern State, op. cit., p. 308.

prema plural de conflictos (Cole,³² como hemos visto, lo plantea a partir del cooperativismo guildista) que sería la encargada de dirimir los eventuales conflictos entre diversas organizaciones. De manera transitoria se tendrían que resolver las competencias respectivas entre las diversas “soberanías”, entre el espacio de la “representación por función” y los mecanismos tradicionales. Pero mientras tanto, paralelamente, Laski, busca una alternativa teórica para pensar el nuevo orden apoyándose en la obra de A. Hauriou,³³ donde la “institución de instituciones” (el Estado) no perturba el funcionamiento de la vida de las diversas “instituciones”, autónomas en su administración.

También sostenía que el voto debía definirse por áreas geográficas, y que el parlamento debía tener presente dicha estructura. Tanto Laski y Cole, temían la posible opresión del individuo incorporado en las grandes organizaciones, sindicatos o empresas, pero en lo general los pluralistas no percibieron sus verdaderos peligros respecto otro tipo de agrupaciones. De antemano cabe objetar la tentación de endilgar a este "corporativismo" algunas nociones del fascismo del "Duche", porque su estrategia corporativista presupuso una estructura centralista de las organizaciones en torno a un Estado "unitario" y por lo tanto, muy lejos del pluralismo libertario, que suponía la “dispersión” de la soberanía.

El método de la separación de los poderes (Montesquieu, Locke y compañía) se pensó originalmente como una cautelosa limitación al poder estatal, pero en la práctica no funciona. En lugar de custodiar que no se perviertan los supuestos objetivos teóricos del estado (promover “el bien”), es mejor lograr crear los cauces necesarios para que sean alcanzados. Porque de hecho el tema del gobierno no “admite una división exacta en categorías”.³⁴ Laski observa aquí que se ha incrementado el uso de un poder cuasi judicial por parte de las máquinas burocráticas estatales. Cada vez con mayor intensidad se encuentra que los departamentos gubernamentales toman decisiones judiciales y se asimilan en sus actos al legislativo.

El propio sistema parlamentario requiere de una comunidad alerta a sus posibles excesos, y ante la ausencia del ciudadano ideal que puedan analizar los procesos legislativos en cuestión, sería conveniente poner fuera del control

32 Cole, así como otros teóricos de la tendencia socialista, tanto la "estatal" (Fabian Society), por un lado, y por otro, los cooperativistas y guildistas (S. G. Hobson), suponían que la socialización y administración de gran parte de la "industria nacional" por parte de los sindicatos obreros estaba a la vuelta de la esquina, en ese sentido se leyó y se interpretó el informe gubernamental Whitley Report de 1917, que discutió la idea misma de una co-determinación de la Industria y subsecuentemente la National Industrial Conference de 1919, donde la propuesta sindical estuvo guiada por el mismo Cole; véase: Paul Hirst, *The Pluralist Theory of the State...*, op. cit., p. 39.

33 “La institución -expresa Hauriou- es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea se producen manifestaciones de comunión dirigidas por los órganos de poder y reglamentadas por procedimientos.”, Arturo E. Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la Ciencia Jurídica*, Abeledo-Perroti, Buenos Aires, p. 39.

34 Laski, *Authority in the Modern State*, op. cit., p. 71.

parlamentario algunos de los esfuerzos sociales: por ejemplo, la eficiencia y los problemas de las empresas industriales podrían resolverse a la manera propuesto por Cole, lo cual a su vez no requiere ningún conocimiento de expertos.

El trasladar el poder fuera de un centro único, sugiere que el recinto de su imperio debe reubicarse y delegarse a cualquier ámbito donde pudiese imperar plenamente su voluntad. Por consiguiente, ante la ausencia privilegiada de un punto central en la estructura social, y desde el cual podría irradiarse su fuerza, la misma concepción del Estado debe tomar otra forma.

Ante la presente evolución del Estado, decía Laski, sus departamentos disminuyen su eficiencia conforme van absorbiendo mayores atributos de la administración y ordenación cotidiana de la sociedad. Sus disposiciones generales tenderán a errar los verdaderos puntos de conflicto de algunos de los problemas. Si los grupos humanos son corporaciones con vida propia, unidades independientes en base con sus metas, sería por demás útil que se confiera a dichas entidades la discusión de las soluciones.³⁵

Con el ejemplo de la lucha sindical de los empleados de la administración pública en Francia y su proceso de descentralización, y otros sitios, sostiene que será insuficiente para alcanzar eficientemente sus objetivos si la propia organización del proceso y sus tareas no queda en manos de los empleados. Una legislación adecuada que exija rendir cuentas podrá salvaguardar cualquier duda sobre la posible contradicción de lealtades de los empleados a su sindicato o las tareas que ejercen para el Estado.

Lo que hasta ahora hemos negado es la afirmación de que el estado representa en alguna forma exclusiva y dominante la voluntad de la sociedad como un todo. Es cierto que de hecho absorbe la parte vital del poder social; pero aún no es obvio de que debiera. No es en ningún sentido obvio inmediatamente si se admite que cada individuo es de hecho un centro de diversas, y posiblemente conflictivas, lealtades, y que en cualquier ética política cuerda la verdadera dirección hacia la cual su lealtad debiera apuntar es aquella donde piensa más segura su realización.³⁶

Dado que el Estado es un “reflejo” de lo que la “clase” o del “grupo dominante” cree es “lo bueno”, su expresión legislativa, reproducirá la “opinión de aquellos que detentan la llave del poder económico.”³⁷ Y como el Estado es esencialmente un cuerpo de “consumidores”, por lo tanto su meta tiene como objetivo proveer las condiciones (legales, políticas) para garantizar regularmente la oferta, pero debido a que el control del estado ha quedado en manos de un grupo dominante entre los consumidores, es obvio que los “productores”, los

35 “El verdadero camino -decía Laski-, sin duda, de organizar los intereses de los productores es diseñando una delimitación de la industria y confiando el cuidado de sus problemas a aquellos más relacionados con ellos. Esto es, de hecho, un tipo de federalismo en cual, los poderes representados no son áreas, sino funciones. Cualquiera puede ver que los ferrocarriles son tan reales como Lancashire; y exactamente en la forma específica en que los problemas de locales de Lancashire son enfrentados por ella, igualmente los problemas funcionales específicos de los ferrocarriles se enfrentarán por su cuerpo de gobierno.” *The Foundations of Sovereignty and other Essays*, op. cit., p. 70.

36 Laski, *Authority in the Modern State*, op. cit. p. 81.

37 Ibid.,

que no poseen los medios de producción, buscarán proteger sus intereses funcionales y no quedar subordinados a los objetivos del gobierno. De igual manera que los feligreses de una Iglesia. El sindicato entiende entonces que “una verdadera democracia política” es la fuente de una “verdadera democracia industrial.”³⁸

Pero si se admitiese como primordial el proceso de consumo, nunca podrían realizarse las huelgas, y la autoridad del Estado que se sustenta en la meta de regularizar el consumo, exigirá la lealtad debida a sus súbditos, a quienes considera en un plano de igualdad. Pero es necesario realizar una diferenciación entre la función productiva de la de consumo, porque los intereses de los hombres en la producción, a diferencia de los que realizan un consumo, parten de una desigualdad debido a la enorme variedad en la distribución de los productos. Por lo tanto el objetivo final de la actividad laboral es el “autogobierno democrático en la industria”. Pero ante la posibilidad de una política sectaria, por parte de los productores, “alguna autoridad central no menos representativa de la producción estatal como un todo representará el consumo”³⁹ La posibilidad de dos “legislaturas” (consumo-producción), enfrentadas dará por sentado que los conflictos serán resueltos entre ambas sustentados en contratos colectivos. Tal vez incluso si el sistema judicial no pudiese intervenir para paliar los efectos de contratos incumplidos, un especial tribunal industrial posiblemente surja para tales fines. Pero una vez dicho eso, Laski se percata que dicha división tan compleja de poderes no se asemeja a la teoría de la soberanía dominante de su época. Por eso advierte que el sistema de “coordinación” implica la posibilidad de conflicto y que únicamente una “estructura jerárquica de la autoridad”,⁴⁰ puede minimizar la posibilidad de disturbios.

Por otra parte, ante las tendencias oligárquicas (Laski y Cole conocen las obras clásicas),⁴¹ en las agrupaciones sociales, insiste que la preservación de la personalidad⁴² e individualidad sólo se realiza en comunidad, y es sobre esa cualidad que se debe buscar el ciudadano activo: “Significa que la sociedad democrática debe rechazar el estado soberano por definición inconsistente con la democracia.”⁴³ No obstante que el gobierno representativo había sido muy exitoso en garantizar “derechos políticos generales”,⁴⁴ para Laski, el parlamen-

38 Ibid., p. 86.

39 Ibid., p. 88.

40 Ibid., p. 89.

41 Por ejemplo: Ostrogorski Moisei, *La Démocratie et l'organisation de partis politique*, Calmann-Levy, 1903; R. Michels, *Political Parties*, Free Press, New York, 1962; primera edición en alemana en 1911 y 1912 italiana.

42 “Sus grupos, es decir, grupos que deben ser responsables; sin embargo la responsabilidad únicamente puede llegar donde se encarga definitivamente alguna función social al grupo para su realización. Es en la ejecución de tales tareas que la personalidad de los hombres logran su realización.” *Authority in the Modern State*, op. cit., p. 107.

43 Laski, *Authority in the Modern State*, op. cit., p. 107.

44 Laski, *Authority in the Modern State*, op. cit. p. 113 y p.185; “los parlamentos parecen” (...) “cuerpos que registran la voluntad del combatiente victorioso en un conflicto donde no tuvo voz”, *ibid.*, p. 325.

tarismo ya había llegado al punto más alto de sus logros y la compleja organización estatal moderna demandaba otros medios para resolver sus problemas y las discusiones en su recinto eran francamente insuficientes.⁴⁵ Y dado que el objetivo teórico del estado por el bien común no se había logrado, y que los gobiernos y las legislaturas tampoco lo hacían, se estaba confesando que la idea de un gobierno de “mayorías”⁴⁶ no lo iba a garantizar, especialmente si el poder político estaba divorciado del económico, donde anticipadamente se sabía que todo estaba en contra de los obreros- productores.

Los pluralistas, a contracorriente del pensamiento constitucionalista⁴⁷ occidental, planteaban que la supuesta unidad o vigencia de un Estado per se, así como su “legitimidad”, solo puede deducirse de la existencia de un “gobierno”, de otra forma es solo una entidad abstracta, irrelevante para comprender las necesidades y los quehaceres cotidianos de una sociedad, o como la “representante” de sus “ciudadanos”. Es solo a través de las instituciones del gobierno y de sus actos que puede hablarse de una entidad estatal y de su supuesta unidad, pero que en los hechos se evapora al analizar la consecución de los actos en cuestión. La materialización de los mismos requiere de una serie de instituciones que muy bien pueden obstaculizarlos ya sea por negligencia o por las resistencias locales que pudieran encontrarse a sus contenidos u objetivos.

Según Laski, el estado “moderno”, en particular el inglés, asume que la “soberanía” yace en el “parlamento”, y la “adoración” por la “unidad” estatal soberana, es de hecho una herencia y añoranza “medieval”;⁴⁸ el Papa, sabía que para poder gobernarlo todo, requería de un único centro de poder, y sin límites.

Se estaba rescatando la idea de que el poder debe diversificarse y desconcentrarse, y que en los hechos demostraban el fenómeno de la dispersión del poder, indicando la variedad de obstáculos al “centro” por parte de las entidades locales. El poder, a pesar de nuestras figuras constitucionales, decían, está disperso, y las libertades individuales se ampliaban cuando se impulsa la proliferación de nuevas organizaciones sociales y núcleos de poder. De hecho las sociedades medievales eran una serie de jerarquías y paralelos de poder que cambiaban constantemente con los acuerdos-matrimonios entre familias monárquicas y entre “sus” poblaciones. La “soberanía”, y por tanto la idea de la ciudadanía, era algo muy reciente y hasta peligrosa: admiraban como virtud el

45 Habla incluso de “algunos de sus defectos son fundamentales”, Laski, *The Foundations of Sovereignty and other Essays*, op. cit., p. 37, y también en *Authority in the Modern State*, op. cit., pp. 306-307.

46 También menciona el “declive de la vida parlamentaria”, *Authority in the Modern State*, op. cit., p. 184 y p. 168; como la supuesta “panacea”, *ibid.*, p. 185; “lo que vagamente se llama la voluntad general de la sociedad no encuentra plena expresión ya sea en el gobierno o en la legislación” (...) “el gobierno de mayoría no puede ser la última palabra a nuestros problemas”, *ibid.*, p. 185.

47 En James Tully, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity* (Cambridge University Press, Inglaterra, 1997), podemos encontrar la deconstrucción del pensamiento constitucionalista a partir de otro punto de partida, pero con efectos teóricos similares al de los pluralistas.

48 Laski, *The Foundations of Sovereignty and other Essays*, op. cit., p. 23.

"desorden" y la "confusión" que puede leerse de la famosa descripción que F. Engels extraía de la organización estatal feudal:

Carlos el Calvo, por ejemplo, era súbdito feudal del emperador por una parte de sus tierras, y del rey de Francia por otra; pero, por otra parte, el rey de Francia, su señor feudal, era al mismo tiempo súbdito de Carlos el Calvo, su propio vasallo, en algunas regiones.⁴⁹

Laski insiste que el pensamiento político clásico del siglo XVIII aterri-za con que la “soberanía” reside en el “pueblo”, pero para que funcione, sus “poderes” son delegados a una serie de instituciones, muy complejas, que es lo que se llama “gobierno”. Es de esta forma que se materializa la “voluntad del estado”, manifestándose en el parlamento, que es igual a la “nación”, la fuente de la soberanía. En muchas naciones, son los actos de gobierno, su “voluntad”, donde puede estudiarse la “soberanía”, y donde de hecho surgen una “multiplicidad” de poderes burocráticos, gubernamentales,⁵⁰ pero que ello obedece substancialmente meramente a una conveniencia administrativa. Se sabe -subraya Laski-, que los “atributos” de la soberanía estatal son omnipotentes y absolutos, nada puede superarlos.

Pero lo que necesitamos saber no es lo que tiene un derecho legal para prevalecer, sino lo que de hecho prevalece y las razones que explican su predominio. Y aquí, está muy claro, la teoría de la soberanía del derecho no sirve para nada (...) Entonces, en la vida real, la soberanía del estado está sujeta a limitaciones.⁵¹

Lo que no significa que Laski no comprenda la concepción jurídica de la soberanía:

La vasta afirmación de la teoría del derecho por cualquier órgano estatal único comienza a perder su substancialidad. Pero de hecho, no por ello pierde su corrección legal. Ningún tribunal cuestionará el derecho legal del parlamento de elaborar su voluntad de la mejor forma que le pareciese como la más necesaria. Nuestras dudas de su autoridad deben obtener una sanción, en cada caso, extrajudicialmente. Pero sin duda alguna está claro que una teoría tan poco conectada con la realidad de la vida política es lo suficientemente insatisfactoria.⁵²

Las especulaciones políticas deben explicar, según Laski, las bases que hacen posible la obediencia de los ciudadanos a sus gobiernos; y efectivamente lo que puede observarse en el proceso político es la acción la maquinaria estatal y los que la controlan. Por consiguiente un análisis “realista” del

49 Citado por Perry Anderson, *El estado absolutista*, Siglo XXI, México, 1982, nota pie de página, p. 33. O. Correas habla en este contexto, de “suseranos” (traducción y adaptación del término suzeranité por parte de O. Correas), “La souveranité aparece por oposición a la suzeranité. Suzeranité, designa, en el mundo feudal (...), el estado de sujeción en que se encuentra un individuo respecto de otro (...), que, por ser suzerain, es “superior” al primero. También la relación entre señores y siervos. Y es posible que un señor sea suzerain respecto de algunos pero a la vez tenga un suzerain al que se encuentra sujeto.”, O. Correas, “Pluralismo Jurídico y Teoría General del Derecho”, en *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto de Bartolomé de las Casas, Madrid, Univ. Carlos III, Año II. Julio-Dic; 1995, núm., 5, p. 237

50 Laski, *Authority in the Modern State*, op. cit. p. 25.

51 Ibid., pp. 41-42.

52 Ibid., cursivas mías, pp. 304-305.

estado moderno⁵³ debe partir del supuesto de que la “acción estatal” es una “acción del gobierno”. El poder estatal siempre presenta una división entre un número pequeño que “ejercen un poder activo”⁵⁴ y un “gran número” que por lo común dan su consentimiento, presuponiendo también -equivocadamente- una identidad de “intereses” entre el gobierno y sus ciudadanos. Pero si se parte de la idea de que el Estado existe para promover “la buena vida” ganará nuestra lealtad y obediencia si lo logra. Pero entonces supone que su razón existencial se basa en que es el mecanismo más adecuado para dicha meta, y si sus medios no son los más aptos para alcanzarla, la invocada soberanía y la obediencia debe rechazarse. Queda como siempre en la conciencia de los ciudadanos. Pero sucede que en ocasiones en algún Estado:

se puede llegar al punto de que a cierto grupo de hombres el mantenimiento del orden no vale nada en comparación con lograr, por otros métodos que los constitucionales, algún bien mayor considerado mejor que la paz. Esa es la reserva de anarquía que la resistencia a la opresión es la fuente de oferta más fértil. No es en ningún sentido una negación de que la gran meta del estado es suprema. Si no mas bien insiste en su supremacía y niega el carácter de los actos gubernamentales sobre la base de que ellos no logran alcanzar el objetivo adecuadamente en ninguna forma.⁵⁵

Los textos de Laski presentan varias evidencias donde el Estado no ha sido exitoso en aplicar sus políticas, como en el caso de la Alemania de Bismarck que no logró imponer sus condiciones a la Iglesia Católica, otra organización social con objetivos y metas propios. La relación Iglesia y Estado descrita especialmente en *El problema de la soberanía y Authority in the Modern State*, exponen la tesis, también elaborada y sustentada por Figgis a lo largo de su obra, que en los objetivos y metas de la Iglesia el Estado no tiene nada que perder en términos de “soberanía”, porque los ciudadanos pueden muy bien obedecer a Roma en lo “espiritual” y al gobierno inglés en lo “civil”. Cada asociación ejerce su propia “soberanía” sobre sus miembros y queda en sus manos el obedecer. Debido a que el Estado es una entidad encargada de alcanzar el “bien”, únicamente logrará la integración y obediencia de los súbditos y de las organizaciones si son respetadas sus respectivas –cuya búsqueda del “bien” a su vez no son la creación del Estado o del gobierno en turno, y menos los derechos y las obligaciones.⁵⁶ Por lo tanto, “Cada gobierno es un gobierno de facto excepto en la medida en que la rectitud de su esfuerzo lo haga de jure.”⁵⁷ De hecho la “voluntad del gobierno”, se topará con otras voluntades similares de poder, y entre una y otra lealtad el arbitro final es la conciencia individual, por eso dicha concepción de la sociedad se llama pluralista porque “niega la unidad de la sociedad y el estado”⁵⁸.

⁵³ Ibid., p. 30.

⁵⁴ Ibid., p. 27.

⁵⁵ Ibid., pp. 53-54.

⁵⁶ Cfr., *Authority in the Modern State*, op. cit., p. 57.

⁵⁷ Ibid., p. 58.

⁵⁸ Ibid., p. 65.

En tal análisis el estado es una entre muchas otras formas de asociación humana. No está necesariamente más en armonía con el fin de la sociedad que una iglesia, un sindicato o una logia masónica. Es cierto que tienen relaciones que el estado controla, pero eso no las hace inferior al estado.⁵⁹

Pero la libertad tiende a reducirse si el poder se centraliza en algún punto político en particular. Por lo tanto: “dividirlo en base con las funciones es re⁶⁰ alizar es la única garantía para [su] preservación”. Ello lleva a la tesis de que la esencia del libre gobierno es la “democratización de las responsabilidades”. Dividir la concentración del poder implica “inevitablemente” algún tipo de representación; y al dividir las funciones se puede prevenir que los representantes absorban la “sangre de la vida” del cuerpo político.

Pero Laski reniega del control estatal de la economía porque la insólita concentración del capital y del financiero existente harán de los burócratas del gobierno una de la “más poderosa” maquinaria que jamás haya existido. Pero además sería un tipo de paternalismo que limitaría el tipo de libertad que los pluralistas plantean y la necesidad de dispersar responsabilidades. Nada garantiza (dice Laski en 1921) que una administración estatal del consumo y la producción sea necesariamente democrática, de hecho los ejemplos municipales de administración productiva corroboraban este pesimismo.

Ya hemos hecho mención de A. Hauriou del área del derecho público que Laski y Cole rescatan para su perspectiva; veremos sin ahondar mucho, a otra gran área que por esa época se discutía en dicho ámbito en torno a las “corporaciones” y si deberían conceptualizarse en términos de “personas” o no. Los pluralistas se enfrascaron en grandes debates sociales y jurídicos para promover el reconocimiento de varios grupos sociales (iglesia, sindicatos) por parte del Estado; sostenían debían considerarse como entidades con vida propia, que al igual que el individuo, tenían una “personalidad” y podían transformar sus objetivos y principios organizativos a través de la discusión y consentimiento de sus miembros. Entonces, las intervenciones de la Cámara de diputados y de los Lores, en varios edictos y discusiones desconocía la existencia corporativa de algunas asociaciones, en otras ocasiones, les imponía esa “cualidad” para poder castigarlos y confiscar sus bienes, como fue el caso con el sindicato por haber actuado como “grupo”.

Por lo tanto, los procesos de la evolución de las instituciones debían diferenciarse de sus metas, porque aquellas que originalmente dieron vida a las asociaciones o instituciones, podían haber asumido otros aspectos que obligaban a cambiar las tareas que se dedicaban. Se argumentaba que la “fidelidad” o adecuación entre sus metas y las tareas y las que de hecho realizaban, era un ámbito que debía quedar en manos de los propios miembros, quienes voluntariamente decidirían si seguían siendo partes de las asociaciones. Pero ante la posibilidad de que el estado dictaminara, externamente sobre sus asuntos, los pluralistas planteaban que la jurisprudencia definiera claramente su “personalidad” y capa-

⁵⁹ Ibid., pp. 65-66.

⁶⁰ Ibid., p. 89.

ciudad para ser una “corporación” como cualquier otra, pero argumentando que los individuos la administren democráticamente.

Así disidentes podrían organizar otra asociación cuando decidieran que no se estaban cumpliendo los propósitos que originalmente los atrajo a la misma. En ningún caso habría la posibilidad de prohibir abrogar a ciertas asociaciones su “personalidad” con el argumento de que ya no cumplían con sus metas originales.

Pero por otra parte, lo que todo el debate sobre las “corporaciones” saca a relucir por la época en que argumenta Laski es el hecho de que las asociaciones no necesitan reconocimiento estatal para sobrevivir, y su pugna por el reconocimiento trataba el tema de que estuvieran protegidas como cualquier otra asociación-corporación existente.⁶¹ Durante la transición hacia su reconocimiento legal, como ya dijimos, el Estado de hecho las intervenía (obviamente intentando transformarlas a criterios extraños a las mismas), lo cual de facto, pero no de jure, las reconocía como agrupaciones-asociaciones, con objetivos y metas.⁶² Esta era otra de las problemáticas subyacentes en las luchas de los pluralistas, suficiente razón para demostrar, a través de los teóricos del derecho público como M. Duguit y A. Hauriou, que tanto las Iglesias como los sindicatos, así como otras asociaciones debían obtener reconocimiento, especialmente si eran de carácter voluntario.

Ante el carácter voluntario de su membresía, sí cabía poder penalizar a las asociaciones si violaban disposiciones o leyes de carácter civil, de lo contrario había que observar la más absoluta distancia respecto a sus procesos internos y para que ellos resuelvan sus diferencias, exigiendo, no obstante una organización democrática, donde en última instancia sus integrantes pudieran votar con los pies para integrar otra agrupación.⁶³ Laski subrayaba que “una relación corporativa es, básicamente, una relación de individuos, no obstante, por razones de índole práctico, es el hecho de su unidad sobre lo que debemos tomar nota.”⁶⁴

Una corporación es simplemente un organizado cuerpo de hombres actuando en unidad, y una voluntad que se ha modificado a través de la singularidad de sus metas. Asumimos su realidad. Actuamos sobre ese supuesto. ¿Acaso no estamos justificados del hecho? Después de todo, nuestras teorías del derecho serán y deben juzgarse por su aplicabilidad a los hechos que se esfuerzan en resumir. Está muy claro a menos que tomemos la personalidad de nuestro grupo de persona como real y apliquemos el hecho de esa realidad

61 Laski desarrolla ampliamente estos temas en *The Foundations of Sovereignty and other Essays*, en los capítulos: “The personality of Associations” y “The Early History of the Corporation in England”.

62 “Significa, tal vez, que dentro de cada organización, como en cada individuo, debe haber una lucha continua entre la vida y la tradición”, Laski, *Authority in the Modern State*, op. cit., p. 262.

63 “Nosotros aquí alentamos una tesis radical: decimos que la distinción entre la asociación voluntaria y la incorporada debe abolirse”, Laski, *The Foundations of Sovereignty...* op. cit., p.168.

64 *Authority in the Modern State*, op. cit., p. 277.

a través de todo el dominio del derecho, lo que llamamos justicia, será, en verdad, nada más que un caótico e ilógico lío.⁶⁵

Actualmente, debido a la imposibilidad de alcanzar una democracia directa y "participativa" ("mandando obedeciendo" como dirían los zapatistas actuales), dadas las complejidades del Estado Moderno, una verdadera des-centralización por funciones podría mejorar la participación ciudadana en la organización y desarrollo de sus comunidades en todos sus ámbitos, como hemos dicho, tanto en el ámbito social y político, como en el de la salud; todo lo cual implica rescatar el federalismo. Las naciones y su moderno nacionalismo fueron consecuencia de un movimiento unitario, priorizando el establecimiento de constituciones cuyas estructuras y preceptos conceptuales no daban espacio a las diferencias culturales y locales de aquellas "sociedades" que fueron subsumidas en una entidad mayor.⁶⁶

Según Francisco López Bárcenas:

Para mediados del siglo XIX, cuando se discutió la Constitución federal de 1857, el asunto de los derechos indígenas se había convertido en un problema nacional. Sobresale la postura del diputado Ignacio Ramírez, quien destacó la necesidad de que el proyecto constitucional que se discutía se adecuara a las necesidades específicas del país. En ella lamentó que "entre las muchas ilusiones con que nos alimentamos, una de las no menos funestas es la que nace de suponer que nuestra patria es una nación homogénea" e invitó a los diputados a cambiar su visión del país. ' Levantemos --les dijo-- ese ligero velo de la raza mista que se extiende por todas partes y encontraremos cien naciones que en vano nos esforzaremos hoy por confundir en una sola'. A diferencia de quienes le antecedieron en la palabra, expresó: ' Muchos de esos pueblos conservan todavía las tradiciones de un origen diverso y una nacionalidad independiente y gloriosa' Igual Sucedió en el Congreso Constituyente de 1917, cuando se discutió nuestra actual Constitución política. Utilizando el criterio colonial de que la tierra era del rey y él se reservaba el derecho de transmitirla a sus vasallos, el grupo carrancista impuso su visión de que la tierra, los montes y las aguas eran propiedad de la nación, y ésta podía transmitirla a particulares para formar la propiedad privada. De nada valió que la sangre que se regó en los campos de batalla fuera mayoritariamente indígena; los derechos de estos pueblos se redujeron a los de las comunidades agrarias despojándolos de todo poder político.⁶⁷

Igualmente, para James Tully,⁶⁸ nuestros discursos constitucionales, y prácticas jurídicas, si han de mantener cierta consistencia, deben desconocer sistemáticamente diferencias organizativas, culturales y de género. El discurso sobre las constituciones lleva implícitamente aporías que no quieren ser reconocidas: por un lado, se presupone que el texto constitucional es un acto único, un origen sin manchas o antecedentes previos, y por el otro, que debe incluir las reglas y prácticas de las comunidades, o sea la jurisprudencia tradicional de estas, pero que al ser subsumidas en categorías generales del pensamiento político occidental se diluyen sus tradiciones específicas.

65 The Foundations of Sovereignty and other Essays, op. cit., pp. 167-168.

66 Tully, Strange Multiplicity..., op. cit.

67 "La gran marcha indígena", Periódico La Jornada, 28, febrero, México, 2001

68 Tully, Strange Multiplicity..., op. cit.

La propuesta de Tully es que debemos aceptar que siempre estamos en proceso de reconstituir nuevas constituciones, incorporando aspectos del pasado así como los nuevos fenómenos sociales. No existe un punto terminal, ni un origen único. Menos aun existe una especie de "Esperanto" constitucional a partir de la cual podemos medir y evaluar cada uno de los textos constitucionales. Solo así podremos iniciar un proceso de reconocimiento de lo diverso y sus respectivos vocabularios, que a su vez implica asumir plenamente lo que significa el concepto de "diálogo: un reconocimiento mutuo, una reciprocidad de un ir y venir de sonidos alternativos, por medio de los cuales se negocia un lenguaje acordado, que tal vez logra cierta estabilidad, siempre contingente. Debemos entonces asumir que siempre estamos en camino a nuevo acuerdo donde podremos reconocer diferencias y la multiplicidad social. En la actualidad, los obstáculos leguleyos contra la propuesta de Ley COCOPA, intentando bloquear el "ingreso" de los pueblos indígenas para construir sus propios universos y autonomías dentro del contexto de una "Nación" mayor, como se escuchó a viva voz, como reiteraron recientemente, no tiene sustento jurídico: Magdalena Gómez,⁶⁹ ha demostrado que nuestra constitución actual bien puede ser adaptada y modificarse, sin que por ello se incurra en la posibilidad de que se inicie la "balcanización" del país. Igualmente ha dicho que los legisladores hagan lo suyo, sin asumir funciones que no le competen:

El Congreso debe abandonar la óptica que en los hechos pretende sustituir al Poder Judicial. No se les puede jurar que no habrá conflictos en la aplicación del derecho indígena frente a los derechos previamente regulados. Todavía se tiene el espacio reglamentario donde en la revisión del conjunto de leyes se vaya introduciendo la armonización necesaria para facilitar su interpretación ya en el terreno del ejercicio de derechos.⁷⁰

Pero también si vamos a asumir plenamente la noción de la pluralidad asociaciones que rigen la vida productiva y civil de una sociedad, se impone también presuponer la posibilidad de ir elaborando una serie de categorías que expresen de hecho una variedad de "focos de poder" y de órdenes normativos diferentes, impedida por la lógica de la Dogmática Jurídica actual.

Según O. Correas:

La aceptación de que pueden existir diversos órdenes o sistemas jurídicos en un mismo territorio y para los mismos súbditos, conlleva a una imagen del fenómeno jurídico distinta de la que tienen en mente los teóricos tradicionales. Implica que el monismo jurídico se ha roto (...) Esto genera también una imagen distinta del ejercicio del poder. Ahora bien existen muchos sistemas normativos, al servicio de distintos focos de poder. Unos son jurídicos otros tal vez no, dependiendo de que constituyan órdenes o sistemas normativos que organicen algunas de las formas de violencia en la sociedad, de que tengan funcionarios especializados y de que sean eficaces (...) tenemos que pensar en términos de fuerzas y sistemas normativos en constante lucha y transformación. Tenemos que pensar

69 A propósito de las objeciones oficiales y oficiosas"; periódico La Jornada, 8 de abril, 2001

70 "La iniciativa Cocopa en el laberinto"; periódico La Jornada, 7 de abril, 2001.

en sistemas hegemónicos y subordinados, según sus respectivas normas logren o no mayor efectividad que las del sistema rival.⁷¹

Al igual que la discusión actual sobre la “pluralidad jurídica”, también la descentralización de las actividades administrativas y de otra índole están en la agenda de hoy debido a la lucha y esfuerzo y tenacidad de las comunidades indígenas del Sur del país, quienes han resucitado la noción de un estado federal y pluralista. Mucho antes, también en México, Manuel Gómez Morín, fundador del Partido Acción Nacional, sintetizaba maravillosamente la idea:

Lo que la familia pueda hacer por sí sola, no lo tiene que hacer el municipio, la ciudad; el municipio debe respetar esa zona peculiar de acción de la familia, ayudarla a que la cumpla. Lo que el municipio puede hacer, no lo tiene que hacer el Estado; lo que el Estado puede hacer, no lo tiene que hacer la Federación. Por eso somos anticentralistas [...] Creemos en la subsidiaridad y en la descentralización [...] Hay una multitud de agrupaciones y de sociedades entre el Estado y la persona. Aun en la mera estructura política hay el municipio (sic), y el Estado y la persona. Nosotros creemos en esa necesaria conservación de un federalismo natural de la sociedad. En cambio, estamos en contra de dejar al individuo suelto, disperso, aislado frente al Estado omnipotente. Creemos que los mejores límites del Estado son los límites que le impone el reconocimiento de todas las instituciones intermediarias: familia, municipio, ciudad, escuela, universidad, sindicato, ejido, agrupación económica, agrupación profesional: barra de abogados, colegio de ingenieros, partidos políticos. Todas esas son agrupaciones que deben tomar cada vez mayor ímpetu para colaborar a dar un pluralismo organizado de la vida nacional.⁷²

No hay paradoja alguna en encontrar que las conclusiones Constitucionales prácticas por la autonomía por parte del EZLN y las de Gómez Morín, estén defendiendo al “pluralismo político” inglés, sin tal vez, haberlos leído. Esto se debe a que como lo dice el propio Tully, remitiéndonos a la metáfora de Wittgenstein del lenguaje como una antigua ciudad: se puede atravesar por ella desde distintos puntos, muchos de los cuales están en construcción y algunos ya muy viejos, sin lógica alguna respecto sus más contiguos vecinos. Como consecuencia, no existe una meta-cartografía que nos indica la “única” y mejor forma para explicar la formación de la ciudad o pasearse por ella, y tampoco para comprenderla: son sencillamente formas de vidas (lenguajes) posibles entre otras. Lo importante es que tengan voz y autonomía.

Ahora bien el Federalismo no es algo nuevo, pero sí sistemáticamente olvidado por los gobiernos en América Latina. Muchas actividades entonces se pueden desarrollar con un verdadero sentido de descentralización para hacer factible la re-estructuración del Estado. La concepción moderna de “subsidiaridad”, o de la “función subsidiaria” que gobierna a la Unión Económica Europea,⁷³ es muy similar a las ideas pluralista inglés: de hecho se habían discutido

71 O. Correas, “Pluralismo Jurídico y Teoría General del Derecho” op. cit., pp. 239-240

72 Entrevista a Manuel Gómez Morín en James W. Wilkie y Edna Monzon de Wilkie, México visto en el Siglo XX, Instituto Mexicano de Investigaciones Económicas, México, 1969, pp. 222 y 223.

73 “Cfr., Marc Chevrier, “Federalismo canadiense y autonomía de Quebec”, en la revista Memoria, núm. 120, febrero, 1999; y Tully, Strange Multiplicity..., op. cit.,

en el siglo XIX⁷⁴ y después por el Papa Pío XI en su encíclica de 1931 (Quadragesimo Anno) donde la noción de subsidiaridad implicaba la "devolución de la toma de decisiones y de la administración a la unidad mas pequeña que pudiera realizar la tarea de manera competente".⁷⁵

En Canadá donde reina uno de los esquemas más interesantes de los principio Federal de gobierno, las consecuencias lógicas y políticas se sumen plenamente. Allí, el concepto de "subsidiaridad", el cual explica la descentralización y delegación de competencias a otras regiones, ha resuelto muchos problemas de gobernabilidad y de las luchas por la autonomía; y precisamente el hecho de que la población que radica en Québec pueda discutir y plantear su posible disociación de la federación unitaria canadiense es signo de la vitalidad del principio gubernamental en cuestión.

Obviamente que las consecuencias políticas de la descentralización y de autonomías locales supone una dispersión del poder en el ámbito local y municipal, que quienes defienden el principio federal, tienen que asumir la "pérdida" del control de las áreas que antes les podían obedecer por mandato y en su lugar deben pasar a construir alianzas y hegemonías por razones locales. El propio Marcos, subcomandante del EZLN, sin pena pero con gloria, ha dicho recientemente:

En todo caso, lo que tiene que hacer un movimiento armado es plantear el problema y hacerse a un lado. Es lo que nosotros estamos ahora logrando con éxito, después de siete años en las comunidades. De los errores que cometimos, está no haber aprendido más rápido cómo podíamos desprendernos de eso. Realmente nos hemos hecho a un lado. Los municipios autónomos son tan autónomos que no nos hacen caso.⁷⁶

Si desde el punto de vista de los pluralistas ingleses el Estado y el gobierno solo debe proveer una serie de procedimientos e instituciones -una constitución-⁷⁷ que permita las libertades de organización y resolución de conflictos entre las agrupaciones, los conservadores presuponen que ello llevaría a la destrucción del propio Estado. Paradójicamente, es la propia diversidad política entre asociaciones distintas, lo que funciona como un contrapeso de poder entre ellas, como bien lo ha sostenido el pluralismo norteamericano de R. Dahl.⁷⁸ En este esquema del pluralismo se supone que el gobierno promueve

74 David Nicholls, *The Pluralist State...*, op. cit., pp. 130-131.

75 David Nicholls, *The Pluralist State...*, "Introducción", op. cit., p. XIX.

76 Julio Scherer, "La entrevista insólita", revista Proceso, , 11, marzo, 2001 p.15; cursivas mías. Otro interesante efecto de la dispersión del poder se da en una comunidad del Perú: "En el municipio de Limatambo, Cusco, no mandan el alcalde no los regidores, como establece la ley. Quien ordena es la asamblea de delegados y delegadas de las comunidades campesinas indígenas y del pequeño poblado. Esa asamblea es la que determina lo fundamental (...) La tarea de las autoridades municipales es organizar las acciones para hacer cumplir el mandato de la asamblea.", Hugo Blanco, "El estremecimiento y la elección" en Masiosare, periódico La Jornada, 1 de abril, 2001.

77 Incluso aquí se trata de un proceso siempre "provisional", no es inamovible.

78 "El antagonismo entre asociaciones es tan posible como el de partidos políticos representantes de clases. ¿Cómo entonces puede prevenirse de que destruyan el orden social?. Como descubrieron los

bienes y objetivos específicos a través del pluriverso político, lugar donde los grupos sociales organizados compiten entre sí para influenciar a gobiernos y a sus políticas. Sin embargo no ha pasado inadvertido el hecho de que los objetivos o bienes ofrecidos, en otros términos, la agenda del mercadeo político (entre élites), siempre está determinado por las agrupaciones políticas más grandes y mejor organizadas dentro de las reglas del juego "democrático".⁷⁹ Existen entonces claras diferencias en cuanto que el pluralismo norteamericano visualiza las coyunturas del proceso democrático, si bien ha intentado incorporar una propuesta sobre la "democracia" en la reproducción y conducción de las empresas. Por otro lado, tiene una concepción similar al de los pluralistas ingleses de que el poder debe analizarse como una entidad diferenciada y dispersa en sociedad política.

Finalmente, como veremos a continuación, la reciente recuperación del pluralismo político inglés, cuya propuesta se denomina la "democracia asociacionista", incorpora gran parte del arsenal teórico de Laski y Cole.

Por un lado promueve la coparticipación en la organización de la producción (capital, trabajadores y ciudadanos de la localidad). Hace hincapié en el hecho de que el universo económico de medianas y pequeñas empresas se ha incrementado relativamente, que de hecho obedece a las nuevas condiciones de producción, donde las grandes empresas no son necesariamente las más adecuadas. Ello ofrece grandes posibilidades a las pequeñas empresas y cooperativas logren articular una serie de cadenas productivas. El "just in time" o "out sourcing", impuesto por las grandes multinacionales a las pequeñas y medianas empresas ofrece mayor espacio y libertad para estas. La lógica de una producción de bienes posfordista, supone cambiantes condiciones de producción, y aquí las pequeñas y medianas empresas tienen una ventaja de adaptación sobre las grandes empresas. Es por lo tanto un campo propicio para que los pequeños productores ganen espacios en los circuitos mercantiles y además una manera de cerrar la brecha de las desigualdades sociales, ante el gigantismo y despilfarro de las grandes empresas multinacionales con pies de barro muy pesados. Por el otro, ante la heterogeneidad obrera-ciudadana, los propios mecanismos de representación tradicionales ya no podrían ser la base para conformar parlamentos de "consumo" y/o de producción.

Todo esto supone una política económica selectiva y de apoyo a los márgenes y regiones, correlativamente al proceso de descentralización de actividades y devolución de poderes a los municipios; solo esto inducirá la inversión local por parte del ahorro de las comunidades en cuestión. Debido a que un retorno a políticas keynesianas de inversión estatal ya no se pueden ofrecer

pluralistas norteamericanos, intereses específicos y en competencia pueden servir como uno de los fundamentos de la democracia, si es que se hacen parte explícita del proceso político y sus miembros subscriben a los valores de la competencia democrática política. Intereses plurales son un *mútuo contrapeso*." P. Hirst, *Representative Democracy and its Limits*, Polity Press, Londres, 1990, pp. 78-79.

79 Cfr., Peter Bachrach, *Crítica de la teoría elitista de la democracia*, Amorrortu, Buenos Aires, 1973.

como un bien electoral político valioso, surge la idea de apoyar a agrupaciones y organizaciones sin fines de lucro tanto en el sector de salud así como en el de la producción para recuperar espacios ocupados por la presencia privada y mercantil después del descalabro del Estado de bienestar.

Tanto para la rendición de cuentas, como para proveer de servicios de salud y otros de manera individualizada, un sistema local y cooperativista tiene grandes ventajas ante un Estado-gobierno que se pierde en políticas generales de salud despersonalizadas y que nadie está dispuesto a soportar. Un sistema financiado en parte por las contribuciones de los ciudadanos (cooperativista), sin fines de lucro podrá atraer una mayor cantidad de socios consumidores, siempre y cuando los ciudadanos puedan tener opciones diversas y competitivas entre sí y por lo tanto con la posibilidad de votar con los pies ante un servicio inadecuado. Igualmente Hirst⁸⁰ y P. Schmitter⁸¹ sostienen que hoy día es posible una reforma política y fiscal en la cual cierta proporción de nuestros impuestos, puedan entregarse a entidades sin fines de lucro de nuestra elección y cuyos montos pueden ser el sustento y apoyo para ampliar la producción y /o los servicios de varios tipos. Esto puede plantearse incluso sin menos cabo de aquellos apoyos "federales" y del "centro", a los municipios que caben en el ramo número 33 del presupuesto, como es el caso de México.

Esta propuesta por parte de la pluma de P. Hirst⁸² propone la construcción de una "democracia asociada", que como toda oferta de teoría política, que

80 "Suponiendo que los ciudadanos tengan la oportunidad de donar una parte de sus impuestos a un número limitado de organizaciones, como lo propone Schmitter (1988), entonces las asociaciones pueden construirse hasta al punto donde efectivamente podrían solicitar fondos públicos sin mucho esfuerzo o costo para el público" [...] "Las asociaciones voluntarias recibirían fondos en proporción a su membresía, y en la práctica, las más grandes y más populares podrán ofrecer mejores servicios, dadas las economías de escala. La gente elegiría lo pequeño o grande en base a sus preferencias [...] Por lo tanto, serían los ciudadanos, y no los burócratas, quienes elegirían el tipo de servicios de salud (welfare) deseado", *Associative Democracy*, Polity Press, Gran Bretaña, pp. 61-62 y 185. "El estado podría, por ejemplo, recolectar un "impuesto asociacional" como un porcentaje substancial del ingreso total de las contribuciones, y permitir, designar, digamos, un 25 % de la obligación impositiva asociacional a un número limitado de organizaciones (tal vez entre cinco y diez). [...] El estado entonces distribuiría el restante monto global del impuesto asociacional de acuerdo a la membresía registrada de las asociaciones y guardar una reserva para enfrentar eventualidades.", *From Statism...*, op. cit., p. 65. Volveremos más adelante a la idea de la "democracia asociativa".

81 "Si el objetivo es fortalecer la democracia aceptando la existencia de grupos de interés, dice Schmitter, entonces se debe regular su funcionamiento. Su propuesta consiste en asignar un estatuto semipúblico a los grupos de interés, financiarlos a través de contribuciones obligatorias y dejar que los propios ciudadanos - en vez del Estado- se encarguen de asignar los fondos a las distintas asociaciones. El financiamiento provendría de un impuesto especial cobrado a cada contribuyente. Schmitter calcula que si se implementara su propuesta en Estados Unidos estableciendo un monto único de 25 dólares por contribuyente, habría un total de casi 2,5000 millones de dólares disponible para los grupos que se mueven en el circuito secundario.", Benjamin Arditi, "La mutación en la política. Un mapa del escenario post-liberal de la política", revista Nueva Sociedad, núm., 150, julio-agosto, 1997, p. 13. Hirst más bien habla de que los mencionados "grupos de interés" deben pensarse en términos de asociaciones de carácter voluntario sin fines de lucro, con objetivos específicos y que, al igual que Schmitter, deben ser monitoreados bajo algún tipo de reglamentación y rendición de cuentas.

82 Véanse: *From Statism...*, op. cit. y *Associative Democracy*, op. cit.

presupone guiar nuestras acciones, presupone ciertos elementos normativos. Supone por lo tanto una reorganización social y política del Estado "posliberal", léase una nueva gobernabilidad fundada en reglas democráticas y autogestionarias, se trata de la propuesta de un nuevo socialismo, al que denomina "asociacionismo" o "democracia asociada".

La tesis principal sugiere que una sociedad gobernada de "abajo hacia arriba", por medio de organizaciones voluntarias de autogestión, sin fines de lucro, por vía de una confederación de las mismas, puede producir una gobernabilidad más eficiente y menos costosa (menos Estado omnipotente, con sus innumerables e incomprensibles "leyes" para el ciudadano común) y una mayor democratización y contabilidad de la gestión de las organizaciones e instituciones. A pesar de lo anterior, Hirst señala explícitamente que el "asociacionismo" no garantiza que se logre la "igualdad" buscada pero sí los "medios" para ir alcanzando una mayor Justicia Social.

La "democracia asociada" no supone la aplicación, ya sea de una "planeación económica" en general, o de la vigencia de las "leyes del mercado", como aparece en la concepción de la economía neoclásica. Lo primero, según Hirst, produjo mayores problemas de los que resolvió económicamente hablando por medio de una mancha burocrática que se extendió por doquier y cuyo reciente pasado (en la antigua U.S.S.R.) representa, desafortunadamente, uno de los mecanismos de opresión y de autoritarismo más exitosos y experimentados que conozcamos en la historia; lo segundo, es una utopía cuyas "leyes" procrean sistemáticamente una desigualdad e injusticia social a la N potencia.

Tanto Hirst, así como los "institucionalistas norteamericanos" (también de comienzos de siglo),⁸³ sostienen que no existen las "leyes del mercado" sino instituciones sociales de diversa índole y con variadas condiciones de existencia: de redistribución del ingreso, tasas impositivas, salarios mínimos, disposiciones y contrapesos jurídicos; obviamente producto de una serie de luchas sociales, victorias y derrotas, de los productores. La economía sería un "proceso institucionalizado", una serie de instituciones "empotradas" ("embedded") entre sí.

Las propuestas e ideas sobre los estados modernos suponen una serie de reformas mínimas a partir de lo que aun queda del Estado de Bienestar, y transformarlo radicalmente en un verdadero sistema universal para la salud y de bienestar social. Aquí serían las propias organizaciones voluntarias autogestionarias, de individuos u otras organizaciones entre sí, las que provean los servicios de salud o de bienestar que demandan sus asociados o sus constituyentes

83 Cfr., Thorstein Veblen, John. R. Commons, Clarence E. Ayres, Wesley Mitchell y más adelante Karl Polanyi. Véanse los artículos de Santiago Macario: "El institucionalismo como crítica de la teoría económica clásica", *El Trimestre Económico*, Vol. XIX, no.1; enero-marzo de 1952; "Teoría positiva del institucionalismo (primera parte)", *El Trimestre Económico*, Vol. XIX, no. 2; abril-junio de 1952; "Teoría positiva del institucionalismo (segunda parte)", *El Trimestre Económico*, Vol. XIX, no. 3; julio-set de 1952.

regionales. Esto pondría fin a las burocracias omnipotentes que no rinden cuenta a nadie.

Si Hirst ya no cree en las bondades de la planificación en general, tampoco duda en negarle validez a aquellos discursos provenientes de la derecha o del neoliberalismo que presuponen que los servicios sociales pueden otorgarse eficientemente por unidades económicas particulares (privadas), y a menos costo, léase los grandes conglomerados económicos para la salud y la jubilación que pululan hoy día.

El autor indica que siempre tendrá que haber un financiamiento público por medio de los impuestos pero cuyas particularidades ya no deberían quedar en manos del Estado. El Estado tendrá que proveer un mínimo de apoyo en general, al que cada individuo, dependiendo de sus ingresos y necesidades podrá agregarle algo extra, si así lo considera necesario. A su vez las organizaciones voluntarias que ofrecen los servicios, recibirán un monto correspondiente de financiamiento en acorde al número de socios. Obviamente las organizaciones competirán entre sí, a través de un sistema de elección propia por parte del ciudadano, y cuya sola la obligación sería la de pertenecer a alguna de las organizaciones de salud y/o de educación en cuestión para garantizar la salud y bienestar de su familia, pero con la posibilidad de poder cambiarse de organización y/o asociación si así lo deseara.

Lo anterior liberaría al Estado de la contradictoria tarea de proveer un servicio y ser el agente que lleve a cabo la evaluación de la gestión. De esta manera se supone que la administración pública no se reduciría, pero sí implica su reorganización y devolución organizativa y democratización a aquellos cuyos intereses supuestamente sirve.

A su vez la "autonomía" de la administración pública requiere más que una mera "descentralización territorial" de sus tareas porque un control "local" podría ser tan difícil como el centralizado: la "cuestión real a resolverse es la de la organización interna entre los diferentes grupos"⁸⁴ que como áreas de servicios administrativos sean controlados por comités técnicos bajo el control del gobierno.

La tan mencionada "globalización" económica implica que muchas funciones económicas poseen condiciones de existencia cuya lógica subvierte las fronteras tradicionales,⁸⁵ lo cual no significa que el Estado desaparecerá por innecesario, sino que ahora tendrá tareas más específicas y más complicadas para promover y apoyar el crecimiento de las naciones en cuestión, vgr: las condiciones económicas e institucionales más adecuadas para poder competir internacionalmente e incorporar a las idiosincrasias nacionales específicas nuevas tecnologías y patrones de producción.

⁸⁴ Laski, *Authority in the Modern State*, op. cit. p. 350.

⁸⁵ Sobre el mito y la retórica de la "globalización" pueden verse: Paul Hirst y Grahame Thompson, *Globalization in Question (The International Economy and the Possibilities of Governance)*, Polity Press y Blackwell Publishers Ltd., 1996, Gran Bretaña; pp. 227. He realizado una reseña del libro en la revista *Estudios Sociológicos*, El Colegio de México, núm. 50, mayo-agosto, 1999, (pp. 587-590).

Como dijimos, las economías ya no sólo no poseen una estructura industrial homogénea, sino que deben estar atentas a nuevas demandas de bienes diversificados, cuya producción puso fin a la elaboración de bienes en serie y al estilo "fordista". Lo anterior significa que se requiere una mano de obra más especializada, polivalente y con una mayor capacidad para cambiarse de tareas; esta propia diversidad obrera sería la que dificultaría ser "representada" por las grandes centrales obreras, por "funciones" como lo planteaban los pluralistas de comienzo de siglo pasado.

El Estado del Bienestar pierde entonces uno de sus pilares homogéneos con el cual negociaba acuerdos cupulares económicos de diversa índole vis a vis el capital: la negociación tripartita la cual, dice Hirst, hoy día es insostenible. Esto no impide que Hirst mencione, hasta con cierta nostalgia, la importancia de los sistemas de negociación neocorporativistas, sobre todo por sus admirables logros en términos de crecimiento y bienestar en los grandes centros industriales hasta los años setenta, o para tal efecto en el propio México posrevolucionario.

Dadas las nuevas condiciones de producción internacionales de producción, Hirst supone que las grandes corporaciones -que de hecho no obedecen a una sola lógica económica, ya sea financiera y/o fiscal- cada vez más están siendo rebasadas por pequeñas y medianas empresas que crean sus nichos productivos, generando así nuevos productos para una demanda diversificada. Parecería que fue el propio Estado del Bienestar que creó las bases para su propia destrucción, produciendo una especie de clase media consumidora la cual ahora pasa a exigir una reducción en los gastos estatales con los cuales se crearon los sistemas de protección que hizo posible su nacimiento.

Es por ello que Hirst señala que las ideas utópicas de Owen o Fourier sobre el federalismo y la autogestión productiva de las cooperativas y de las pequeñas empresas vuelven a tener relevancia; serán estas empresas las que podrían tener una mayor capacidad de adaptación a un mundo económico cambiante. Y si se hiciera necesaria la conformación de grandes empresas, éstas podrían ser consecuencia de una federación entre las pequeñas y medianas unidades productivas.

Es obvio, por lo que he subrayado de la tesis de Hirst, que el "mercado" no desaparecerá y los intercambios mercantiles existirán en la medida en que las unidades productivas se reconozcan o no como una sola. Lo importante del modelo autogestionario es que la competencia, así como la colaboración, sería importante para diversos sectores productivos porque reducirían los riesgos de producción cuando se realizan grandes inversiones; tal vez el reciente crecimiento económico en algunas zonas de Italia con sus "distritos industriales"⁸⁶ sean otra experiencia de donde rescatar los mecanismos de colaboración, a su vez la propia Alemania y Japón de posguerra lograron impulsar y sostener, vía

86 F. Pyke, G. Becattini y W. Sengeberger (copms.), Los distritos Industriales y las pequeñas empresas. Distritos industriales y cooperación interempresarial en Italia, ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, 1992

la negociación y colaboración industrial, una tasa de crecimiento envidiable, pero sin los frutos de la democracia o participación obrera.

Por un lado, Hirst cree que las reformas necesarias para crear una "democracia asociativa" implica reorganizar aquellas corporaciones cuyas estructuras no obedecieran a lógica productiva alguna, las cuales podrían "desarmarse" en varias unidades de acuerdo a sus partes constitutivas;⁸⁷ por otro, no cree en el "cooperativismo" per se, ya que sus propuestas van en el sentido de que las empresas deben tener representantes tanto del capital, sean de obreros o individuos o empresas, así como de la comunidad donde están ubicadas las mismas, y sus empleados, ya que de otra forma podríamos quedar rehenes de empresas improductivas. Esta participación "tripartita" es la única manera, de que el ciudadano podrá ir recuperando y controlando sus condiciones de trabajo y consumidor y del medio ambiente que habita; en síntesis: una sociedad mucho más democrática la cual ofrece representantes en todos los ámbitos de su organización, con la posibilidad de rendir un informe de cuentas más fidedigno de las gestiones, ya sean de índole gubernamental o de producción.

Obviamente se trata entonces de un sistema social que devuelve a sus unidades más elementales las formas de organización y de producción, por lo mismo las regiones empiezan a convertirse en centros de decisión importantes y a las cuales el Estado tendrá que sufragar apoyo para el desarrollo de sus actividades productivas. Una confederación de empresas y centros de financiamiento locales y sus comunidades tendrán interés por atraer capital y refinanciar ciertos proyectos de toda índole: ambiental, económica y de salud, todo lo cual supone un retorno real a los principios del federalismo. El conocimiento local de los participantes es precisamente lo que hace factible un círculo virtuoso de acumulación y crecimiento económico adaptado a las condiciones particulares.

Todo esto no podría realizarse con un Estado que retraiga sus fronteras económicas y financieras, que es precisamente lo que se promueve con la supuesta devolución al "mercado" de las decisiones productivas lideradas por el neoliberalismo con sus políticas de "desregulación", pero si como ya se dijo el mercado es producto de una serie de instituciones empotradas, el discurso del "adelgazamiento" del Estado solo promueve la disolución y marginación de aquellos cuyo poder es mínimo en un ámbito como el de las democracias posliberales. Por algo la auto-organización y cooperación entre empresas, especialmente las pequeñas, se hace indispensable.

Por lo tanto no es la reducción del Estado lo que propone Hirst, sino la devolución de la gobernabilidad a los ciudadanos, o sea, un lugar que no puede vislumbrarse con las categorías tradicionales del liberalismo cuya genealogía puede remontarse al siglo XVIII. Pero ese otro "sitio" hay que producirlo; se refiere en síntesis, a la "sociedad civil", con una connotación mucho más radical que la del concepto que tanto se maneja hoy día. La construcción de ese "lugar" requiere que se disuelvan las dicotomías "Estado-Sociedad", Estado-Sociedad

⁸⁷ Es interesante al respecto porque la Corte Suprema de Justicia de los EU, ha realizado un dictamen judicial en el sentido de que la compañía MICROSOFT sea dividida en distintas empresas.

Civil; Privado-Público, porque ellas presuponen que la sociedad está integrada por "individuos" cuando en realidad encontramos una diversidad de asociaciones de todo tipo, donde el "individuo" es el que menos peso tiene. La división también hace posible que las empresas y grandes corporaciones no tengan obligación de rendir cuentas a nadie de sus actos ya que son entidades "privadas".

Sabemos que el mercado "accionario" (la bolsa de valores) tiene peso, pero sólo reproduce a una élite de gerentes al frente de las empresas, sin ninguna consideración por sus obreros o los intereses que afecta. Los directorios de las empresas son una oligarquía que se recicla constantemente y que ha logrado imponer su modo muy particular tanto de rendir cuenta de sus actos y decisiones como el de los criterios de evaluación de la gestión, pero incluso en gran parte de la administración pública.

Por lo tanto Hirst propone que con la construcción de una "constitución social" (reglas para rendir cuentas y su democratización, y que incluiría a todas las organizaciones ahora consideradas como de carácter "civil" y "privadas"), se ampliaría el ámbito de lo político hacia éstas, donde los intereses de los representantes de los diversos ámbitos, ya sea el de la producción o el de la comunidad tengan formas de dialogar dentro de un marco jurídico defendido por el Estado. Nótese que aquí el "Estado" solo aparece como una especie de entidad protectora para que no se subviertan las reglas generales. Esta transformación de lo "público" de lo que antes se consideraba como el reino de la "privacidad" hace posible que se pueda evaluar y controlar una actividad en términos políticos, destruyendo la versión "técnica" para evaluar los problemas sociales impuesta por los gerentes y las élites administrativas de las corporaciones, tanto en las empresas públicas como en las privadas. Es por ello que los políticos han asumido con beneplácito los actuales modelos de evaluación de la gestión por que se ven exonerados de los efectos de las decisiones que toman debido a que forman parte de un sistema de gobierno de "arriba hacia abajo".

Se trata de destruir los tentáculos del Estado y de los gobiernos sin fundamento en las decisiones de sus ciudadanos, creando un ámbito de mayor legitimidad para el Estado y gobierno, con decisiones que van de "abajo hacia arriba". Por eso, hay que distinguir claramente entre lo "público" y el Estado, cuya maquinaria sólo serviría para resolver conflictos entre diversas asociaciones-organizaciones. La propia descentralización de la maquinaria estatal y devolución de algunas de sus funciones a organizaciones con un carácter voluntario y de autogestión liberarán al Estado de muchos conflictos y tareas que ahora no puede resolver con las disposiciones generales impulsadas desde "arriba". La idea es "horizontalizar", si la metáfora cabe, el poder y la gobernabilidad y convertir a los ciudadanos en los responsables de las actividades en cuestión.

A estas alturas debe haber quedado claro que Hirst parte de las concepciones liberales, pero de las cuales está, como muchos otros pensadores (N. Bobbio, C. Offe), profundamente desencantado ya que no han contribuido a constituir una mayor justicia social y sólo siembran desempleo y desigualdades económico-sociales descomunales.

El sustento teórico del liberalismo que nace en el siglo XVIII, es decir, los derechos privados, división de poderes, libertades constitutivas por dichos procesos y constituciones (Inglaterra es la excepción en este sentido, es el parlamento y la jurisprudencia la que defiende el Estado de Derecho) son inútiles porque están paralizando una nueva concepción de lo político y dificultan la construcción de mayores libertades para el "individuo", lo que sólo se logrará haciendo "publico" lo que hasta recientemente se consideraba como "privado": democratizando la contabilidad de la gestión gubernamental a otros ámbitos organizativos; de lo contrario, las instituciones liberales destruirán sus propios cimientos ante la avalancha de movimientos reivindicando "sus" derechos y "libertades" y creando una crisis de gobernabilidad mayor de la que ya existe con el peligro de pérdidas significativas de nuestras libertades.

Reitera la idea que los sistemas democráticos actuales se han convertido en un proceso "plebiscitario" entre la población, en donde sólo decide quien tiene la "mayoría" en el gobierno cuando de hecho los electores no llegan al 50%.⁸⁸ Las máquinas electorales (los partidos) ya no pueden producir un consenso o pacto lo suficientemente amplio y duradero para producir un "Estado desarrollista",⁸⁹ que requiere una participación de un gran número de intereses y organizaciones para lograr un acuerdo cuando el parlamento sólo puede tener la facultad de decidir en términos de un "sí" o un "no". Por lo tanto Hirst expone que, en un mundo "posliberal", donde reinan las instituciones liberales, estas son las que deben ser "superadas" en el sentido hegeliano. Un mundo cada vez más diverso, polivalente social o culturalmente, o "polimorfo y perverso" como lo llamaría Freud, solo será gobernable devolviendo a los ciudadanos la organización de su vida local, otorgando al Estado "plural" sólo las facultades de controlar los grandes lineamientos legales y jurídicos. Por consecuencia lo que se requiere es "complementar" al Estado "posliberal" con una serie de instituciones para facilitar una mejor gobernabilidad y una mayor justicia social.

Finalmente sólo cabe mencionar que Hirst subraya que las ideas en torno al "asociacionismo" tienen vigencia porque ofrecen una "tercera vía" ante el *laissez faire* del liberalismo, así como una, entre otra, versión colectivista de "ampliar" la pertinencia y facultad del Estado. Por otro lado, ofrece un concepto de organización y gobernabilidad a una gran variedad de "intereses", ya sean de "izquierda" o de "derecha", especialmente a los que genuinamente están comprometidos con la libertad y que temen al Estado y no aquellos que utilizaron sus esquemas para desregularizar la economía y apoyar a las grandes trasnacionales.

El "asociacionismo" puede ser o no visto como un nuevo modelo socialista, ya que sólo implica una noción normativa sobre como dar cierta dirección a la sociedad; igualmente puede ser útil tanto a los "pobres" como a los "ricos" para organizarse políticamente, ya que, según Hirst, tiene futuro porque a dife-

⁸⁸ La importancia teórica de M. Weber y C. Schmitt para pensar las deficiencias de las democracias modernas se declara explícitamente.

⁸⁹ From Statism..., op. cit., p. 90.

rencia del socialismo estatal y el liberalismo apologético de las corporaciones, aun no ha sido derrotado y por ello se presenta como la única doctrina que ofrece una verdadera posibilidad de "elección" a los ciudadanos y por lo tanto de construir verdaderas "libertades".

DIREITOS FUNDAMENTAIS: REGIME JURÍDICO DAS RESTRIÇÕES

MARCOS ROGÉRIO PALMEIRA¹

Resumen: Las transformaciones en la estructura del Estado Brasileño invitan a una revisión de las garantías de los derechos fundamentales. Los derechos individuales han sido el centro de las polémicas en torno de la relación entre la Sociedad y el Estado, siempre buscando el equilibrio entre el ejercicio del poder estatal y la permanencia de los derechos del ciudadano, partiendo de la idea de un abierto catálogo de garantías individuales, que permita las actividades estatal y jurisprudencial, vinculando la eficacia material de la Constitución a la concretización de los derechos fundamentales.

Resumo: As transformações na estrutura do Estado Brasileiro convidam a uma revisão das garantias dos direitos fundamentais. Os direitos individuais têm sido o centro das polêmicas em torno da relação entre a Sociedade e o Estado, sempre buscando o equilíbrio ente o exercício do poder estatal e a permanência dos direitos do cidadão, partindo da idéia de um aberto catalogo de garantías individuais, que permita ás atividades estatal y jurisprudencial. vinculando a eficácia material da Constituição à concretização dos direitos fundamentais

Abstract: The changes in the structure of the Brazilian State to invite a review of the guarantees of fundamental rights. Individual rights have been the center of the controversy surrounding the relationship between the Company and the State, always looking for a balance between the fact of state power and permanence of the citizen's rights, based on the idea of an open catalog individual guarantees, enabling activities and state case law, effectively linking the material of the Constitution to the realization of fundamental rights.

Sumario: Introdução; 1. Direitos Fundamentais: Definição e Sistema Aberto; 2. Restrições aos Direitos Fundamentais; 2.1. Tipos de Restrições aos Direitos Fundamentais; 2.2. Limites das Restrições aos Direitos Fundamentais; 3. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

Introdução

Desde os primórdios do constitucionalismo, com a Magna Charta, em 1215, os direitos individuais têm sido o centro das polêmicas em torno da relação entre a Sociedade e o Estado.² Notadamente, no curso das lutas políticas, o avanço na direção de uma teoria científica dos direitos fundamentais pode ser creditado às eficientes barreiras impostas contra o exercício desmedido do poder pelo Estado e o soberano. Esta tradição liberal influenciou as constituições modernas, que passaram a assumir o caráter de carta de direitos e de mover nabilidade, arrimo do pacto pela convivência harmônica.

¹ Mestre em Direito pela UFSC, Professor Universitário e Advogado.

² A concepção de que a Magna Carta inglesa visava proteger direitos individuais do cidadão foi contestada por DÓRIA (1986:20) que a considerava apenas um complexo jurídico destinado a limitar da ação do rei: *A lenta mas firme congregação dos interesses da nobreza em torno de um Parlamento vai transferindo a este, como um corpo que aos poucos se desliga de sua original matriz aristocrática para representar outras forças econômicas ou políticas em ascensão, a defesa das restrições impostas à coroa britânica, único poder identificado em toda a história do país com o arbítrio, a luta se trava contra o rei. A Magna Carta só ao rei tolhe. Ao Parlamento, o papel de defensor dos direitos individuais ameaçados, embora pertencentes a restrita classe de beneficiários.*

No plano hermenêutico, consoante a Teoria Material da Constituição, a idéia de cidadania procura compatibilizar e concretizar três níveis de relacionamento do Estado com o indivíduo, que integram o eixo das constituições: a) uma esfera de defesa do indivíduo face aos poderes do Estado, impondo-lhe uma “zona de abstenção”, em que a consagração do direito realiza-se com a não-intervenção estatal; b) a conformação do princípio da igualdade com a realidade social, quando o Estado reaproxima-se do indivíduo, vinculando a sua atividade por meio de prestações destinadas a dar eficácia aos direitos reclamados; c) a possibilidade de participação do indivíduo na esfera de decisões de comando do Estado por meio de canais de exercício da democracia direta e indireta, inspirado no princípio de que o poder emana do povo. A busca pelo equilíbrio entre o exercício do poder estatal e a permanência dos direitos do cidadão, recebeu um importante aporte da jurisprudência estadunidense, a partir do substantive due process of law, considerado meio de controle das atividades legislativa e administrativa destinadas a restringir o gozo de direitos fundamentais.

Entretanto, resta assente que o exercício das liberdades individuais não pode ser tomado como uma instância absoluta, posto que comporta limitações, diante do inevitável confronto com valores comunitários. A escolha da ordem de prioridade de direitos, no caso concreto, precede um processo de ponderação não excludente de princípios assimilados pela vontade política da nação e positivados na ordem constitucional. Embora toda atividade estatal, orientada pelos comandos normativos, tenha o propósito de preservar a dignidade da pessoa humana, as deliberações majoritárias dos representantes legislativos são colocadas sob vigilância mediante limitações inseridas na Constituição.

O presente artigo tem a finalidade de examinar o regime jurídico das restrições aos direitos fundamentais partindo da idéia de que um aberto catálogo de garantias individuais, receptivo e sensível às tensões da sociedade postulante, permite às atividades estatal e jurisdicional um criativo exercício interpretativo voltado para a sua efetivação. A tendência jurisprudencial manifesta nos pro-núncios do Supremo Tribunal Federal – STF – também integra o objetivo da pesquisa, pela importante tarefa de interpretar a Constituição, razão pela qual se dará um enfoque específico às decisões atinentes ao tema abordado.

Convém dizer ainda que o longo processo de positivação dos direitos do homem, que culminou com a promulgação da Constituição em 1988, não foi suficiente para garantir-lhes a eficácia. Aquelas ordens de otimização essenciais para o controle do poder estatal indicam que atribuir efetividade a esse catálogo aberto de direitos, conferindo força normativa à ordem jurídica, constitui-se numa laboriosa tarefa. Mas, contrariamente a esta vocação concretizadora, as atividades legislativa e administrativa dominantes que hoje atuam vêm procurando solapar as pretensões do Estado democrático de direito, firmadas pela sociedade no texto da Constituição. As recentes transformações na estrutura

do Estado brasileiro convidam a uma análise da revisão promovida no sistema de garantias dos direitos fundamentais.

1. Direitos fundamentais: definição e sistema aberto

A concretização da idéia de direitos fundamentais apresenta uma estreita associação com a política, por conta dos constantes embates entre o Estado e a Sociedade, relacionados aos espaços de intervenção e das liberdades individuais. Nos povos antigos, a concepção de indivíduo sempre gravitou em torno do Estado, o que se compreende pela máxima de Aristóteles de que o homem é um ser animal e político, vinculando a sua cidadania à estrutura estatal³. Nesse momento histórico, a fusão do indivíduo ao Estado demonstra a ausência de direitos daquele em relação a este. No entanto, havia um grau de subordinação situado na esfera dos deveres individuais, classificado como Status Passivo. Mais tarde, a afirmação do indivíduo e suas garantias passou a depender da secularização do direito e a restrição/abolição dos privilégios das castas, Imprescindidos com mais relevância nas revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, notadamente a partir das sucessivas declarações de direitos dos Estados Americanos, iniciada em 1776.

No plano filosófico, a produção intelectual de Immanuel Kant contribuiu imensamente para a formulação de um novo conceito de homem ao deslocá-lo para o centro de sua teoria do conhecimento. Trata-se da revolução copernicana (o próprio filósofo assim a denominou): não é o sujeito que gira em torno do objeto, mas o objeto que deve ajustar-se ao conhecimento humano. A identificação do homem como titular de soberania, idéia respaldada pelo pensamento iluminista, motivou as declarações de direito produzidas pelas revoluções liberais e o surgimento de uma verdadeira doutrina de garantias da pessoa humana. Apesar da importância histórica e política de tais documentos, não há como atribuir-lhes a condição de direitos fundamentais, uma vez que não vinculavam o soberano ou o Estado a um compromisso obrigacional com os indivíduos. É por isto que Ingo Wolfgang Sarlet teve a preocupação de fazer uma distinção terminológica:

O termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e

³ SANTOS, Fernando Ferreira. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 19, sustenta que *O conceito de pessoa, como categoria espiritual, como subjetividade, que possui valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, em consequência, é possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais e possui dignidade, surge com o Cristianismo, com a chamada filosofia patrística, sendo depois desenvolvida pelos escolásticos.*

que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.⁴

Apesar disto, há uma grande aproximação entre os dois termos, pois foram os direitos expressos nas declarações de direitos do homem da Revolução Francesa e dos povos da Virgínia na independência dos Estados Unidos da América que percorreram um caminho comum até integrarem os ordenamentos jurídicos nacionais.

É certo que no processo de afirmação da pessoa humana e seus direitos diversos, vários estágios foram superados até que figurassem nas constituições dos Estados modernos, representando diferentes momentos de convivência entre o poder estatal e o cidadão. A doutrina do liberalismo clássico, construída sob o pálio do princípio de liberdade e baseada na rejeição dos poderes ilimitados do soberano, permitiu a redução da esfera obrigacional do indivíduo em relação ao Estado, criando-lhe barreiras ao exercício arbitrário do poder. Esta relação pode ser subdividida em três diferentes formas de abstenção do Estado, propostas por Robert Alexy: a) Direito ao não impedimento de ações, em que o Estado não pode obstaculizar o exercício de determinadas ações; ex.: as manifestações de fé, expressão de opinião, eleição de uma profissão; b) Direito à não afetação de propriedades e situações, que pode ser exemplificado na inviolabilidade do domicílio; c) Direito à não eliminação de posições jurídicas, manifestado na impossibilidade de o Estado criar regras que suprimam determinados direitos de que os indivíduos são titulares⁵. Destarte, o *status negativus* ou *status libertatis* estabeleceu uma zona de não-intervenção, evidenciada na abstinência da atividade estatal e teve a positivação do direito à propriedade como um importante legado.

Em um segundo momento, também resultante de transformações histórico-políticas com maior incidência na segunda metade do século XIX, por força da insatisfação dos trabalhadores com a inércia estatal, a sociedade passou a postular direitos sociais. Tais reivindicações direcionadas a integrar setores sociais excluídos da repartição da renda assumem a dimensão de aproximar o cidadão do Estado por meio de prestações no interesse do primeiro. As liberdades positivas (*status positivus*) apoiadas no princípio da igualdade⁶ estabelecem uma relação obrigacional do Estado para com a sociedade, uma vez que a inércia é incompatível com a concretização dos direitos sociais. Por último, às liber-

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Gárzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 189-194.

⁶ A doutrina comum aos governos dos países emergentes tem sido a adoção de políticas neoliberais que propõem um resgate de algumas premissas do liberalismo clássico, mas centralizando todos os interesses na supremacia do mercado. Considera-se, destarte, que um sistema econômico baseado na economia de mercado é incompatível com a idéia de intervenção estatal consagrada no princípio da igualdade. Daí porque HAYEK, Friedrich, *O Caminho da servidão*. Trad. Leonel Vallandro. 2. Edição, Porto Alegre: Globo, 1977, considera que no capitalismo não é possível coadunar os direitos de liberdade com os direitos de igualdade.

dades individuais são integrados os direitos de participação (*status activus*) que pressupõem que a atividade estatal só se torna possível por meio da ação dos cidadãos. Nesta esfera está a garantia do direito de contribuir na formação da vontade política do Estado. Com estes aportes históricos e filosóficos Paulo Bonavides formulou um conceito para direitos fundamentais:

Considerando, pois, os aspectos positivos que ora prevalecem às antigas noções de resistência e defesa, configuradas do conceito unilateral de liberdade, imperante na versão clássica do constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais incorporam ao seu âmbito as prestações do Estado, as garantias institucionais, o sentido objetivo da norma e a qualificação valorativa. É isto que consente, conforme ponderou Albert Bleckmann, defini-los “como as normas objetivas da Constituição que regulam as relações dos indivíduos com o Estado”⁷

A moderna teoria constitucional, com a hermenêutica da concretização⁸, tem visto a impossibilidade de interpretar os direitos fundamentais considerando a metodologia clássica do positivismo com o seu dedutivismo formalista, que ao considerar apenas a literalidade da lei, descuida de apreciar os princípios e valores enquanto elementos formadores do substrato constitucional como dos direitos fundamentais. É que, ainda bastante influenciada pelo mito da neutralidade da lei, a hermenêutica tradicional sustenta a relação da sociedade com o Estado no princípio da separação dos poderes e na distribuição de competências. Embora distante do positivismo tradicional, Max Weber preconiza que a racionalidade do direito funda-se no exercício do poder político e, portanto, legitimidade é sinônimo de legalidade, numa tentativa de destituir a regra jurídica de qualquer carga valorativa. Aliás, esse campo de tensão decorre da desconfiança nos poderes do Estado, que remanescem do absolutismo e das lutas liberais pela emancipação da burguesia emergente. A crítica mais contendo suportada pelo positivismo refere-se a sua atuação na esfera interpretativa de direitos fundamentais ou de cláusulas da Constituição tendo como recurso unicamente o emprego de técnicas jurídicas baseadas no exame do texto e das variadas disposições legais. Neste caminho a Constituição adquire semelhanças com a lei comum, perdendo o significado de ser a sede da vontade política da nação, uma carta de valores e direitos, destinada a promover o desenvolvimento da convivência social pacífica.

Por outro lado, a busca pela formulação de uma teoria científica para os direitos fundamentais também se afasta da concepção *jusnaturalista*, que são considerados em decorrência dos princípios gerados pelas expectativas da cidadania postulante. Destarte, se para o positivismo a interpretação deveria distanciar-se da moral e dos valores sociais, para o *jusnaturalismo* a fundamentação

⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 8. edição - revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 534.

⁸ Essa nova hermenêutica, assim denominada por BONAVIDES. Curso. p. 534, surge como reação ao estado em que se encontrava a ciência constitucional até a primeira metade deste século, incapaz de interpretar a Carta Política a fim de expandir seus conteúdos normativos, exauri-los, para acompanhar e atender as demandas da sociedade em constante mutação.

desses direitos parte de ordenações divinas ou naturais, acrescidos de vocações para a eternidade e preexistência à ordem jurídica⁹. Conforme lembra Otto Von Bachof, citado por Oscar Vilhena a existência e o caráter preceptivo de uma ordem de valores anterior ao Direito não se pode provar com uma evidência racional. Em última instância, sua afirmação é uma crença (...) que segundo creio, abarca o que nós entendemos sob o nome (...) de “Cultura Ocidental”¹⁰. Entretanto, a concepção despreza um pressuposto essencial do sistema democrático, ou seja, a conformação dos valores e princípios com a dinâmica do avanço da sociedade. Mas sem o receio de cair na abstração, o jusnaturalismo passa a admitir a supraconstitucionalidade do direito, aqui baseado no consenso social fundado em leis naturais, rompe com a possibilidade de soberania da deliberação da Constituinte Originária e admite, inclusive, a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais.

O risco de criar um sistema de direitos fundamentais rígido, hermético e transcendente às próprias aspirações sociais é comum aos dois critérios de interpretação. A aspiração da pureza procedimental e material, evidente tanto no positivismo como no jusnaturalismo abre a possibilidade de engessamento do sistema de direitos fundamentais e a estagnação de um critério interpretativo comprometido com a cidadania e a mutabilidade social. Mantemos, entretanto, a preocupação com a preservação dos direitos fundamentais contra as deliberações legislativas que põem em curso a derrocada do sistema democrático. A condução dessas liberdades à condição de cláusulas superconstitucionais, conforme o art. 60, § 4º da Constituição, bem como o controle judicial da constitucionalidade das leis, representam poderosas barreiras de proteção do cidadão face à tirania do Estado e das aspirações momentâneas de grupos sociais hegemônicos. A incorporação da interpretação sistemática da Constituição com o arcabouço de valores da sociedade torna possível conceber um sistema aberto para os direitos fundamentais, significando que:

além dos conteúdos do sistema jurídico que desde o ponto de vista da Constituição são meramente possíveis, existem conteúdos que são constitucionalmente necessários e outros que são impositivos. O fato de que as normas iusfundamentais determinem o conteúdo constitucionalmente necessários e impositivos, constitui o núcleo de sua fundamentalidade formal. A fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados.¹¹

⁹ No que diz respeito à construção de uma teoria dos direitos fundamentais, faz-se importante destacar que o jusnaturalismo ganhou novo fôlego na Alemanha pós-nazismo, principalmente pela intervenção de Otto Bachof. O jurista, que considerava necessária a vinculação da Constituição a princípios supralégais e a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, não conseguiu vencer o grau de abstração dessas idéias no esforço de compor uma formulação científica para os direitos fundamentais.

¹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 110-1.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5. edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 509

Um catálogo aberto de direitos fundamentais encontra justificativa diante da impossibilidade de limitá-los apenas àqueles escritos, até porque, no curso interpretativo apontado, pretende-se a superação da leitura puramente normativista de cunho liberal. Assim, os novos direitos, ainda não escritos, mas gestados no interior da sociedade, estabelecem uma relação de complementaridade com outros já positivados na ordem jurídica vigente. A Constituição acompanhou esta nova tendência de aperfeiçoamento dos conteúdos normativos dos direitos fundamentais, porque conforme dispõe o § 2º do art. 5º os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. A opção por conceber tais prerrogativas individuais como princípios decorre da compreensão de que o sistema avançou além das relações cidadão-Estado e adquire, segundo Böckernförde, citado por Paulo Bonavides uma dimensão até então ignorada – a de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao direito público, nem ao direito privado, mas compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula.¹²

O sistema aberto também encontra arrimo na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, como bem indicou a Constituição, no § 1º do art. 5º, e na eficácia vinculante dos comandos normativos vistos em relação aos poderes do Estado. O rompimento das fronteiras do positivismo clássico buscou conferir eficácia a três aspectos de relevância, observados pelos direitos fundamentais: a) o caráter de direitos de defesa que assumem, impondo limites e deveres à atuação legislativa e administrativa; b) o caráter unitário e unificador das postulações da sociedade em transformação que manifestam enquanto espinha dorsal das Constituições modernas; c) a imperiosa necessidade de efetividade desses direitos, conferindo prevalência na esfera interpretativa, a fim de dotá-los de mais intensidade e eficácia jurídica.

A idéia de sistema aberto suscita o debate sobre a conservação dos direitos escritos, gravados pela marca da intangibilidade, consoante a indicação no art. 60, § 4º, IV da Constituição, impondo limites materiais e formais ao poder constituinte derivado, pois não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...). Esta ordem destinada a proteger o núcleo essencial não significa uma condição absoluta, porque é vedada a tendência ou a efetiva abolição dos direitos fundamentais. Como paradigma, vale lembrar a solução adotada pela Lei Fundamental da Alemanha que no âmbito das suas cláusulas pétreas (art. 79, II) deixou de fazer referência a tais direitos, mas manteve a intangibilidade pela consagração do princípio da dignidade da pessoa humana. Um ordenamento jurídico receptivo às mutações orienta a proteção de cada direito fundamental pela adequada delimitação do núcleo essencial, o que para Klaus Stern é o colorário da estabilidade constitucional.¹³

¹² BONAVIDES. Curso. p. 541

¹³ SARLET. A Eficácia. p. 366

2. Restrições aos direitos fundamentais

A necessidade de limitação do espaço de proteção dos direitos fundamentais já não encontra mais resistências na doutrina, uma vez que incorporada aos ordenamentos jurídicos nacionais. Esta condição decorre do próprio conteúdo aberto e variável das liberdades individuais, que para sua concretude, exige o exercício do direito no plano fático e concreto. Aí então se pode comprovar que em determinadas situações a Constituição protege da mesma forma dois valores ou bens, mas quando tomados em sentido absoluto, conduzem a um dever-ser conflitante. A restrição dos direitos, examinados pela ótica de uma convivência social de cunho contratualista, visa permitir tanto a oportunidade do exercício de direitos fundamentais colidentes, como a preservação de um bem jurídico coletivo ou estatal assegurado pela Constituição. No primeiro caso, há embate quando, por exemplo, a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação afeta a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas. A contraposição entre direitos individuais e bens comunitários pode ocorrer quando a necessidade de preservação de um patrimônio cultural colide com o direito de propriedade, justificando a restrição às alterações nas fachadas de imóveis tombados.

Para a preservação do sistema constitucional, as restrições têm arrimo nos princípios da Unidade da Constituição e da Concordância Prática. O primeiro deles informa a necessidade de harmonizar valores conflitantes, já que a solução não pode partir da concepção da hierarquia de valores, que sujeita a eliminação de posições jurídicas integradas no preceito da dignidade da pessoa humana. A relevância do princípio é apontada por Konrad Hesse, conforme lembra Edilson Pereira de Farias:

la relación e interdependência existentes entre los distintos elementos de la Constitución obligan a no contemplar en ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales. La única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentre en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución e evite su limitación unilateral a aspectos parciales.¹⁴

O recurso da interpretação sistemática e unitária da Constituição justifica a razão de ser fonte jurídica e não jurídica da ordem social, dando segurança às relações sociais. A ponderação de bens quando do exame do conflito entre direitos é o critério dominante no princípio da concordância prática, estabelecendo-se no caso concreto uma ordem de precedência, atribuindo peso maior a um deles. A par das objeções apresentadas por uma parte da doutrina¹⁵, este método

¹⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos: a Honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996. p. 98

¹⁵ A técnica, segundo os críticos, concede um juízo arbitrário ao intérprete, que atribui valoração aos direitos fundamentais em conflito sem respaldo em um método convincente. É o que diz Friedrich

visa estabelecer um caráter racionalmente objetivo à solução dos conflitos. Aliás, como bem ressalta José C. Vieira de Andrade:

Por outro lado, o princípio da concordância prática não prescreve propriamente a realização óptica de cada um dos valores em jogo, em termos matemáticos. É apenas um método e um processo de legitimação das soluções que impõe a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, para que se não ignore algum deles, para que a Constituição (essa, sim) seja preservada na maior medida possível¹⁶.

Portanto, a resolução das colisões de direitos fundamentais não está somente sujeita à reserva de lei, pois também cumpre aos juízes dar uma resposta na decisão do caso concreto. No campo de análise das contradições aponta-se os embates entre regras e entre princípios. No âmbito das regras cabe o reconhecimento de invalidades de uma delas, adotando-se os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade para alcançar a solução, a fim de manter a coerência do sistema jurídico que não admite contradições entre regras. A colisão de princípios não se resolve com a supressão de um deles em favor do outro, porque são irrevogáveis. Por isso, J.J. Gomes Canotilho propõe passos metodológicos para solução da colisão de direitos fundamentais:

a) o procedimento inicial requer do intérprete a determinação do âmbito de proteção da garantia jusfundamental. Para exemplificar, pode-se dizer que não há colisão entre liberdade de expressão e a honra em casos de calúnia, difamação e injúria, quando não esta coberto pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão o direito à difamação, calúnia ou injúria. Por sua vez, José C. Vieira de Andrade coloca a questão no âmbito dos limites imanentes dos direitos envolvidos:

Poder-se-á invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos ou para casar mais de uma vez? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um ator no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? Ou invocar o direito de propriedade para não pagar impostos, ou o direito de sair do país para não cumprir o serviço militar, ou o direito de educar os filhos para os espancar violentamente ? ou invocar a liberdade de reunião para utilizar um edifício privado sem autorização, ou a liberdade de circulação para atravessar via pública sem vestuário, ou o direito à greve para destruir ou danificar equipamentos da empresa.¹⁷

b) o intérprete deve proceder a um juízo de ponderação dos bens envolvidos, visando resolver a colisão mediante o sacrifício mínimo dos direitos fundamentais em jogo. Aqui o intérprete vale-se dos princípios da unidade da constituição, da concordância prática, considerando a necessidade de harmonização entre os direitos fundamentais e os valores constitucionais, visando

Müller, citado por BARROS (1996:169) para quem a ponderação apresenta “um padrão lingüístico cômodo conduzindo a juízos de valor subjetivos de uma justiça do caso, a qual poderia ser, nos quadros do Estado de Direito, subsequente e generalizada”.

¹⁶ ANDRADE, José C. Vieira de. Os Direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1998. p. 222.

¹⁷ ANDRADE, José C. Vieira de. Os Direitos. p. 216.

preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionalmente protegidos.

A busca por uma justificação lógica das restrições levou os doctinadores a formular duas teorias em torno das posições jurídicas definitivas ou *prima facie*. Para a Teoria Externa, o direito fundamental e sua limitação não estabelecem qualquer relação, razão pela qual, o esforço legislativo de conformação das iferenças decorrentes de conflitos entre direitos individuais e bens coletivos torna-se uma necessidade alheia ao ordenamento jurídico. Desta forma, os direitos fundamentais indicariam posições absolutas, já insuscetíveis de restrição.

Assim Robert Alexy chega a defender que: Si se parte exclusivamente de posiciones definitivas, se llega al resultado de que nunca pueden ser restringidas las posiciones iusfundamentales, pero sí los bienes iusfundamentales protegidos¹⁸. Por óbvio, é perceptível que a teoria externa coaduna-se com uma visão individualista do Estado e da Sociedade. Por outro lado, a Teoria Interna desconsidera a idéia de cisão entre o direito e suas restrições, concebendo esta relação em consonância com um conteúdo determinado. Com esta premissa a liberdade jurídica genérica, entendida a partir de princípios jusfundamentais, é que comporta limitações, ou seja, uma determinada posição jurídica *prima facie* apresenta, em si, restrições imanentes. Admite-se, então, restringir a liberdade abstrata, mas não posições definitivas, considerando o processo de ponderação dos princípios, a fim de impedir situações absolutas incompatíveis com as aspirações comunitárias. Tal preocupação é manifestada por Robert Alexy: Si se parte del modelo de principios, entonces se restringe no sólo un bien pro-tegido de las normas de derecho fundamental sino un derecho *prima facie* garantizado por normas iusfundamentales. Por lo tanto, en el modelo de los principios, el discurso de las restricciones de los derechos fundamentales es correcto¹⁹. Segundo a teoria interna, a restrição ocorre quando um direito fundamental ou uma posição jurídica *prima facie* têm vigência comum com uma não-liberdade ou um não-direito definitivos de igual conteúdo.

2.1. Tipos de restrições aos direitos fundamentais

Todo regime jurídico das limitações de liberdades individuais merece estar obrigatoriamente fundado na Constituição, pois este preceito se coaduna com os esforços de dotar os direitos do caráter de fundamentalidade, afastando a hipótese de regulamentação infra-constitucional²⁰. É por isto que J.J.Gomes Canotilho, para comprovar a validade de uma restrição, julga necessário

¹⁸ ALEXY, Robert. Teoría. p. 271

¹⁹ ALEXY, Robert. Teoría. p. 271

²⁰ Conforme alerta CANOTILHO. Direito. p. 607: *Transferindo a possibilidade de restrições para direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagradas sem qualquer reserva de restrição, correr-se-ia o risco de, a pretexto de se garantirem, os direitos dos outros, a exigências de ordem social ou de ordem ética, se colocar de novo os direitos, liberdade e garantias na disposição limitativa do legislador.*

determinar o âmbito de proteção do direito, averiguar a finalidade da lei, tipo e natureza da restrição e observar se há respeito aos limites impostos pela Constituição. A metodologia impõe as seguintes indagações: a) trata-se de efetiva restrição do âmbito de proteção (bens jurídicos protegidos e a extensão da proteção) de norma consagradora de direito fundamental ? b) a constituição autoriza a restrição ? c) a restrição tem como finalidade salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos? d) a lei restritiva cumpriu os requisitos prescritos expressamente pela constituição?²¹ A partir destas premissas iniciais é possível extrair dos estudos doutrinários três vertentes principais de limitações dos direitos fundamentais:

a) As restrições diretamente constitucionais impõem fronteiras às liberdades individuais formuladas expressa ou tacitamente na própria Constituição, convertendo um direito *prima facie* em um não-direito definitivo. Tais restrições assumem a posição de limites imanescentes pois são limites máximos de conteúdo que se podem equiparar aos limites de objecto, isto é, aos que resultam da especificidade do bem que cada direito fundamental visa proteger, ou melhor, da parcela da realidade incluída na respectiva hipótese normativa (a imprensa, o domicílio, a fé, a família, a propriedade, a profissão)²² Como exemplo, o direito de inviolabilidade de domicílio (artigo 5º, inciso XI da Constituição) foi restringindo para excetuar a hipótese do flagrante delito ou desastre;

b) As restrições indiretamente constitucionais ficam evidenciadas nas situações em que a possibilidade de condicionar o exercício pleno do direito está autorizada pela Constituição, por meio de cláusulas de reserva explícitas. Entretanto, importa dar atenção à delimitação dessas reservas, nos planos formal e material. No primeiro caso, a Constituição indica expressamente no art. 5º, II o veículo normativo essencial para se proceder a uma restrição indireta: a lei. Por esta razão é inadmissível conceber a redução de campo de abrangência de um direito fundamental que não tenha sido submetido ao exame dos representantes populares, observado o procedimento inerente ao ato. Os fundamentos da reserva material também são extraídos da Constituição: a limitação da posição jurídica *prima facie* deve preservar o conteúdo essencial como garantia absoluta, concebido no princípio da dignidade da pessoa humana.

c) As restrições implícitas não se manifestam expressamente no texto da Constituição, mas afetam as regras plenamente permissivas, com o fim de preservar outros direitos e bens igualmente protegidos. Desta forma, a livre manifestação das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, VI) submetidas a um exame superficial apresentam as feições de um direito absoluto. No entanto, apesar de não indicar nenhuma restrição explícita, a lei pode proibir ou restringir a divulgação de obras de valor artístico que expressem idéias contrárias à integridade territorial, com o escopo de estabelecer unidade

²¹ CANOTILHO. Direito. p. 602.

²² CANOTILHO. Direito. p. 602.

normativa com o preceito da indissolubilidade da federação, consagrado no art. 1º, caput da Constituição.

2.2. Limites das restrições aos direitos fundamentais

Na exposição anterior ficou claro que as regras de restrição de direitos fundamentais devem obrigatoriamente, observar limites formais e materiais de validade, sob pena de banimento do ordenamento jurídico. Conforme ficou assente, o obstáculo inicial às limitações dos direitos individuais fixados na Constituição é a exigência de ato legislativo, inteiramente vinculado. A questão torna-se espinhosa, entretanto, ante a possibilidade de delegação da competência legislativa. A Constituição, comungando plenamente dos ideais democráticos, fixou a impossibilidade do executivo de atuar como legislador nas matérias que versam sobre os direitos individuais, conforme teor do art. 68, § 1º, II. No entanto, Carlos R. de Siqueira Castro sustenta uma posição mais flexível para o repasse de competência, baseada na exigência de *standarts* legislativos: Uma vez que a lei formal de delegação especifique as fronteiras materiais e objetivas dentro das quais pode a autoridade delegada legislar, de maneira que não haja risco desmesurado de indevidas restrições da liberdade, tem-se por aceitável a delegação²³. A assertiva tem sua importância no âmbito dos atos administrativos, com o escopo de impedir a irrestrita sujeição do administrador aos ditames do poder legislativo.

A análise da questão amplia-se até controle judicial dos atos legislativo e administrativo, no tocante ao estabelecimento de normas limitadoras de posições jurídicas *prima facie*. Neste aspecto merece referência a exacerbada fixação do judiciário brasileiro na teoria dos três poderes, principalmente quanto a sua postura de mitigar a interferência no mérito das decisões de governo, que acaba por reduzir o exercício da jurisdição constitucional à verificação das formalidades e a competência da autoridade ou órgão que emitiu o ato. O controle judicial da materialidade das deliberações administrativas, principalmente aquelas que atingem a efetivação de direitos individuais à prestações do Estado, requer um aprimoramento nos tribunais, no tocante à observação da congruência entre meios e fins, conforme os valores e princípios constitucionais.

Acontece que a observância dos limites materiais das restrições depende de um juízo de ponderação, valendo-se o legislador, para emitir, do princípio da proporcionalidade, conforme assinala Robert Alexy: A través de esta vinculación entre competencia y ponderación se evita, por cierto, el resultado, incompatible con la sujeción del legislador a los derechos fundamentales, en todo caso más allá de la valla del contenido esencial, se encuentran a disposición del legislador y, por lo tanto, carecem de contenido²⁴. Destarte, as restrições devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou

²³ CANOTILHO. Direito. p. 602.

²⁴ ALEXY, Robert. Teoría. p. 283

interesses constitucionalmente protegidos. Aplica-se então a máxima da proporcionalidade ou a proibição do excesso. Isso significa que qualquer limitação feita por lei aos direitos fundamentais deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A inevitável similitude com a garantia do devido processo legal, herança do direito estadunidense, conforme Carlos R. de Siqueira Castro:

conjuga o princípio da isonomia ou da igualdade jurídica (...), associando-os num feixe de proteção contra as normas e toda sorte de decisões arbitrárias (“irrazoáveis” ou “irracionais”) do Póde Público. Impede, em suma, que as discriminações legislativas e os atos decisórios dos agentes estatais sejam fonte de injustiças e de perplexidades atentatórias ao paradigma de coerência exigido na deliberações do Estado e de seus delegados, aprumando-os ao padrão aceitável de moralidade, de eficiência e racionalidade²⁵

A incidência do princípio da proporcionalidade, tanto no procedimento prévio de edições de normas restritivas como em sede do controle de constitucionalidade, visa compatibilizar o ato legal examinado com a vontade política da nação, mantendo intangível o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Este núcleo é definido a partir de duas abordagens indicadas por José C. Vieira de Andrade:

a) Teoria absoluta ou subjetiva – o conteúdo essencial consistiria num núcleo fundamental, determinado em abstrato, próprio de cada direito e que seria, por isso, intocável. Referir-se-ia a um espaço de maior intensidade valorativa – o coração do direito – que não poderia ser afetado sob pena de o direito deixar de realmente existir.

b) Teoria relativa ou objetiva – reconduzem o conteúdo essencial aos princípios da exigibilidade e da proporcionalidade: a restrição só é legítima quando fosse exigida para realização de bens jurídicos que devessem ser considerados como mais valiosos e só na medida em que essa exigência se imponha ao direito fundamental. Trata-se da necessidade de harmonizar bens jurídicos, para levar a cabo com critérios de concordância prática. um direito fundamental ;e composto de elementos mínimos que o fazem reconhecível, impedindo a extinção do direito ou a sua transformação em outra coisa;²⁶

A partir das posições apresentadas pelas teorias consideradas não excludentes entre si, é possível definir a redoma de proteção do direito individual, a partir do momento em que um determinado ato normativo venha a restringi-lo a ponto de impedir a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição, conforme teor do art. 1º, III. Sob esse aspecto, convém examinar a constitucionalidade das sucessivas leis que fixam o salário mínimo que limitam o pleno exercício das necessidades vitais básicas traçadas no art. 7º, IV da Constituição, bem como a atuação dos poderes públicos para dar eficácia a esse direito fundamental de conteúdo econômico.

²⁵ CASTRO. O Devido. p. 159

²⁶ ANDRADE. Os Direitos. p. 234

Além dos limites já apontados, as leis restritivas assumem o caráter de generalidade e abstração, ou seja, não se admite que sejam específicas, bem como gerais e concretas. Assim, estão impedidos atos normativos que condicionem o exercício de direitos à pessoas determinadas ou determináveis. Da mesma forma, as leis limitadoras de liberdades individuais que atingem atos determinados ou determináveis não podem ser aplicadas retroativamente, pois, assim, perderiam as qualidades de generalidade e abstração.

3. A jurisprudência do supremo tribunal federal

O judiciário brasileiro ainda manifesta um grande apego ao dogma da separação dos poderes e, marcado pela interpretação positivista, tem mitigado o campo de atuação do princípio da proporcionalidade. No plano das decisões judiciais, o controle dos atos administrativo e legislativo, na maioria dos casos, focaliza apenas os aspectos formais e procedimentais, obstando o exame do mérito à manutenção da harmonia dos poderes. Essa tendência tem se manifestado, por exemplo, na decisão proferida em 13 de novembro de 1970:

Harmonia dos Poderes. Art. 6º da Emenda Constitucional nº 1. A decisão recorrida invadiu área de estrita competência da Administração Pública ao mandar reabrir e equipar uma enfermaria de hospital fechada por conveniência do serviço público. Inadmissibilidade da apreciação do mérito de tal providência pelo Poder Judiciário. Recurso conhecido e provido²⁷.

Na esfera dos direitos fundamentais, essa postura indica nitidamente a maneira de eximir o judiciário da responsabilidade de implementar e dar eficácia ao catálogo de garantias do indivíduo. No caso supra mencionado, o STF, ao examinar o pleito a favor do direito fundamental à saúde, preferiu considerar que a obrigação de conferir-lhe efetividade cabe somente ao Poder Executivo, que pode arbitrar a conveniência dos atos administrativos específicos, com respaldo na reconhecida atuação discricionária e autônoma.

A insensibilidade quanto às inovações hermenêuticas trazidas pela experiência de tribunais de outros países reduz o universo de alternativas para o estudo da jurisprudência a casos pouco frequentes, considerando o caráter vinculativo das decisões do STF e os pequenos esforços dos operadores jurídicos em modificar os dogmas consagrados na cultura e na prática forenses. Por outro lado, o uso do princípio da proporcionalidade no exame das normas de restrição de direitos fundamentais, por meio da intervenção do judiciário, pode afinar a atividade do Estado com o sistema de garantias. Isso se expressa na hipótese das taxas judiciárias excessivas - que restringem o direito de petição - e na interpretação dos limites imanentes ao uso da propriedade.

O direito à livre manifestação de pensamento, contemplado no catálogo escrito de garantias do indivíduo na Constituição (art. 5º, IV) foi interpreta-

²⁷ *apud* BARROSO, Luiz Roberto. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, 1999. p. 10

do pelo STF, chamado a pronunciar-se diante de um caso concreto. Interessante observar que, a despeito da evidente restrição diretamente referida no texto constitucional vedando o anonimato, o Supremo valeu-se de um juízo de razoabilidade para fixar-lhe limites implícitos. Este é o sentido do aresto, conforme apreende-se da ementa:

Obscenidade e pornografia. O direito constitucional de livre manifestação do pensamento não exclui a punição penal, nem a repressão administrativa de material impresso, fotografado, irradiado ou divulgado por qualquer meio, para divulgação pornográfica ou obscena, nos termos e forma da lei. A falta de conceito legal do que é pornográfico, obsceno ou contrário aos bons costumes, a autoridade deverá guiar-se pela consciência de homem médio de seu tempo, perscrutando os propósitos dos autores do material suspeito, notadamente a ausência, neles, de qualquer valor literário, artístico, educacional ou científico que o redima de seus aspectos mais crus e chocantes. A apreensão de periódicos obscenos cometida ao Juiz de Menores pela Lei de Imprensa visa à proteção de crianças e adolescentes contra o que é impróprio à sua formação moral e psicológica, o que não importa em vedação absoluta do acesso de adultos que os queiram ler. Nesse sentido, o Juiz poderá adotar medidas razoáveis que impeçam a venda aos menores até o limite de idade que julgar conveniente, desses materiais, ou a consulta dos mesmos por parte deles²⁸.

Em outro julgamento, ao enfrentar a controvérsia sobre o âmbito da aplicabilidade do art. 37, VII da Constituição, que estabelece nítida reserva de lei restritiva do direito fundamental à greve pelos servidores públicos civis, o STF navegou contra a corrente, olvidando que aqueles limites indicados na norma também comportam limites. No exame da estrutura do direito em questão há *prima facie* a liberdade de fazer greve, indicando que a atividade legislativa está destituída de ampla discricionariedade, subsumida a meios e fins previamente estabelecidos. Essa reserva legal qualificada não se limita a reclamar que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados²⁹. No entanto, com arrimo na mora legislativa e a despeito da eficácia limitada da norma em comento, o STF deixou de respeitar o núcleo essencial do bem jurídico protegido, conferindo ao direito de greve dos servidores públicos civis um conteúdo meramente programático:

MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO – PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL – IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia

²⁸ RMS nº 18.534, Ac. 2ª Turma, Rel.: Min. Aliomar Baleeiro, DJ, 01.10.1968

²⁹ BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 162)

meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei - complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de Direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina.³⁰

Apesar de o art. 37, VII da Constituição ter uma intensidade normativa reduzida em virtude da exigência de lei complementar, tal condição não lhe confere o caráter de norma destituída de aplicabilidade, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal. A incoerência do ato jurisdicional é evidente, pois compreende-se que a intervenção legislativa concretizadora não poderá ser destituída de razoabilidade ou racionalidade a ponto de suprimir o direito individual escrito. Por esta razão, na ausência da norma infraconstitucional reclamada é que José C. Vieira de Andrade sustenta:

Neste caso, o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, permitindo-se a sua 'perfeição', isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa.³¹

A decisão do STF revela-se, então, fora dos parâmetros da proporcionalidade, pois a atividade jurisdicional, com o propósito de interpretar a Constituição, acabou por suprimir completamente a eficácia da garantia nela estabelecida. Mas, examinado sob o prisma da necessidade de preservação dos direitos fundamentais, o polêmico aresto superou o próprio limite de compreensão do conteúdo da restrição estabelecida. A redução do campo de atuação da posição jurídica jusfundamental mediatamente constitucional, ante a exigência de regulação por meio de lei complementar, deve atender o ideal de maximização das garantias individuais e coletivas. Requer-se, portanto, uma

³⁰ ANDRADE. Os Direitos. p. 256-257

³¹ ANDRADE. Os Direitos. p. 256-257

interpretação objetiva impedindo que la vigencia de una disposición iusfundamental sea reducida de forma tal que pierda toda importancia para todos los individuos o para la mayor parte de ellos o, en general, para la vida social, como pretendia Friedrich Klein.³²

No último precedente a ser citado, o STF tem recorrido ao princípio da proporcionalidade para o exame das normas estaduais que fixam o valor das taxas e custas judiciais. Assim, o poder do Estado de estabelecer o montante da remuneração do serviço judiciário não permite reduzir o direito fundamental de acesso à jurisdição. Por esse motivo, tem considerado inconstitucional toda medida legislativa empenhada em cobrar a taxa judiciária ou custas em valores excessivos, por afetar a garantia do no art. 5º, XXXV da Constituição. Eis a posição sedimentada no Supremo:

DIREITO CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ARTS. 5º, INCISO XXXIV, ALÍNEA “A” E INCISO XXXV, E 24, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). TAXA JUDICIÁRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA E MULTA (ARTS. 5º E 14 DA LEI Nº 5.242, DE 24.01.1990, E LEI Nº 6.227, DE 21.03.1996, DO ESTADO DA PARAÍBA). CABIMENTO. MEDIDA CAUTELAR.

1. Não procede a preliminar suscitada nas informações da Assembleia Legislativa, no sentido do descabimento da Ação, sob a alegação de que a Taxa Judiciária em questão foi instituída por legislação anterior à Constituição Federal de 05.10.1988. É que, na inicial, só se impugna legislação posterior a essa data, ou seja, os artigos 5º e 14 da Lei nº 5.242, de 24.01.1990, e a íntegra da Lei nº 6.227, de 21.03.1996. E essa legislação pode, em tese, ser acoimada de violadora da Constituição vigente, mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante esta Corte, em face do que dispõe o art. 102, I, “a”, da mesma Lei Maior. 2. Rejeita-se, pois, a preliminar. 3. Quanto à medida cautelar, verifica-se, sobretudo em face dos precedentes do Plenário, aqui referidos, que está satisfeito o requisito da plausibilidade jurídica da Ação (“fumus boni iuris”), no ponto em que impugna os arts. 5º e 14 da Lei nº 5.242, de 24.01.1990, e parte da Lei nº 6.227, de 21.03.1996, mais precisamente seu art. 2º, pois tais dispositivos, possibilitando a exigência de taxa judiciária ilimitada (incidente sobre o valor da causa ou da condenação), pode inviabilizar, em certos casos, o próprio acesso ao Poder Judiciário, o que não é permitido pela Constituição (art. 5º, inc. XXXV). 4. Atendido, igualmente, nesses pontos, o requisito do “periculum in mora” ou da alta conveniência para a ordem jurídica e para a administração judiciária, como dever do Estado, já que, no curso do presente processo, tal obstáculo poderá ocorrer. 5. A.D.I. conhecida. 6. Medida cautelar deferida para se suspender, com eficácia “ex nunc”, a vigência dos artigos 5º e 14 da Lei nº 5.242, de 24.01.1990, e do art. 2º da Lei nº 6.227, de 21.03.1996, ambas do Estado da Paraíba.

A análise da jurisprudência demonstra que o STF oferece resistências ao exercício do controle judicial do mérito dos atos do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, que teve seus primeiros contornos na jurisprudência estadunidense no final do século passado, com forma de combater o intervencionismo estatal na atividade econômica, rendendo-se ao dogma liberal do

³² *apud* ALEX Y. Teoría. p. 287

laissez-faire, ganhou importância quando aplicado aos direitos fundamentais no pós-guerra, principalmente na proteção de grupos sociais marginalizados. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, investido dos poderes da jurisdição constitucional, até agora deu tímidos passos na tentativa de se firmar no exercício criativo de uma jurisprudência concretizadora da Constituição. A crítica é dirigida a todos os momentos do Tribunal, mas assume especial relevância nos dias atuais em que toda a atividade legislativa tem sido orientada à reestruturação do Estado enquanto as ações governamentais passam ao largo do interesse pelas políticas públicas voltadas a conferir materialidade aos direitos insculpidos na Constituição.

4. Considerações finais

Este trabalho procurou demonstrar que o processo de afirmação do indivíduo na sociedade foi acompanhado de intensas disputas políticas centradas no combate ao exercício abusivo do poder pelo Estado. A positivação das declarações de direitos do homem no âmbito dos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais resultou das revoluções liberais. Elas propunham colocar o individualismo (principalmente econômico) no centro da ordem social. Desde então, o constitucionalismo opera como um importante arcabouço para a organização social e política da sociedade, vinculando a eficácia material da Constituição à concretização dos direitos fundamentais.

A Constituição formada pela vontade popular reúne princípios e valores, gestados no interior da sociedade, eleitos por sua relevância, para compor a base do ordenamento jurídico. É a partir desta concepção que se constrói a idéia de sistema aberto dos direitos fundamentais, adotando um critério de interpretação apartado das concepções jusnaturalistas e do positivismo jurídico, mas preocupado com a otimização dos conteúdos normativos. Embora esta posição não signifique a defesa da teoria sistêmica e suas tendências autopoieticas, permite a compreensão de que o Estado avança com o indivíduo na assimilação de novos direitos de liberdade.

A doutrina dos direitos fundamentais aboliu a possibilidade de supremacia absoluta do catálogo de liberdades, por conta da inevitável colisão de interesses particulares (direitos subjetivos), além da necessidade de preservação de valores jurídicos comunitários que em condições muito peculiares se sobrepõem e limitam o livre agir individual. Assim, as restrições aos direitos fundamentais são admitidas desde que encontrem justificativas, explícita ou implicitamente, na Constituição. Devem ainda ser limitadas na justa medida para salvaguardar outros direitos constitucionalmente protegidos, razão pela qual a doutrina admite somente três tipos de restrições: as expressas (imediatamente admitidas no texto constitucional) ; da reserva de lei (mediatamente estabelecidas, dependendo sua implementação do legislador infraconstitucional); dos limites implícitos que, mesmo não previstos expressamente, resultem da

colisão de valores, em que se busca preservar bens e direitos constitucionalmente protegidos.

O processo de ponderação e concordância prática entre os inúmeros direitos protegidos ao nível constitucional sugere o emprego do princípio da proporcionalidade, quando se examina as leis restritivas. Sob o enunciado de que qualquer limitação feita com suporte na lei ou pela própria intervenção legislativa, deve ser adequada, necessária e proporcional, evitando que tais direitos fundamentais fiquem ao alvitre das imperfeições da atividade do representante ou mesmo à mercê do abuso de poder do administrador. O princípio da proporcionalidade, em sua dimensão hermenêutica, torna capaz de identificar as leis restritivas que, exacerbando os limites de atuação, vêm diminuir a extensão e o alcance no núcleo essencial dos direitos fundamentais. A concretização de princípios e valores sociais ancorados na Constituição vem respaldada na experiência do judiciário estadunidense com a aplicação da cláusula do substantive due process of law, estabelecendo um standart de justiça.

No exercício da jurisdição constitucional, o exame da razoabilidade e racionalidade das leis, torna-se postulado genérico de controle das restrições aos direitos fundamentais, bem como um meio de efetivação dos limites da soberania estatal necessária à segurança da organização democrática. A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem demonstrado, entretanto, a incipiente utilização do princípio da proporcionalidade, postura justificada pelo apego à concepção tradicional de separação de poderes, associada ao superado critério positivista de interpretação da Constituição. Por um lado isso leva à incompreensão e recusa do catálogo aberto dos direitos fundamentais, restringindo suas interpretações, que se exaurem nos limites do texto constitucional. De outro, o entendimento de que no exercício da competência e na atuação de cada poder do Estado estes não se comunicam entre si, o que resulta na desoneração do Judiciário com o compromisso de concretizar os direitos fundamentais, deixando a tarefa afeita apenas aos poderes Legislativo e Executivo.

A evolução do Estado moderno tem apoiado a pretensão de conciliação entre grupos e classes sociais conflitantes no mito da segurança jurídica. Uma contradição insolúvel, resultante das relações de poder geradas no sistema econômico, procura ser apaziguada pelo Estado que lança mão do paliativo da retórica da previsibilidade de sua atuação, e da garantia de defesa das liberdades negativas do indivíduo. Entretanto, a segurança jurídica ainda não alcançou o nível da sociedade que está longe de realizar as aspirações contratualistas, ficando a harmonia a depender da vigilância e violência do aparato estatal.

Paradoxalmente, a democracia brasileira, moldada pela Constituição que consagra a vocação para o Estado democrático de direito, tem atuado na contra-mão do processo de avanço social e evolução dos direitos individuais, exacerbando no plano fático das restrições aos direitos fundamentais. As atividades do Legislativo impulsionadas pelo Executivo, sempre referendadas pelo Judiciário, estão dirigidas para a reforma do Estado, notadamente uma modernização conservadora, que vem restaurar alguns dogmas do liberalismo clássico

diante de uma sociedade cada vez mais postulante e reivindicadora da intervenção estatal. O desmantelamento das esferas de proteção do indivíduo contra os poderes, seja aquele gerado no Estado, ou aqueles formados no interior da sociedade, já é percebido mais agudamente no processo de concretização dos direitos de segunda dimensão.

O *due process of law* herdado da tradição constitucional estadunidense, se apropriado em sua integralidade pelo judiciário brasileiro, pode conter o avanço das ações normativas e políticas destinadas a preservar a desigualdade econômica, favorecida pelo não intervencionismo estatal. O juízo de ponderação exigido pelo princípio da proporcionalidade envolve, de um lado, o interesse da sociedade civil, e de outro, poderosos grupos econômicos.

Referências bibliográficas

1. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Gárzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993;
2. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1998;
3. BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996;
4. BARROSO, Luiz Roberto. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, 1999.
5. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 8. edição - revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999;
6. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5. edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1991;
7. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O Devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989;
8. DORIA, Antônio Roberto Sampaio. Direito constitucional tributário e “*due process of law*”. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
9. FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos: a Honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996;
10. HAYEK, Friedrich. O Caminho da servidão. Trad. Leonel Vallandro. 2. Edição, Porto Alegre: Globo, 1977;
11. SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Celso Bastos, 1999;
12. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999;
13. STUMM, Raquel Denize. Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995;

14. VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça. São Paulo: Malheiros, 1999;
15. WEBER, MAX. Economia y sociedad. 2. ed., 12. reimpressão. Trad. José Medina Echavarría et all. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

NO QUE AINDA SOMOS CRENTES”¹: UMA LECTURA SOBRE
METAFÍSICA, NILISMO E DIREITO A PARTIR DE NIETZSCHE.

ANGELA COUTO MACHADO FONSECA *

“Minha tarefa: toda beleza e sublimidade que emprestamos às coisas e às imaginações, reivindicá-las como propriedade e produto do homem e como seu mais belo ornamento, sua mais bela apologia. O homem enquanto poeta, pensador, Deus, potência, compaixão. Ó, acima de sua régia munificência com a qual ele enriquece as coisas, para tanto se empobrecer e sentir-se miserável!”

Nietzsche (IX, 12 [34])

“Isso de querer
ser exatamente aquilo
que a gente é
ainda vai
nos levar além.”

Paulo Leminski.

Resumen: El presente artículo toma como hilo conductor la crítica nietzscheana de la metafísica y su temática del nihilismo. Pretende subrayar que en la modernidad los ideales metafísicos no dejan de ser perseguidos, no obstante su crisis y que ese ejercicio de manutención resulta de una perspectiva nihilista. A partir de esto se trata de analizar el jusnaturalismo y el positivismo jurídico como inmersos en el interior de los mecanismos de esta problemática nihilista moderna.

Resumo: O presente artigo toma como fio condutor a crítica nietzscheana da metafísica e sua temática do niilismo. Pretende-se sublinhar que na modernidade os ideais metafísicos não deixam de ser perseguidos, não obstante sua crise e que esse exercício de manutenção resulta de uma perspectiva niilista. A partir daí, trata-se de analisar o jusnaturalismo e o positivismo jurídico como inseridos no interior dos mecanismos desta problemática metafísica-niilista moderna.

Abstract: The present article takes like wire the Nietzsche’s critic from metaphysics and its thematic one from the nihilism. It tries to emphasize that in modernity the metaphysical ideals do not let be persecuted, nevertheless his crisis and that practice of manutention is from a nihilistic perspective. From this one is to analyze the jusnaturalismo and the legal positivism like immersed inside the mechanisms of this nihilistic modern problem.

1. Delineando uma relação controversa.

Num primeiro momento a empresa de fazer dialogar Nietzsche e o direito parece monstruosa. Como tratar legitimamente o direito sob o olhar do iconoclasta e de seu filosofar a golpes de martelo? Não raramente Nietzsche é reconhecido

* Bacharel em direito (UFPR) e em filosofia (UFPR); mestre em Filosofia Moderna e Contemporânea (UFPR), pós-graduada em “Epistemologia moderna e contemporânea” pela Università degli Studi di Firenze, Itália.

¹ Título do aforismo 344 de “A Gaia Ciência” de Nietzsche. As citações das obras de Nietzsche, por nós aqui traduzidas, salvo indicação contrária, referem-se à edição NIETZSCHE, F. *Opere*. Vol. I, 1870/1881 e vol. II, 1882/1895, Roma: Newton Compton Editori, 1993.

na rubrica dos irracionais e anarquistas², bem como seu pensamento é tido por um exercício crítico às construções de uma vida social e conseqüentemente do direito.

Alguns dos temas nucleares do pensamento nietzscheano (como Vontade de Potência, Além-do-homem e Transvaloração dos valores, por exemplo) serviram (e ainda servem) para o desenvolvimento de leituras que, na intenção de proteger os mecanismos científicos e a razão³, acabaram por reduzir a complexidade e a originalidade do pensamento deste autor, na medida em que o enquadraram como reacionário, relativista extremado e até mesmo nocivo.

Diante de tais constatações⁴, existem ao menos duas considerações que não podemos nos furtar de enfrentar - antes que decidamos abandonar a aventura de transitar pelo terreno do filósofo alemão. A primeira consideração, que se faz desvinculada das particularidades e até mesmo do conteúdo e contexto da filosofia nietzscheana, pretende sublinhar que, uma honesta e comprometida reflexão acerca da produção filosófica moderna e contemporânea não escapa, em larga medida, do debate com Nietzsche⁵ (seja para com ele fazer coro ou dissonar). A segunda, de modo diverso à anterior, não leva em consideração somente o impacto de sua obra como percebe na sua clivagem o desenvolvimento de questões que autorizam um diálogo com o direito. Podemos lembrar, a título ilustrativo, que Nietzsche mergulha a fundo em sua suspeita frente à noção de sujeito, questiona os valores morais e os constructos teóricos humanos, bem como repensa a noção de liberdade e verdade.

Feitas tais considerações, é de se supor que Nietzsche não seja um autor que deva andar a margem da reflexão jurídica. Para tanto, algumas precauções e despojamentos de pré-conceitos são necessários no enfrentamento de sua leitura (em especial em face desse cruzamento arriscado).

Michel Haar anunciou há pelo menos uma década atrás que o século de comentários e estudos que se seguiu à formulação do pensamento de Nietzsche, se não serviu para devastar todos seus confins e estabilizar uma máxima compreensão de seus preceitos, ao menos serviu para que não o traíamos tanto quando abandonados nas trilhas de seus mosaicos e cessemos de “diabolizá-lo”⁶.

² Tal caracterização encontra-se expressa na visão de FASSÒ, Guido. *Storia della filosofia del diritto*. III. Ottocento e Novecento, 5ª ed. Roma-Bari: Editori Laterza, 2003, pgs. 138-152.

³ Noções estas que foram alvo de constantes e variados ataques pelo autor.

⁴ Constatações que, no mais das vezes, portam um olhar apressado e preconceituoso sobre obra tão complexa e fugidia de classificações tão radicais. Mas, não faremos aqui, a “defesa” de Nietzsche. Procuraremos, como propõe Gerard Lebrun, pensar junto com o filósofo algumas questões a partir de seu pensamento.

⁵ Inúmeros são os exemplos da importância de Nietzsche no debate filosófico contemporâneo. A começar podemos dizer que praticamente todos os filósofos pós-nietzscheanos de maior peso discutem sua obra (Heidegger, Löwith, Deleuze, Derrida, Klossowski, Foucault, Habermas, etc.).

⁶ “*On ne confond plus le theme métaphysique de Volonté de Puissance avec la vulgaire avidité pour le pouvoir, ou le désir de dominer les autres. On comprend davantage que Nietzsche ait assumé et porté en lui-même le nihilisme, mais pour mieux l’analyser, le combattre, trouver comment le surmonter. On comprend mieux que sa pensée soit une prodigieuse expérimentation, et en ait les aléas.*”

É certo que tal postura, que se priva da intenção de encontrar o Nietzsche “destrutor” (no sentido pejorativo do termo), deve aliar-se a duas recomendações por ele mesmo deixadas. No prólogo de *Ecce Homo* Nietzsche coloca que seu modo de fazer filosofia se dá pelo questionar justamente o que não é objeto de análise de ninguém: fazer filosofia depende da capacidade de suportar o ar gélido das alturas a que ninguém chegou, de modo que somente pode acompanhá-lo quem possuir tal resistência. E, na *Genealogia da Moral*, como crítica às conclusões rápidas e induzidas dos filósofos, menciona que o labor intelectual deve ser consistente e levado ao limite, sem medo do lugar aonde nos porte: “se vocês gostarão desses nossos frutos? Mas que importa isso às árvores! Que importa isso a nós, filósofos!...”⁷

Configurado o preâmbulo introdutório, especificamos que o objetivo da presente leitura acompanha um dos movimentos da crítica à metafísica nietzscheana, qual seja, seu desdobramento na análise do niilismo, com o propósito de problematizar as interpretações jurídicas clássicas (jusnaturalismo e positivismo jurídico), como inseridas na problemática da metafísica e na atuação de um niilismo incompleto⁸.

Na intenção de tornar mais didáticas as mediações que serão formuladas, optamos por primeiro expor os traços da crítica à metafísica em seu recorte e tematização do niilismo, para, somente depois, elaborar os pontos de interseção mencionados.

2. Crítica à Metafísica.

Compreender o tratamento dispensado por Nietzsche à metafísica e, sobretudo, a crítica a ela dirigida, exige o grandioso esforço de acompanhar o autor pelas tantas perspectivas variadas de onde são lançados os seus ataques e não perder de vista seus sutis desdobramentos. Trata-se, podemos dizer, da grande empresa de perpassar a trajetória do pensamento nietzscheano em suas variadas modelações. As preocupações deste autor voltadas à linguagem, à subjetividade, à moral, à fisio-psicologia, ao perspectivismo, ao niilismo, etc., estão relacionadas ao colocar à luz as implicações (os motivos escondidos, as forças subjacentes) da interpretação metafísica.

On admet que son ‘immoralisme’ ne tend pas à ruiner la possibilité d’une éthique, mais vise à refuter les préjugés dualistes d’une moralité réactive et decadente. On accepte que sa critique de l’humanisme’ ne vise pas à instaurer l’inhumanité et la barbarie, mais à dépasser l’anthropocentrisme ou la complaisance de l’homme envers sa propre banalisation ou sa propre idolâtrie.” HAAR, Michel. *Nietzsche et la Métaphysique*. Paris: Gallimard, 1993, pg. 18.

⁷ NIETZSCHE, F. *Genealogia da Moral*: uma polémica. Tradução, notas e posfácio Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 1998, pg. 8.

⁸ As diferentes formas de niilismo pontuadas por Nietzsche serão trabalhadas adiante. Mas devemos lembrar que a noção de niilismo não é invenção nietzscheana (não obstante ele lhe dê um tratamento particular). Jacobi na filosofia; Turgenev e Dostoiévski, na literatura russa; Baudelaire e Flaubert, na literatura francesa, já tematizavam a profunda fadiga de viver onde todo esforço parece vão.

A complexidade da temática deixa desde já muito evidente a impossibilidade de seu esgotamento e, até mesmo de seu mapeamento, sem a operação de reducionismos. De modo que, aquilo que nos é possível numa breve análise, restringe-se à assinalação daquilo que mais obviamente constitui para Nietzsche a metafísica e qual seu problema mais imediato.

Em poucas palavras poderíamos dizer que Nietzsche entende a metafísica como a crença num outro mundo, considerado verdadeiro em si mesmo. A isso podemos somar sua menção clássica de que esta crença está vinculada à separação platônica do ‘mundo das aparências’ (sensível) e do ‘mundo verdadeiro’ (inteligível).⁹

O termo ‘crença’ não é despropositado, ele indica a consideração nietzscheana de que a divisão metafísica, consumada pela projeção do inteligível, é produção mítica humana, a que os homens rendem confiança (crença) irrestrita.

A este ponto, a possibilidade de compreender a crítica à metafísica (compreender a crítica a essa construção fictícia particular) desenvolvida por Nietzsche, está ligada à pergunta: como tal crença se constituiu, a partir de quais instintos ou motivos? Questão esta relacionada à outra ainda mais radical: por quê o homem estrutura a realidade e projeta sua imagem acerca de si mesmo da maneira como faz?

Já em o “Nascimento da Tragédia” e em outros escritos juvenis de Nietzsche, como “A Filosofia na Época Trágica dos Gregos” e “Verdade e Mentira no Sentido Extra-moral”, por exemplo, está sob exame a necessidade vital ao homem das produções míticas e o papel particular que assume o mito a partir do pensamento socrático-platônico.

O autor coloca em cena a relação finito e infinito, ou seja, o papel que a esfera numinosa representa para a vida humana. Trata-se de interpretação mítica associada à necessidade de produção pelo homem de confortos e estimulantes como forma de lhe fornecer satisfação e segurança. Isso porque o existir humano é perpassado pelo medo e a instabilidade de um devir caótico, desmesurado, sem qualquer ponto de fixação ou alívio; motivo pelo qual há a necessidade de justificação da existência que se equilibra no sem sentido da realidade circundante.

Para Nietzsche o pensamento socrático-platônico é paradigmático porque até então, entre os gregos trágicos, a esfera numinosa das divindades olím-

⁹ Ainda que Nietzsche parta de uma consideração “fácil” de metafísica (que é inclusive uma das críticas que Heidegger lhe dirige), ele a analisará por meio da genealogia, formulando toda uma nova forma de consideração da aparência sensível. Com isso não tratará unicamente de reverter o platonismo, de fazer notar o contrário de um tipo de filosofia classicamente exercida (que é o ponto privilegiado na interpretação de Heidegger), mas, para muito além disso, tratará de estender a reta que separam estes dois pólos, não deixando perder de vista as tantas perspectivas elementares de vida (desprovidas de fins transcendentais) encobertas pela sobreposição destes contrários. Segundo Michel Haar (*op. cit.*, pgs. 7-13), o tratamento nietzscheano da aparência (termo que não comporta a significação metafísica tradicional) e a exaltação de seus reflexos múltiplos, rendem impossível a restauração de uma metafísica – de sua absolutização.

picas era interpretação mítica que servia como obstáculo ao pessimismo e reforço do prazer à vida, sem qualquer pretensão de ser medida de verdade¹⁰. Mas, com Sócrates e Platão, a ficção do numinoso é remodelada em sua significação e eleva-se a fundamento da realidade.

Sócrates esquadrinha o otimismo (teórico) que prevê a possibilidade da natureza ser sondada e conhecida em seu íntimo. O saber, neste caso, conduziria para fora da ficção e permitiria a entrada para o mundo do Ser (que abre ao homem a possibilidade não somente de conhecer o mundo como também de melhorar a si mesmo). Com a filosofia platônica se sedimenta o máximo valor do conhecimento do Ser. A distinção entre sensível e inteligível (fórmula máxima da metafísica), não somente deslegitima as anteriores vias de relação com o infinito por meio do mito, mas também estabelece que o que há de imutável por trás do vir-a-ser só é alcançável teórica e cientificamente. A um só golpe o mundo sensível é deslegitimado em prol da sustentação de que é o inteligível que comporta a unidade, constância, Verdade, Bem e Espírito puro.

Nietzsche aponta que, por meio destas filosofias, a crença num outro mundo é possível na medida em que atende de forma eficaz a necessidade básica de fornecimento de segurança ao delinearem um fundo imutável e Verdadeiro em si mesmo. Para além disso, tal interpretação se estabiliza na medida mesma em que afasta seu reconhecimento enquanto produção mítica por força do argumento teórico-científico – não se pretende *doxa* e sim *epistémé*.¹¹

O grande problema da metafísica, que mereceu de Nietzsche uma constante empreitada de ataque, está naquilo que sua formulação implica. A partir do arquitetar criativo da estrutura básica da metafísica, desenvolve-se uma irrestrita confiança no plano “transcendente”, bem como uma supervalorização de suas categorias¹². Como via de consequência, a própria relação finito e infinito se altera. O homem se rende àquela esfera que lhe ultrapassa, onde o infinito assume força legislativa e modificativa sobre o finito, de modo que o mundo e a vida passam a ser valorizados a partir de um referencial extrínseco.

Mais do que a mera separação teórica entre mundo sensível e inteligível, o defeito desta interpretação está na diferenciação valorativa que a divisão comporta. A atribuição de valor exacerbado ao inteligível retira do mundo empírico qualquer valor próprio que não esteja em referência àquilo que é idealizado pela transcendência.

¹⁰ Isso porque entre os gregos trágicos a variedade dos deuses olímpicos, de seus comportamentos e de suas características, representava o próprio vir-a-ser em suas manifestações (as contradições equalizavam a harmonia: o equilíbrio é um fazer-se incessante).

¹¹ O delineado nestes poucos parágrafos permanece apenas na superfície da investigação nietzscheana. A resposta mais articulada dos instintos ou motivos que contribuem para a formação da crença metafísica é longamente desenvolvida em diversas especulações do autor – tais como as da fisiopsicologia, as da ‘pequena razão’ e ‘grande razão’, por exemplo. O que nos basta compreender por ora é que a interpretação metafísica para Nietzsche não ultrapassa o relevo de interpretação que atende às necessidades básicas de segurança e estabilidade. E, na medida em que a interpretação metafísica se eleva acima do estatuto de perspectiva criada e se pretende explicação efetiva e regulação do real, acaba por assinalar seu aspecto fictício.

¹² As já mencionadas: unidade, Verdade, identidade, estabilidade, etc.

No intuito de sanar a indisposição do homem frente ao mundo plúrimo e inconstante, assim como o desconforto de sua finitude - que se apresenta sem sentido dentro da natureza¹³ -, projeta-se um outro mundo: aquele transcendente possuidor do sentido absoluto e da unidade de todas as coisas que se apresentam ‘esparsamente individualizadas’ na realidade sensível. Com a metafísica o homem desenha para si uma realidade plena de sentidos. O vir-a-ser é subjugado e negado. É por meio de um exercício maniqueísta, de desvalorização da realidade circundante, que o transcendente afirma seu valor.

Para além disso, Nietzsche questiona a complicadíssima situação que o homem cria para si mesmo. O valor da existência é amarrado à sua inserção numa realidade que tenha um sentido último, o que significa dizer que, numa realidade sem finalidade, o homem não faria qualquer diferença. A criação humana ganha proporções desmedidas e acaba por aprisionar o próprio homem em suas teias. O homem é minimizado no interior da importância de sua obra e abre espaço para a sua banalização fora dos limites da mesma (que é o que ocorre no niilismo como veremos).

Para Nietzsche esse mecanismo é sintoma de fraqueza e doença. O homem lança para o ‘fora’ tudo aquilo que nem ele e nem o mundo no qual se insere são – nem sequer podem ser. Pior do que isso, os valores que o homem aprecia são justamente aqueles que não se encontram no devir. O conforto metafísico configura paliativo para suportar a vida e leva o homem a virar-se de costas para seu mundo: “...como que pendente em sonhos sobre o dorso de um tigre...”¹⁴.

Nietzsche tratará de observar como o horizonte metafísico torna-se um dos mais relevantes eixos da filosofia (se é que não se pode dizer o mais relevante), apropriado pela leitura cristã e pólo de uma das maiores problemáticas do pensamento moderno. Atualmente ainda muito se discute sobre os limites da metafísica, as possibilidades do pensamento para além dela e as condições para seu ultrapassamento. Na modernidade alguns aspectos da concepção metafísica tradicional residem em obstáculo ao pleno desenvolvimento das capacidades do sujeito, ao mesmo passo que as garantias e finalidades metafísicas permanecem a ser aquelas desejadas pela filosofia.

O desenvolvimento do sujeito moderno, autônomo, racional e ativo precisa encontrar caminhos diversos para o acesso do saber. Mas aquilo mesmo que o saber veicula não pode ser alterado. Essa contradição será mais atentamente definida no próximo item do niilismo. Por ora procuremos entender que as tantas teorias modernas, mais ligadas ou menos ligadas de modo expresso à metafísica, não se desprendem do constante debate com esta mesma.

¹³ O tema da falta de sentido do homem dentro da natureza é magistralmente trabalhado na abertura do ensaio póstumo de Nietzsche escrito em 1873: “*Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-Moral*” In: NIETZSCHE, F. W. *Obras Incompletas*. Seleção de textos de Gerard Lebrun; trad. e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho. 5 ed., São Paulo: Nova Cultural, 1991, pg. 29. (Os Pensadores).

¹⁴ NIETZSCHE, W. Friedrich. *Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-Moral*, In: *Op. cit.*, pg. 32.

Ainda que seja uma delimitação arbitrária, Descartes e Kant são reconhecidos como dois filósofos clássicos da modernidade. Neles podemos perceber a presença da uma estruturação metafísica, porém, por vias alternativas àquelas antiga e medieval.

Muito superficialmente podemos dizer que Descartes, na sua instauração da subjetividade pensante, não altera a visão de que exista um fundamento do real que deve ser conhecido. Mas, as vias de acesso a esta realidade efetiva das coisas decorrem das potencialidades daquela realidade primeira, certa e segura que é o pensamento.

Kant, por sua vez, claramente mantém a distinção metafísica (fenômeno e noumenon). Mas, ao proceder a crítica da razão (ao circunscrevê-la dentro dos limites de onde ela pode atuar de forma pura), afasta a possibilidade de se alcançar o conhecimento das coisas em si mesmas por via da razão (elas podem ser pensadas, mas não podem ser conhecidas). Ao sujeito cabe o conhecimento dos fenômenos e estes se modelam de acordo com as formas do pensamento do sujeito. A natureza é interiorizada, seus dados dependem da síntese das categorias do pensamento humano para a formação do conhecimento. Mas isso não significa afastar a metafísica. A relação com a metafísica é salvaguardada no âmbito da moral - da razão prática. A liberdade possível por via da moral suplanta o condicionamento fenomenal e constrói o caminho de reconciliação entre o mundo fenomênico e o mundo das coisas em si (metafísico). Esta reconciliação também se desenha na terceira crítica (crítica do juízo).

Esses dois autores deixam perceber como o objetivo metafísico (a ineterada necessidade de seus valores) permanece e como sua estrutura tradicional è alterada e até mesmo negada, em favor dos novos percursos de conhecimento elaborados, como se verá adiante.

3. Niilismo.

Existe uma célebre menção de Dostoiévski que diz: “somos todos niilistas”. Se levarmos em consideração a máxima dostoiévskiana, deflagra-se uma espécie de repulsa imediata, ou ao menos uma impensada tendência de negarmos a presença “de tão incômodo hóspede”¹⁵ entre nós. Não, não somos niilistas. É isso que nossas mais secretas crenças anseiam por afirmar. E, mesmo em face ao desgaste sofrido pelo termo (como resultado de seu uso levado à exaustão), que não nos leva a pensar e sentir o peso do niilismo como ocorria com Nietzsche e com os pensadores da primeira metade do século XX, ainda assim, é muito veiculada a pressuposição de que o niilismo possui uma carga negativa que o acompanha e por isso devemos descartá-lo.

Mas, como podemos entender, afinal, o que seja o niilismo, isso que Nietzsche põe em luz como a doença da modernidade? E por quê esse mesmo

¹⁵ Fragmento póstumo de Nietzsche, redigido entre os outonos de 1885 e 1886, XII, 2 [127], *apud* ONATE, Alberto Marcos. *Entre eu e si: ou a questão do humano na filosofia de Nietzsche*. Rio de Janeiro: 7 letras, 2003, pg. 105.

autor, como bem aponta Jean Granier¹⁶, entende que a superação do niilismo depende de sua radicalização?

O termo niilismo, no interior da obra de Nietzsche, comporta dois significados mais evidentes. Um primeiro, que resulta do olhar sobre a situação moderna e percebe que os valores supremos, atacados como inválidos, entram em crise; um segundo, que trata de localizar o niilismo como uma força latente que acompanha o desenrolar da história da metafísica ocidental desde Platão (é uma das peças que constituem o mecanismo interno desta história).

No que diz respeito ao primeiro significado do niilismo, a crise dos chamados valores supremos, é preciso reconhecer de início que tal crise está atrelada à postura moderna de descrença face à interpretação metafísica tradicional.

Na modernidade o sentimento de falência perante a falta de acesso à esfera inteligível (sustentada pela interpretação metafísica), aliado ao requisito do ‘certo e seguro’ em detrimento do considerado arbitrário e dogmático, permitem que se coloque em questão o próprio inteligível (como sustentáculo e acesso para conhecer a realidade ‘em si mesma’: para além das aparências), o que atinge em cheio a metafísica. Neste caso, o ataque à metafísica implica igualmente na desestabilização de seus valores máximos (supremos), tais como as categorias ‘finalidade’, ‘unidade’, ‘Verdade’, ‘Bem’, etc. Resulta da rejeição à metafísica, a rejeição de seus valores pertencentes¹⁷.

No aforismo 125 de “A Gaia Ciência” está a exposição metafórica mais bela e forte do sentimento de niilismo instalado a partir da crise de valores que decorre da rejeição à metafísica. O aforismo, intitulado “O homem louco”, apresenta este personagem como o anunciador da morte de Deus e como o único, naquele momento, capaz de pesar a proporção das conseqüências do maior ‘parricídio’ da história. A morte de Deus é símbolo da negação dos pressupostos metafísicos e o desespero do anunciador, face à atitude jocosa e cética dos homens que recebem a notícia, pontua a incapacidade dos executores da crise metafísica de compreenderem para onde os porta tal ato. Os homens, ainda muito orgulhosos de seu feito, fazem do fim da transcendência uma conquista para a empreitada racional. Só o protagonista principal parece perceber o preço a ser pago pela renúncia de Deus (do horizonte metafísico), quando diz: “*Mas como fizemos? Como conseguimos beber todo o mar, até sua última gota? Quem nos deu a borracha para apagar todo o horizonte? Que coisa fizemos, quando desvinculamos esta terra do seu sol? Mas para qual direção se move agora? Para qual direção nos movemos nós? Longe de cada sol?...Não vagamos através de um nada infinito?...*”. Ao fim do aforismo o louco reconhece que chegou muito cedo, que seu anúncio ainda não é capaz de

¹⁶ GRANIER, Jean. *Le Problème de la Vérité dans la Philosophie de Nietzsche*. Paris: Éditions du Seuil, 1966, pg. 267

¹⁷ Na medida em que tais valores formam o inteligível, de modo que não estão presentes na aparência da realidade empírica, mas nesse seu substrato que lhe dá estabilidade e sentido, retirado o inteligível, os valores projetados perdem seu suporte.

ser sopesado. Os homens não percebem que, uma vez retirado o fundamento sobre o qual se baseavam, a eles resta a total ausência de ponto de referência.

É nisso que se expressa o sentimento do niilismo: uma vez que as bases seguras que mantêm e doam sentido à existência e à realidade são refutadas, o homem é jogado no vácuo. “*Qual o critério para as avaliações morais, estéticas, científicas? Não ronda nossa existência um ‘nada infinito’*”¹⁸.

Se por um lado podemos reconhecer a presença do niilismo mediante a crise dos valores supremos (tradicional e metafisicamente postos como supremos), já que esta instala o sentimento de perda das coordenadas seguras e nos lança ao vazio, por outro lado – e nisso consiste sua inserção no seio da história da metafísica (que é a segunda significação do niilismo em Nietzsche) – foi justamente a criação e a crença em tais valores que deram espaço para a introdução do niilismo.

Quem lança luz sobre tal perspectiva é o próprio Nietzsche no aforismo/fragmento 99 de “Vontade de Poder”, intitulado: *Crítica ao niilismo*. Nesse aforismo o autor enfoca o niilismo enquanto estado psicológico, vale dizer, como causado pelo enviesamento de determinados comportamentos humanos determinados por necessidades vitais fisio-psicológicas.¹⁹ Como é desenvolvida no aforismo, a primeira forma psicológica de niilismo se dá quando o homem procura inserir no vir-a-ser um sentido que nele não existe. Isso remete a primeira forma psicológica de niilismo à necessidade do homem de orientação teleológica. A segunda forma psicológica de niilismo se desenvolve, nas palavras de Nietzsche: “*quando colocamos uma totalidade, uma sistematicidade e até mesmo uma organização em todo o vir-a-ser e como fundamento do vir-a-ser; ...; o homem vive em um profundo sentimento de conexão e de dependência a uma totalidade a ela infinitamente superior;...; No fundo o homem perdeu a fé no seu próprio valor, se por meio dele não age uma totalidade de infinito valor: isto é, idealizou uma tal totalidade para poder crer em seu próprio valor.*”²⁰ Uma terceira forma psicológica, decorrente do sentimento de que do devir não se obtém nada, de que nele não há nenhuma grande unidade de fundo que regule seu acontecimento, “*não resta como saída outra coisa que não seja condenar o inteiro mundo do devir como engano e inventar além desse mundo um mundo verdadeiro*”²¹.

¹⁸ ONATE, Alberto Marcos. *Op. cit.*, pg. 70.

¹⁹ O tema da psicologia em Nietzsche abre por si só uma profunda e autônoma discussão. De todo modo, somente para clarear o aqui necessário, devemos entender que as necessidades psicológicas em Nietzsche não são determinadas pelo núcleo da consciência, mas provêm do campo mais radical dos afetos e instintos. Nesse campo há o embate de forças que lutam para a manutenção da vida, pela busca do prazer e pelo afastamento do desprazer. Desse modo, numa conclusão rápida, podemos entender que as necessidades psicológicas estão vinculadas às necessidades vitais de busca de prazer, desvio do desprazer e manutenção da vida. Para maiores aprofundamentos confira-se GILCÓIA JUNIOR, O. *Nietzsche como psicólogo*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2001; KAUFMANN, W. *Nietzsche. Philosopher, Psychologist, Antichrist*. Fourth Editions, New Jersey: Princeton University Press, 1974.

²⁰ Aforismo/fragmento 99 de “Vontade de Poder”.

²¹ *Idem*.

O que se percebe, muito resumidamente, é que Nietzsche pontua o niilismo moderno como o desdobramento do atuar niilista no interior do desenrolar da história da metafísica:

Mas tão somente o homem descobre que este mundo foi construído unicamente por necessidades psicológicas e que ele não possuía nenhum direito a isto, aparece a última forma de niilismo, que contém em si a incredulidade por um mundo metafísico.²²

O que é surpreendente, e não suficientemente difundido, é a postura de Nietzsche frente ao niilismo. Muitas abordagens correntes se apressam por enquadrar o autor enquanto niilista (enxergando neste acontecimento uma forma planificada – e negativa – de incidência), sem atentar para as próprias especificidades do niilismo por ele trabalhadas e, em especial, sem atentar para a sua feroz crítica em face de determinadas posições niilistas.

O niilismo que sustenta um desânimo generalizado frente à vida e ao mundo, governado pelo sentimento de que nada tem valor e sentido (movimento que demonstra um trânsito extremo da positividade absoluta à negatividade absoluta) é, para o autor, sintoma de fraqueza e decadência. Mas o niilismo pode abrir espaço para um agir positivo (representante de uma força ativa). Como? De início devemos acentuar que para Nietzsche o niilismo se apresenta sob variadas predicções: radical, passivo, incompleto (no seu pendore ao negativo); e, ativo, completo ou integral (na sua forma positiva).

No que toca ao niilismo passivo, existe a consciência da perda dos valores até então regentes e reconhece-se que isto implica na necessidade premente de uma “revolução copernicana” dos valores. Mas tal tipo de niilismo limita-se à profunda nostalgia pelos valores perdidos, rendendo-se inerte. O olhar de desencanto que lança sobre o mundo bloqueia o implemento de qualquer atividade transformadora. Podemos dizer que no niilismo passivo o reconhecimento da falta de fundamento constitui-se como fator de imobilidade: *“nesse registro, a ausência completa de sentido (nihil) torna-se o sentido, e assim a postura niilista nega seu próprio projeto, pois se detém antes de realizar todas as suas possibilidades.”*²³

No que diz respeito ao niilismo incompleto, não seria forçoso dizer que este está imerso na esfera do niilismo passivo. Também esse tipo implica na incapacidade de inovação e atividade (incapacidade de transvalorar os antigos sistemas de valores a partir da própria crise niilista). Tal característica é perceptível dada sua forma peculiar de funcionamento. No niilismo incompleto, o desespero face ao abismo aberto provoca seu preenchimento com paliativos que recoloquem o tom da transcendência perdida – embora se abdique de explicações eminentemente metafísicas, não se abdica dos seus valores orientadores. É, nesse tipo de niilismo, que se encaixam as tantas teorias filosóficas modernas que rediscutem o parâmetro de sustentação dos valores sem colocar os pró-

²² *Ibidem.*

²³ ONATE, A. M. *Op. cit.* pg. 87.

prios valores e as necessidades que movem suas impositações como problema. Em outras palavras, altera-se o ponto de sustentação dos valores, Deus ou a instância inteligível não constituem mais o posto privilegiado de passagem para o alcance do verdadeiramente existente, entra em cena a subjetividade como relevo da efetividade, mas não se abandona o ideal de finalidade, verdade, totalidade, etc.; nem sequer se questiona o porquê da necessidade dos valores. A própria consideração de que exista um tal nível de efetividade (constituído de todos aqueles valores que lhe são corolários) não é objeto de problematização²⁴.

Os caçadores de coordenadas absolutas não esmorecem e se reabrigam sob a tutela do conhecimento, da ciência, da verdade, tradicionalmente considerados como redutos in-submissos, alheios às vicissitudes propriamente humanas.²⁵

Mas, como já anunciado, é possível, ao ver de Nietzsche, uma forma de niilismo que não seja inatividade cético-pessimista e nem sequer medicação metafísica substitutiva. Trata-se da forma completa (ativa, integral) de niilismo. Nela, seria possível, a partir de um mergulho profundo no problema de ausência de referencial, o exercício de questionamento de quais necessidades impõem o próprio forjar do referencial. Essa atividade é tida como via possível para suplantarmos as próprias necessidades de colocação de tal conforto. Em outros termos, levar o niilismo às últimas consequências - deparar com a supressão dos pontos fixos e submeter tal crise ao exame do porquê das circunstâncias de sua constituição - possibilita - frente à compreensão de tais necessidades - o desvencilhar-se do próprio niilismo - das próprias necessidades.

De forma diversa do niilismo passivo e incompleto, o niilismo ativo não entende que a inaplicabilidade dos valores supremos, ao mundo, importe na desvalorização do próprio mundo. O niilismo ativo requer uma decisiva alteração de perspectiva do homem para com relação a si mesmo (trata-se do mais profundo retorno a si – *selbstbesinnung*). O julgamento pessimista e cético em face ao mundo decorre da fraqueza e decadência do homem que, ao sofrer com o vir-a-ser, acaba por condená-lo como fonte de seu sofrimento. O retorno a si mesmo e a alteração radical de perspectiva do homem para consigo mesmo reporta a um homem suficientemente forte a ponto de não lançar para fora de si as causas de seu sofrimento e com isso não condenar o mundo. Trata-se da aceitação da

²⁴ O primeiro fragmento de “Além do Bem e do Mal” é paradigmático a esta questão. Neste fragmento, não obstante o autor esteja se referindo à vontade de verdade, o que está nas linhas e nas entrelinhas de suas considerações é, em primeiro lugar, a consideração de que todos os filósofos até então foram dogmáticos. Isso porque, uma vez seduzidos e cegos pela verdade, não foram jamais capazes de questionar o porque dessa vontade de verdade, ou seja, qual o valor dessa vontade (que, no limite, é a pergunta pelo valor dos valores: o que significa para nós homens – qual nossa necessidade de – sentido, finalidade, bem, verdade?). Evidente que tais colocações permanecem na superfície do aforismo e não pretende esgotar suas possibilidades. (NIETZSCHE, F. W. *Além do Bem e do Mal: Prelúdio a uma filosofia do Futuro*. Trad., notas e posfácio Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1992).

²⁵ ONATE, A. M. *Op. cit.* pg. 88.

finitude e da transitoriedade - como coloca Deleuze, trata-se da aceitação da inocência do devir.

Exposto o desenho básico da crítica à metafísica e da reflexão acerca do niilismo em Nietzsche, pretendemos a seguir confrontar a essas leituras as interpretações jurídicas clássicas do jusnaturalismo moderno e do positivismo jurídico. Tal confronto se presta, como já sinalizado ao início deste trabalho, a buscar nos perfis dessas correntes interpretativas do direito (tão seguras de si no que diz respeito à sua origem racional) seus sinais metafísicos e seus eventuais desdobramentos num tipo de niilismo incompleto.

4. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico.

4.1 jusnaturalismo

No que se refere ao jusnaturalismo moderno, devemos ressaltar que, apesar de seu rico desenvolvimento nos séculos XVII e XVIII (sem nos esquecermos de seu breve ressurgimento no pós-segunda guerra e focos de retomada contemporâneos), não nos ateremos aqui a evidenciar as tantas teorias (às vezes até mesmo muito diversas em suas proposições) desenvolvidas na “escola do direito natural”. O que nos interessa é pontuar e examinar alguns traços fundamentais dessa corrente.

Essa colocação inicial poderia levar a supor que o jusnaturalismo é privilégio da modernidade. E, a essa suposição, caberia primeiro demarcar que, não obstante uma “escola” jusnaturalista tenha se desenvolvido na modernidade, na antiguidade e na idade média existiam a concepção jusnaturalista. Ocorre que, tradicionalmente, é demarcada uma forte diferença entre a forma moderna e a antiga-medieval de conceber o direito natural.²⁶

As concepções antiga e medieval se caracterizam pela compreensão de que os direitos naturais são provenientes de uma realidade objetiva, anterior e externa ao homem (seja na forma cosmológica – natureza, ou na forma teológica – Deus). Nisso se entende que o jusnaturalismo antigo-medieval tem caráter objetivista²⁷. Os direitos perenes emanam de uma ordem de coisas já estabelecidas, independentes do homem e de seu pensamento.

²⁶ Embora nosso caminho não tenha a intenção de percorrer as minúcias da diversidade entre o jusnaturalismo moderno e suas formas antiga e medieval, é de se notar que a disputa no final da idade média entre as linhas voluntaristas - defendidas pelos franciscanos (guiados pelas teorias de Ockham) - e racionalistas – defendidas pelos escolásticos Tomistas - , mostram que o princípio racional não é invenção exclusiva do jusnaturalismo moderno. Todavia, isso não abate a distância entre a forma moderna e medieval de conceber a proveniência e o papel da razão.

²⁷ O termo objetividade deve ser compreendido aqui não como a realidade visível (do que aparece), mas no interior de uma compreensão de mundo que concebe este próprio mundo governado por um fundo de leis estáveis e verdades inalteráveis. Nesse sentido, o termo objetividade refere a *objectum*, ou seja, aquilo que é exterior ao homem. E esse exterior, o mundo das coisas, possui uma realidade em si mesma - ainda que esta não seja imediatamente perceptível.

A concepção moderna, em grande parte compreendida pelo seu *viés* racionalista, tem como caráter fundamental o subjetivismo. O que se coloca como inovador nessa nova forma de conceber o jusnaturalismo está vinculado ao deslocamento da proveniência do direito natural. Se antes estes emanavam de uma realidade externa e objetiva, com o subjetivismo moderno (na filosofia com Descartes e no jusnaturalismo em particular com Grócio) eles passam a serem vistos como deduzidos a partir da esfera autônoma e insofismável que é o pensamento do sujeito. Em outros termos, podemos dizer que os direitos naturais imutáveis são aqueles cujo acesso é permitido unicamente pela via da *recta ratio*.

O subjetivismo do direito natural caminha em sintonia com o subjetivismo pensante da filosofia. No subjetivismo o pensamento é elevado à realidade primeira, irredutível e como o princípio legítimo de conhecimento. Nesse caso, o pensamento (racional) constitui via única e privilegiada de conhecimento, se conduzido de forma justa (*recta ratio*). A razão é capaz de deduzir as leis imutáveis²⁸.

Se esta concepção de jusnaturalismo moderno, a qual percorremos apenas a superfície de seus traços principais, pretende desvincular a filosofia do direito de pressupostos dogmáticos e teológicos, com Kant os traços de racionalidade do jusnaturalismo são reafirmados e radicalizados.

Para Kant, as leis naturais são imperativos “a priori” da razão, ou seja, aquilo que a razão pura dita independente e antes de toda e qualquer experiência. São, portanto, leis que independem de todo e qualquer contingente exterior e constituem as próprias formas da razão. De modo que renegar os direitos naturais seria forma de renegar a razão e vice-versa. Por isso este filósofo entende que a obrigatoriedade das leis naturais pode ser reconhecida mesmo na ausência de uma legislação externa.

O que se percebe na leitura jusnaturalista, a começar por seu relevo mais significativo, qual seja, a pressuposição da existência de leis universais e eternas – que perpassa suas diversas concepções: antiga, medieval e moderna – é a crença numa ordem estável e válida para além da construção histórica. Concepção esta que pertence a uma leitura metafísica. Ainda que se possa dizer que as formas antiga e medieval de conceber o direito natural sejam aquelas que propõem de maneira mais evidente uma interpretação metafísica (já que apoiadas na colocação de uma realidade apartada possuidora de características insubmissas ao vir-a-ser), o jusnaturalismo moderno, à sua maneira, também

²⁸ É de se reconhecer que a noção de *recta ratio* não é criação do jusnaturalismo moderno, como nos lembra Guido Fassó: “...si è sempre tramandata, dallo stoicismo e da Cicerone in poi, la concezione del diritto naturale come dettame della ragione umana, quella *recta ratio* che, tre secoli prima di Grozio, Gregorio da Rimini diceva fonte della legge naturale anche nell’ipotesi dell’inesistenza di Dio”, In: *Storia della Filosofia del diritto. L’età moderna*. Laterza, 2003, pg. 87. De toda forma, a filosofia moderna aprimora pela via metódica a força do uso da razão (sua via de condução), de modo que fornece à noção de *recta ratio* uma maior instrumentalidade. Além disso, a subjetividade reflexiva de Descartes também concede ao pensamento o poder de autonomia (o intelecto humano não é apenas instrumento da vontade divina).

recoloca tal interpretação. O privilégio concedido a um enfoque subjetivista, no qual a razão desempenha um papel que se pretende libertador das amarras teológicas e dogmáticas, não implica, como veremos na sequência, na libertação de um certo conjunto de valores (metafísicos).

A reorientação moderna do plano de acesso aos direitos naturais, como visto, é deslocada para a subjetividade, a um plano de imanência que se vê como não “supra-natural”. Ocorre que, nesta imanência, insere-se uma teleologia ditada pela estabilidade e segurança das leis naturais. Negar a transcendência (retirar seu posto privilegiado) sem negar as categorias que lhe são inerentes (imutabilidade, finalidade, verdade, bem, etc) não importa no desprendimento da conduta metafísico-dogmática que crê em tais valores. Se, por um lado, percebe-se a abdicação de um plano extrínseco ao humano como portador da efetividade não perceptível no mundo empírico, por outro lado, não se abdica da noção de uma efetividade irredutível às construções meramente históricas e culturais.

O jusnaturalismo moderno, a partir de tais considerações, responde à crise metafísica que se desenvolve no seu período. Aspecto claro está no afastamento do transcendental. Mas, sua renovação não propõe a discussão mesma das leis naturais em suas características peculiares como representantes de valores a que se dá crédito no interior de um esquema metafísico. E, como trabalhado no item do niilismo, não se leva a efeito a problematização do porquê de tais valores. Coloca-se, desta forma, uma renovada metafísica sem transcendência (é metafísica em roupagem nova). Atividade esta que se insere, na interpretação nietzscheana, como mecanismo próprio de um niilismo incompleto: que na nostalgia dos valores invalidados, os recoloca por vias alternativas.

4.2. Juspositivismo

O positivismo jurídico, não obstante possua suas características peculiares, não é evento singular e autônomo, de modo que deve ser compreendido no interior das vicissitudes do período que lhe é próprio, o século XIX. Isso não significa que deve ser lido como um acontecimento apenas inscrito num determinado momento histórico estanque – até porque as marcas atuais de sua presença são inafastáveis, como podemos observar no fenômeno da codificação. Significa, para muito além disso, que toda a movimentação progressista e cientificista do século XIX contribui e orienta a formulação do que chamamos de positivismo e, no que nos interessa, aquilo que vem a ser o positivismo jurídico.

Mas, antes de tratar do positivismo jurídico – que será visto somente nos seus aspectos mais característicos – é preciso localizar isso a que se chama positivismo.

É bastante conhecida, se é que não podemos dizer que já se tornou lugar comum, a menção do positivismo como orientação de pesquisas baseada na realidade objetiva, ressaltando que esta orientação não se dirige em torno da descoberta das causas primeiras (fins últimos) da realidade, mas, contrariamen-

te, tem a intenção de penetrar no modo de funcionamento dos fenômenos, no como a realidade se produz. A essa compreensão do que seja a orientação positivista, é usual o entendimento de que ela anda na contra-mão da metafísica²⁹: sua atenção não pretende se voltar ao ‘porquê’ do mundo; mas, diferentemente, ao ‘como’³⁰, pela observação pura e simples dos fatos, nos quais os fenômenos se mostram a partir de suas regularidades (suas leis invariáveis).

Essa perspectiva do positivismo, que procura suas vias de conhecimento pela exclusiva observação dos fatos, como se sabe, é ressonância do otimismo científico presente no século XIX. O progresso alcançado pelas ciências naturais ao longo dos dois séculos anteriores é decisivo. Divide-se um desejo comum de produção de ciências nas mais diversas áreas de conhecimento, de modo que o positivismo impele a aplicação do método das ciências naturais no campo das ciências humanas³¹.

As ciências humanas são filtradas por lentes que as esvaziam de seu conteúdo axiológico e negam sua leitura teórico-metafísica. Ganham espaço os critérios de objetividade (pela estrita observação empírica dos fenômenos a partir de raciocínio indutivo-comparativo); neutralidade axiológica (onde os fatos são separados dos valores e somente os primeiros são se prestam à ciência) e a-historicidade (já que a ciência busca leis constantes e invariáveis, que não se submetem à inflexão temporal humana). O método positivista, ou seja, a ciência, ao eliminar tudo aquilo que interfere e contamina o processo de conhecimento, desenvolve a fé num alcance real e efetivo dos mecanismos de funcionamento da realidade objetiva (sendo esta independente da ação e pensamento humanos).³²

É de se pontuar, ainda, que as linhas de condução positivista usualmente remetem a Saint-Simon e a Augusto Comte. O primeiro, considerado um dos ‘socialista utópicos’, propõe que é de uma ciência desprendida da teologia e da metafísica, unicamente baseada sobre fatos positivos, que decorre uma alteração social que promove o desaparecimento do antagonismo das classes. Augusto Comte, por sua vez, pretende uma ciência positiva da sociedade (elaborar uma ‘física social’, termo este já usado por Saint-Simon), ou seja, conhecer os fenômenos sociais com o mesmo rigor e certeza da ciência natural. O saber é orientado a uma unidade, devendo passar por etapas (estados): teológica, meta-

²⁹ Tal é a pressuposição do próprio positivismo. Como veremos adiante, o nosso entendimento não comunga desse ponto de vista.

³⁰ SEVERINO, Emanuele. *La Filosofia dai Greci al nostro Tempo*: La filosofia contemporanea. Milano: RCS libri S. p. A., 2004, pg. 124.

³¹ LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchausen*: marxismo e positivismo na teoria do conhecimento. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 1994, pgs. 17 e segs.

³² Os pressupostos epistemológicos do positivismo deixam muito clara essa perspectiva otimista com relação ao poder da ciência de fazer o pensamento alcançar, sem mediações, as leis fenomênicas. São cinco os pressupostos (sistematizados por Anthony Giddens e expostos por SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: graal, 1989, pg. 52): 1) a realidade é dotada de exterioridade; 2) o conhecimento é representação do real; 3) dualidade entre fatos e valores; 4) unidade das ciências e 5) aversão à metafísica.

física e positiva. As duas primeiras são negativas e não constituem ciência, a última, a positiva, seria o estado perfeito e viável à execução científica.

O impulso científico, junto com a mentalidade positivista, também ganha espaço no território jurídico³³. A maior parte dos juristas que no século XIX se entendem positivistas, pretendem fazer do direito uma ciência, bem como pretendem afastar-se do jusnaturalismo.

A essa altura o objeto da ciência do direito (especialmente na esteira da ‘escola da exegese’, surgida logo após a codificação napoleônica de 1804) se circunscreve unicamente em torno à norma positiva e formal³⁴, ou seja, à norma posta por uma autoridade legitimada com poder exclusivo de criar direitos. E, a partir da delimitação do objeto, o método positivista pode ser aplicado, abrindo espaço para a compreensão da teoria formal das normas e institutos jurídicos como sistema lógico, semelhante ao das ciências naturais. Nesse caso, não obstante o objeto do positivismo jurídico, tomado em termos genéricos, seja a existência formal de uma norma - que difere dos fatos sociais ou naturais - é a forma como se dirige o olhar sobre a norma, quer dizer, o método que define as diretrizes de sua análise, o que permite a sistematização jurídica-positivista.

Norberto Bobbio, na sua obra bastante conhecida sobre o positivismo jurídico³⁵, apresenta três aspectos dessa corrente interpretativa. Um primeiro compreende o positivismo jurídico - como já anunciado – enquanto um método de aproximação do estudo do direito. Um segundo, trata o positivismo jurídico como teoria. Um terceiro e último, que o concebe como ideologia.

No que se refere ao primeiro aspecto – o juspositivismo como método – este, no seu funcionamento, prescinde dos valores. O direito não é considerado sob o aspecto ético (axiológico). Opera-se a distinção entre direitos reais (direitos como fato) e direitos ideais (direitos como valor), de tal modo que somente os primeiros constituem material que se presta à finalidade científica. Como já foi dito, o dado concreto jurídico a ser observado e estudado pelo método é a norma positiva, e isso significa que a norma positiva é isolada de toda e qualquer característica que não seja concatenada logicamente na sistematicidade dos institutos jurídicos. Exemplo óbvio disso é que não se avalia o valor moral de uma norma, mas sim sua legitimidade, sua validade, sua relação com outras normas dentro do conjunto sistemático no qual ela se localiza. O método do positivismo jurídico concentra-se na explicação científica dos mecanismos de funcionamento do direito. Isso é feito descritiva e explicativamente (objetividade

³³ Não se deve entender, todavia, como sendo homogênea a relação entre o positivismo ‘filosófico’ e o positivismo ‘jurídico’: eles não possuem uma relação genealógica linear embora, ambos, sofram o mesmo influxo cientificista da época.

³⁴ Nesse caso, como os comentários de Bobbio já tornaram clássico, enquanto os jusnaturalistas não negam a existência das normas positivas, mas entendem que estas não possuíam o grau de valor dos direitos naturais, os positivistas, por sua vez, sequer reconhecem a existências dos direitos naturais: a única norma que integra a ciência do direito e permite seu funcionamento lógico é a norma positiva. (BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizione di Comunità, 1965, pg. 128 e segs.)

³⁵ BOBBIO, Norberto. *Ibidem*.

do método) no interior daquilo que se considera a realidade jurídica, ‘limpando’ a aproximação de qualquer elemento externo (juízos de valor).

A aplicação do método positivista, na medida em que se concentra nas normas formais (positivas), endereça-se na direção de um formalismo que concebe o direito como um organismo definido conceitualmente em si mesmo. Como organismo lógico, autônomo e auto-suficiente, que se entende e se explica por si mesmo no interior de seus limites.

O segundo aspecto, do positivismo jurídico – como teoria – implica na relação necessária entre os fenômenos jurídicos e o poder soberano (investido do poder de aplicar a coação). A teoria do direito é perpassada por um caráter imperativo, de poder erigir-se em mandamento e isso é materializado por via do Estado que é tido como representante da consciência comum. O direito como um corpo estatutário, formalístico e mandamental prende-se à codificação (onde o direito tem sua expressão no código, que é conjunto que se auto-compõe logicamente e se satisfaz inteiramente no seu próprio interior) que garante sua execução (mediante coação). O poder soberano e centralizado é competente para a aplicação do direito – expresso nos códigos.³⁶

Por fim, o terceiro aspecto, do positivismo jurídico – como ideologia – já se acena a uma crítica do próprio caráter positivista. Grosso modo, perfaz-se em ideologia na medida em que delega preferência a certos valores – no caso o valor positivo. Bobbio assinala duas passagens dessa que é a ideologia do juspositivismo: a consideração de que o direito positivo pelo simples fato de ser positivo seja em si mesmo justo e a pressuposição de que o direito, mesmo desvinculado de seu valor moral, possa alcançar fins desejados, como paz, certeza, etc.³⁷

Este último aspecto provoca a reflexão acerca da condição mesma de uma ciência completamente desprovida de juízos de valor – em outros termos, neutra. E aqui se centra uma das possíveis críticas esboçadas contra o positivismo e o positivismo jurídico. Contra eles levanta-se o problema de seu caráter determinístico e a-histórico, como pensamento medíocre e limitador da liberdade e do pensamento humanos. Medíocre na medida em que denota a incapacidade de “*eleva-se acima dos dados imediatos do conhecimento*”³⁸ e se apega unicamente à utilidade material.

Mas não seria o caso aqui, dados os limites deste estudo, de arrolar todas as inúmeras possíveis críticas dirigidas ao positivismo jurídico (de ordem política, ideológica, etc.). Pretendemos perceber somente algumas críticas possíveis a partir do pensamento de Nietzsche, quiçá deixando de lado outras tantas (a começar pelas considerações deste autor acerca da ciência e de seus pressupostos – esquemas conceituais rígidos erigidos sobre a fluidez das metáforas –,

³⁶ No interior dessa elaboração teórica se desdobram vários pressupostos: a completude do ordenamento, sua falta de lacuna, o dever do Estado de dizer o direito a partir da razão-vontade do legislador presente no comando legal, etc.

³⁷ BOBBIO, Norberto. *Ibidem*.

³⁸ FASSÓ, G. *Op. cit.*, pg. 214.

sua localização do homem sempre imerso na sua contingência histórica e, sobretudo, pela sua célebre refutação dos fatos: “não existem fatos, apenas interpretações”³⁹). Centraremos a atenção aqui, de forma breve, na interpretação dessa ‘mentalidade’ positivista que, apesar de refutar toda espécie de investida metafísica, acaba por não se desprender dos valores metafísicos.

O positivismo, mesmo mediante sua atitude dita anti-metafísica, que abandona a busca dos fins últimos (causas primeiras) alterando a pergunta do “porquê” para o “como”, não abandona os pressupostos do “como” de finalidades pertencentes à esfera metafísica. A concepção de uma realidade que não se revela no seu sentido último, mas que é capaz de revelar, de forma inequívoca, a perfeita forma de seu funcionamento, de modo que o pensamento humano possa concordar com os relevos deste real, mantém em cena uma noção de real verdadeiro em si mesmo.

A isto se pode somar a característica a-histórica da aproximação positivista que supõe a realidade – que a atitude positivista crê aceder e conhecer inteiramente no seu funcionamento – como possuidora de uma sistematicidade lógica, portadora de um sentido permanente que é próprio deste real e independente de qualquer mediação criativa ou interpretativa do homem. Tratar de leis invariáveis dos fenômenos e elevá-los à única matéria passível de observação propriamente científica não é procedimento que se distancia da imposição de leis ao devir (que o estabiliza e o faz seguro). A ciência se exercita a partir de uma carga de valores e objetivos pré-determinados. O horizonte a ser alcançado já está delineado e o objetivo final – conhecer a verdade – orienta o procedimento científico. Nesse sentido a aproximação positivista nas suas coordenadas não está inteiramente livre de alguns ideais inscritos na tradição metafísica.⁴⁰

Pode-se levantar a objeção de que o positivismo jurídico, diferentemente do positivismo filosófico, não compreende seus dados como independentes do homem, e, contrariamente, tem plena consciência de suas colocações por meio da criação humana. Isso não se pode negar. Mas os traços metafísicos, ou se quisermos pontuar melhor esta discussão, aquele exercício niilista inacabado, que nega a metafísica e dela (sem perceber) não se desembaraça, também deixa suas marcas no positivismo jurídico. Este, não intencionalmente, ainda se apóia na segurança de alguns valores metafísicos.

Podemos conceder que o ordenamento jurídico, na compreensão positivista, não invoca fundamento universal existente em si mesmo. Mas é de se observar como se concebe o corpo do direito no interior desta concepção. O direito é visto como um organismo (um ente) autônomo, auto-suficiente, auto-integrante (completo). O que deve ser questionado é se o fornecimento deste grau de independência ao mecanismo jurídico não implicaria na gradual consideração de seu funcionamento como independente do homem (como sistema pos-

³⁹ E, como sempre lembra Vattimo, o próprio Nietzsche em suas anotações acrescenta: “e esta é também uma interpretação” (VATTIMO, G. *Oltre l'interpretazione*. Roma/Bari: Laterza, 2002, pgs. 134/136).

⁴⁰ O aforismo 344 de “A Gaia Ciência” questiona a fé que dá impulso a ciência.

suidor de uma realidade própria). O homem perde sua plena capacidade de interferir criativamente na ordem jurídica posta e deve limitar-se a executor atento da lógica própria daquele sistema. A lei é passa a ser tida por algo que tem racionalidade própria que o homem deve alcançar. O homem deve submeter sua racionalidade a racionalidade da lei (como as proposições comuns da ‘escola da exegese’ exigiam). Mas isso não importa em conferir uma verdade própria a este corpo que por isso também adquire lógica e realidades próprias? Os juristas (fora do âmbito teórico e crítico) não são induzidos a simplesmente focar sua atenção em compreender os mecanismos jurídicos e sua concatenação interna (atendendo à sua pressuposta verdade própria)? Isso não significaria que mesmo a concepção do positivismo jurídico requer a compreensão de um nível e um campo de realidade destacada do homem, com finalidades atingíveis por si mesmas?

Tais considerações remetem à percepção de que mesmo no positivismo e no positivismo jurídico estão presentes os ideais metafísicos. Para dizer de outro modo, o que até agora procuramos explicitar, é que dentro da concepção metafísica foram estabelecidas determinadas coordenadas (baseadas nos seus valores-ideais) que não se anularam (não foram efetivamente despojadas) pelas produções teóricas ambientadas na modernidade. Isso revela o quanto a metafísica ainda constitui matéria de central reflexão e o quanto a tentativa de “varrê-la para baixo do tapete” nos mantém circunscritos a uma atividade niilista que se nega a pensar radicalmente tal problemática e, via de consequência, nega o encaminhamento de tal problemática aos seus limites.

Mais do que simplesmente sublinhar a permanência das teorias modernas – e entre elas o jusnaturalismo e o positivismo jurídico – nas malhas da metafísica (que nos permite abordá-las a partir de Nietzsche dentro da temática niilista), a reflexão acerca da persistência desta interpretação, o questionamento das bases que a sustentam, bem como o questionar a dependência do nosso pensamento às suas formas, são necessários. Como já dissemos, o percurso de saída do niilismo depende daquele retorno a si (*selbstbesinnung*), ou seja, do questionar a relação de necessidade com os valores metafísicos (o que nos mantém ligados a eles), para poder colocá-los em questão. Temática esta que será a seguir tratada.

5. Em tom de conclusão: rascunhando o passo e o descompasso desta interpretação.

A grande pergunta que pode subsistir diante das colocações aqui delineadas é aquela que pretende compreender a que serviço se presta, ao final das contas, o mostrar (sob um determinado ponto de vista) o vínculo das duas grandes interpretações jurídicas com um tipo de exercício metafísico-niilista.

Se não pretendemos oferecer uma resposta meramente retórica devemos confessar que atender às expectativas de tal questão não é nada fácil. Não é fácil, em primeiro lugar, porque, evidentemente, não é possível a essa altura ti-

rar da cartola um meio de re-legitimar e salvaguardar as interpretações e enfoques tradicionais sem o exercício de reflexão que pontue os problemas demarcados. Também não é fácil, em segundo lugar, porque não possuímos uma receita (ou um novo pacote de mecanismos) remodeladora ou substitutiva.

Mas, se por um lado, o alertar que não há resposta certa capaz de dissolver a tensão das relações propostas (entre o direito e uma compreensão metafísico-niilista) possa causar a frustração de boa parte dos leitores, por outro lado é de se destacar que o caminho de uma resposta possível abre espaço para novas reflexões e novas interpretações (tema este tão caro ao direito contemporâneo).

A partir daqui, podemos dizer que a possibilidade de perceber resquícios metafísico-niilistas nos modos de se exercerem os enfoques jurídicos tradicionais, se presta, numa determinada medida, para introduzir uma espécie de atenção a que tipo de pensamento-interpretação jurídico se está ligado e às implicações que daí se desdobram.

Em vista da problemática levantada por Nietzsche no que se refere à metafísica e ao exercício niilista passivo/incompleto, podemos questionar, diante das posturas metafísicas das “escolas clássicas” do direito, até que ponto pode-se falar de autonomia e liberdade. Isso porque – e aqui andaremos somente na superfície de tal problema – o posicionamento que defende o fundamento do direito (e de suas formas materiais de apresentação: normas e leis) sobre bases sólidas (natureza, ciência, princípios universais...) independentes da vontade humana, ou que adquirem tal independência (do querer e agir do homem), acaba por condicionar o próprio homem às formas desse fundamento. O que se tem em mente aqui é que, não obstante a teorização moderna tenha depositado nas mãos do sujeito e de sua capacidade de conhecimento (que é seu atributo máximo e irreduzível) o papel de desvendar o relevo da efetividade, o poder agir do homem não pode nunca ultrapassar esse limite da realidade pré-existente (com sentido e finalidades já determinados), ou do organismo jurídico auto-suficiente enquanto tal. Nesse sentido, uma leitura jurídica que se mova dentro do horizonte metafísico, ou dentro do horizonte que preza a manutenção dos valores metafísicos, é leitura que compreende o próprio direito como inserido dentro de um esquema de realidade autônoma. O agir humano e, em especial, as possibilidades de criações de formas sociais-reguladas de existência estão sempre inseridas dentro desse horizonte já delineado.

Se considerarmos as problemáticas que Nietzsche levanta com relação à metafísica/nihilismo como uma forma de provocar novas reflexões, e chegarmos a levar a sério a possibilidade de pensar o direito para além de um horizonte metafísico, muitas possibilidades são abertas.

A esse respeito, estamos inteiramente de acordo com Vattimo⁴¹, quando aponta que, a total falta de fundamento do direito somente proviria de uma interpretação niilista que se amarra à nostalgia de finalidades absolutas (nostal-

⁴¹ VATTIMO, G. *Nichilismo ed emancipazione*: etica, politica, diritto. S/I: Garzanti, 2003, pg. 142.

gia da metafísica). Uma interpretação que não se veicula pela constante reposição dos valores metafísicos tem condições de pensar o direito (o direito aqui entendido como algo produzido e localizado historicamente). Isso significa que é possível pensar o direito desvinculado de objetivos finalísticos (no sentido teleológico-metafísico). Não se trata simplesmente de fazer uma defesa inveterada da contingência e da acidentalidade do devir. O que se pode colocar em pauta para a reflexão é a atividade mencionada por Nietzsche no aforismo 20 do primeiro livro de “Humano, demasiado Humano”: na tentativa de ultrapassar a metafísica, de conduzir-se aos seus limites é necessária a tensão máxima do pensamento, exige-se ‘um passo para trás’ um retorno para compreender sua justificação histórica e psicológica.

O que se propõe é a intervenção de uma postura vigilante, uma postura que ao dar o passo para trás ganha perspectiva para questionar de onde ela mesma parte e a partir de que condicionamentos (crenças, necessidades) se desenvolve.

Analogamente ao que diz Foucault no texto “O que são as luzes”, devemos escapar da “chantagem intelectual e política”⁴² que exige o estar dentro ou fora. Não se trata de ser partidário ou da finalidade absoluta, ou da contingência irrecuperável. Levar a sério a problemática da metafísica, ou seja, a problemática de estarmos presos a um tipo de pensamento que já possui delineado onde quer chegar e o que vale a pena ser encontrado, exige a constante crítica sobre nós mesmos. Mais do que questionar se em algum momento é possível efetivamente abandonar o suporte dos valores metafísicos, uma constante investida que procura perceber nas nossas manifestações (intelectuais ou volitivas) o recurso a tal suporte pode servir para nos conduzir a investigar os motivos e as necessidades de base que mantém essa reincidência.

Considerando ainda o itinerário foucaultiano do texto mencionado, o voltar para trás conduz à análise de nossa própria autonomia. Trata-se de procurar questionar o que em nosso pensamento, ou seja, o que nisso que modernamente consideramos autônomo e universal, já se exercita orientado por regras-ideais que lhe atravessam. Procuramos perceber o que em nosso pensamento é contingente e histórico. E isso permite uma maior compreensão de porque pensamos como pensamos, agimos como agimos e falamos como falamos.

Isso permite, em outros termos, compreender que a partir das orientações que nos atravessam construímos nossas interpretações de mundo – e o direito é também uma interpretação. Como afirmou Francisco Tomás y Valiente (um dos maiores juristas espanhóis do século XX, presidente da Corte Constitucional espanhola, e que foi brutalmente assassinado pelos separatistas bascos em 1996), “*El hombre camina con frecuencia entre la certeza de poseer la formula (credo religioso o sistema filosófico) que todo lo explica, y el nihilismo pesimis-*

⁴² FOUCAULT, M. O que são as luzes. In: FOUCAULT, M. *Ditos & escritos: arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento* (vol. 2). (org. Manoel Barros da Motta). Trad. Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: forense universitária, 2000, pgs. 345/346.

ta impotente. Rechacemos ambos extremos. Instalémonos en la perplejidad, concebida como un estado de tensión...”⁴³.

Para Nietzsche este é um grande passo para tratar a liberdade. A auto-crítica permite tratar nossas formas de pensar como delineadas desde uma perspectiva metafísica e, ao mesmo tempo, permite o exercício de crítica à própria metafísica. É possível tratar a metafísica como ‘uma’ interpretação possível decorrente de determinadas necessidades e motivos (humanos, demasiado humanos), e não como a única interpretação válida (necessária). Nisso abre-se a possibilidade de perceber que nossas interpretações de mundo poderiam ser diversas e nossa forma de pensar poderia encaminhar-se para outras direções.⁴⁴

Obviamente trata-se de uma liberdade que exige uma significação diversa⁴⁵. A liberdade não está atada ao que pode o pensamento ou para onde ele pode nos levar (visão esta que considera o homem imerso em uma realidade possuidora de um determinado sentido posto). Trata-se de uma configuração de liberdade que se exercita por via de um pensamento que quer perceber e demarcar os traços de sua própria contingência e finitude.⁴⁶

Representativa é a interpretação que Deleuze, no livro “Nietzsche e a Filosofia”, faz da metáfora ‘do jogo dos dados’ de Nietzsche⁴⁷. A ilustração do jogo de dados, em Nietzsche, pode representar tanto a inocência do devir quanto a necessidade a ele imposta. Considerar a inocência do devir, no mais, é considerar a possibilidade de um pensamento desvinculado de uma concepção teleológica: de um pensamento que acena para a liberdade na justa medida em que aceita suas condições e não arquiteta saídas artificiais.

Com relação à metáfora, a necessidade se mostra quando o lance dos dados deve registrar uma rubrica esperada, uma rubrica considerada válida. Nisso o lance de dados é conduzido por regras e a contagem de seus pontos busca um resultado que se enquadre dentro do previsível. Para Deleuze a necessidade se reafirma quando o lance de dados é repetido ‘maliciosamente’ até marcar as rubricas possíveis ao esquema de regras já existente. A inocência do devir está no jogo de dados que não prevê nos seus lances as rubricas a serem alcança-

⁴³ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Obras Completas*. Vol. VI. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pg. 4758.

⁴⁴ De um pensamento que percebe que poderia sempre correr por outras vias e fazer-se de outra maneira. Como diz a célebre passagem de Foucault: “*Mas o que é filosofar hoje em dia – quero dizer, a atividade filosófica – senão o trabalho crítico do pensamento sobre o próprio pensamento? Se não consistir em tentar saber de que maneira e até onde seria possível pensar diferentemente em vez de legitimar o que já se sabe?*” (FOUCAULT, M. *História da sexualidade: o uso dos prazeres*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque, 5ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988, pg. 13).

⁴⁵ “*Não se trata aqui por certo da capacidade natural de autodeterminação sob os auspícios estritos da faculdade volitiva, nem de uma autonomia inteligível que se processaria no nível extra-fenomenico, apenas formal e essencial...*” In: ONATE, A. M. *Op. cit.* pg. 63.

⁴⁶ Ainda de acordo com Onate, o homem “*.. só é livre em sua plenitude quando se identifica com a dinâmica do finito, ou seja, quando cada instante de sua existência é justificado desde sua própria emergência, sem necessitar de respaldos extrínsecos.*” Idem.

⁴⁷ A metáfora do ‘jogo de dados’ está no ensaio “Sobre Verdade e Mentira...”, *Op. cit.*, pg. 35.

das.⁴⁸ O jogo de dados representa as tantas combinações possíveis (do vir-a-ser) e suas provisoriedades – já que duram até o novo lance, sempre válido, independente do resultado.

Para finalizar retomamos a epígrafe de Nietzsche. Consideremos que, se não pode ser tarefa, que esteja pelo menos no horizonte da reflexão teórica (seja ela da filosofia ou da filosofia do direito) a problematização sobre o que constitui construção humana. E que esta problematização se exercite por um estado de alerta, de curiosidade, acerca do que move nossas interpretações/construções a partir de onde e por quê.

⁴⁸ Aqui a interpretação se aproxima da noção de Heráclito do devir como o jogo inocente de crianças que brincam de criar e destruir.

EL DERECHO MODERNO: EL DERECHO MANUFACTURADO

DANIEL SANDOVAL CERVANTES

Resumen: El presente trabajo expone ciertas coincidencias entre las características del proceso de manufactura y el proceso de producción del derecho en los órdenes jurídicos modernos. El autor propone, frente a un espíritu de rebaño, la construcción de un individuo integral y responsable como elemental condición de posibilidad en el surgimiento de un derecho contextual e inmediatista.

Resumo: O presente trabalho expõe determinadas coincidências entre as características do processo de manufatura e o processo da produção do direito nos ordenes jurídicos modernos. O autor propõe, frente a um espírito de rebanho, a construção dum indivíduo integral e responsável como condição elementar de possibilidade no surgimento dum direito contextual e imediatista.

Abstract: This paper presents certain similarities between the characteristics of the process of manufacturing and production process of law in modern legal systems. The author proposes, compared with a spirit of the herd, building a comprehensive and responsible individual as a basic condition for the emergence of a right context and immediately.

1. Introducción

El objetivo de este trabajo es analizar brevemente el proceso de producción del derecho, bajo los parámetros modernos, a la luz de algunos conceptos de la teoría expuesta por Carlos Marx en el primer tomo de *El capital*. Específicamente el presente trabajo pretende mostrar algunas coincidencias entre las características del proceso de manufactura y el proceso de producción del derecho en los órdenes jurídicos modernos, con base en la figura del estado.¹

En este sentido, la hipótesis del presente trabajo es que, a partir de estas coincidencias provocadas y mantenidas por el propio concepto de derecho moderno (y, por tanto, en gran parte *derecho burgués*) se ha inducido a una actitud de “rebaño” en los individuos que forma parte del orden jurídico, siendo que esto, por un lado, ha facilitado la operatividad conceptual del derecho moderno, mientras que, por otro lado, ha producido una creciente apatía, e incluso resentimiento, ante un derecho conceptualmente producido que lleva implícita una no participación activa de los individuos en su producción. Finalmente, esta situación lleva a una postura de no responsabilidad de los individuos ante el producto jurídico, considerado como algo extraño y ajeno a ellos, y, por tanto, ha provocado una creciente falta de operatividad del derecho moderno en su función de cohesión social, lo que ha provocado, a su vez, una creciente contextualización de los sentidos jurídicos.

¹ Se debe tener en cuenta que la asimilación conceptual no es exacta, y, por tanto, que muchos de los conceptos dados por Marx sufrirán, dentro del proceso de este trabajo, de algunas deformaciones. Simplemente espero que su capacidad de construcción crítica justifique el grado de su deformación.

2. El derecho manufacturado. El proceso de producción del derecho, como un proceso de manufactura.

El derecho moderno se destaca, como casi todo dentro de la modernidad, por un funcionamiento que primordialmente parte de los conceptos. En este sentido la operatividad de los conceptos jurídicos en el derecho moderno se debe, no tanto, a la participación activa de los individuos en su creación, y, por tanto, en un contenido existencial de los conceptos jurídicos, sino que, más bien, se debe a un espíritu de rebaño implícito en la obediencia del derecho moderno.²

La formación de este espíritu de rebaño ha sido un producto de un lento proceso de formación del derecho moderno: el estado. La idea del estado implica, por necesidad, dentro del derecho moderno, la producción del derecho como un proceso de manufactura. Por un lado el derecho moderno para su operatividad presupone la libertad de los individuos para obedecerlo, es decir, en el mantenimiento del derecho moderno como el sistema normativo social por excelencia, valen más los métodos de legitimidad basados en el consentimiento (aunque sea este necesariamente pasivo), que los métodos de coerción física (los cuales son a su vez apropiados por el orden jurídico, es decir, el estado).³

² El término de “espíritu de rebaño” lo he tomado prestado de la frase de Nietzsche. En este trabajo se entenderá por instintivo de rebaño una obediencia pasiva y casi inercial a los mandatos jurídicamente producidos. Si bien, creo que esto no es completamente posible, me parece que los individuos se autoperciben como obedientes de esta forma frente al orden jurídico, por una cierta necesidad de inocencia frente a los productos jurídicos, por una necesidad de poder culpar a alguien más. Si bien esta postura no es del todo fantasiosa o irreal, también parto del supuesto de que, dentro del proceso de reconocimiento del derecho el individuo no ocupa una posición de poder marginal, como el derecho moderno quiere hacer parecer, sino que ocupa una posición primordial en la reproducción de los contenidos jurídicos. Véase: Correas, Óscar, *Teoría del Derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2004, pp. 77-84, 106 y ss., 158, Fitzpatrick, Peter, *La mitología del derecho moderno*, tr. Nuria Parés, México, siglo veintiuno editores, 1998, pp. 6, 10, 16-17, 36, 39-41, 43, 52, 55-57, 64, 68, 83, 129-130, 132, 134, 136-137, 140-141, Nietzsche, Friedrich, *Así habló Zaratustra. Un libro para todos y para nadie*, Introducción, traducción y notas Andrés Sánchez Pascual, 4ª reimp., México, Alianza Editorial, 1994 (en realidad no puedo citar páginas específicas, en ésta y en las futuras citas a Nietzsche, *Así habló Zaratustra*, debe entenderse como una bibliografía que se especifica en las páginas citadas de *La genealogía de la moral*), Nietzsche, Friedrich, *La genealogía de la moral*, Introducción, traducción y notas de Andrés Sandoval Pascual, 6ª reimp., Medird, Alianza Editorial, 2005, pp. 26-28, 38, 46-54, 56-57, 59-61, 75-85, Hobbes of Malmesbury, T., *Leviathan, or the Matter, Forme & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*, Introduction Jennifer J. Popiel, New York, Barnes & Nobles Books 2004 [1651], pp. 89-128.

³ Una parte de la teoría jurídica contemporánea ha reconocido la necesidad, para la operatividad del derecho moderno, una cierta aceptación y obediencia voluntaria de los individuos: la coacción física como facultad privativa del estado no es el sustento principal, al menos no el único, para el mantenimiento de la normatividad del orden jurídico. Es solamente, una garantía final de sujeción coactiva para un número pequeño y determinado de individuos que no acatan las normas jurídicas del orden, o bien, una forma de introducir violentamente un orden jurídico no existente, pero no una vía para su mantenimiento. Véase: Correas, Óscar, *Teoría del derecho*, op. cit., pp. 99 y ss., 106 y ss., 158, Correas, Óscar, “...Y la norma fundante se hizo ficción”, en *Revista Crítica Jurídica*, número 18, Junio 2001, <http://www.unibrasil.com.br/asite/publicacoes/critica/artigos18.htm> y Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, tr. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, pp. 73-77, 93-94. Como se ve hay aquí una cierta concordancia con el proceso de producción capitalista, pues éste también requiere la libre concurrencia del obrero, y no su presencia físicamen-

Pero este consentimiento pasivo, otorgado en condiciones de libertad, no es algo fortuito dentro del derecho moderno, sino que también implica por sí mismo la construcción de un proceso de producción que lo sustente. Aquí empiezan las coincidencias entre el proceso de producción del derecho moderno y el proceso de manufactura. En un principio, el derecho era un producto meramente social, y, si bien siempre ha sido un proceso excluyente, implicaba una participación activa de los individuos que se adherían a su normatividad. Es decir, todos los individuos participaban en toda la formación del proceso de producción normativa. En cambio el derecho moderno, para mantener su operatividad (fundamentalmente basada en conceptos dados de antemano) conlleva la necesidad de un proceso de producción dentro del cual los individuos no sean capaces, más que dentro de un proceso de producción concentrado, de producir normas jurídicas.⁴

te coactiva. En este sentido, me parece que en ambos, opera una, por llamarla de alguna manera, “coacción interna”, una creación estratégica de una necesidad “moral” de producir y reproducir ambas formas modernas. Véase: Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, [s.p.i], (documento proporcionado por el Maestro Alfonso Ochoa como lectura para su clase de Historia de la filosofía del derecho I), pp. 228 y ss., Marx, Carlos, *El capital I. Crítica de la economía política*, tr. Wenceslao Roces, 3ª ed., 3a reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 121-122 y 270.

⁴ En este sentido la costumbre, al menos en la época griega, tenía un valor de uso por sí misma. Era considerada como útil socialmente por los miembros de la comunidad, así como también el ciudadano tenía implícita la idea de un ser político. Es decir, la capacidad de decisiones políticas existía en el ciudadano como individuo “libre”, y no concentrada en las manos de los representantes. En cambio en el derecho moderno, opera una limitación de la política; el individuo no ha dejado de ser político, sino que las expresiones políticas se han de hacer solamente en los lugares y mediante los procedimientos normativamente regulados por el derecho. El derecho concentra todas las formas legítimas de producción de decisiones políticas. Los funcionarios solamente actúan como tales, en los términos en que las normas de competencia prescriben, y al final, toda producción de derecho es un proceso de obediencia a las normas de competencia jurídica. Se pretende que no exista la creación de sentidos jurídicos sino a través del sello de aprobación del mismo orden jurídico. Véase: Correas, Ó., *Teoría del derecho*, op. cit., pp. 45-50, 146, 254 y ss., Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Tr. Roberto J. Vernengo, México, Edit. Porrúa / UNAM, 1992, pp. 22, 36, 59-60, Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, Tr. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 39-40, 133, 135, 137, 139, 179-181, Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, Tr. y notas Rolando Tamayo y Salmorán, 2ª ed., México, UNAM, 1985, pp. 44, 67-70, 93, 94, 126-127, 193, Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, 4ª ed., México, Distribuciones fontamara, 2001, pp. 43-47, 50-1, 60-61, 67, Santos, Boaventura de Souza, “La transición postmoderna: Derecho y política”, pp. 223-263, en Doxa-6, 1989, todo el texto, más específicamente pp. 223-247, Bourdieu, Pierre, *Poder, derecho y clases sociales*, op. cit., pp. 125, 170, 171-175, 185-6, 196. En este sentido el valor de los productos jurídicos se equipara a la valorización de la mercancía dentro del proceso de producción capitalista, pues en ambos, si bien son productos de individuos concretos solamente adquieren su valor como productos imputables a un ente superior a los mismos individuos que conforman y operan el proceso de producción: el derecho solo es jurídicamente valioso como producto del estado (individuo colectivo) y la mercancía adquiere su valor como producto de un ente superior a los obreros que concretamente realizan las distintas fases parciales de la producción de la mercancía: el obrero colectivo. Véase: Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 183 y ss., s.a., “Discurso y poder en Foucault”, op. cit., Tamayo y Salmorán, R., *Elementos para una teoría general de derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, op. cit., p. 444, Fitzpatrick, P., *La mitología del derecho moderno*, op. cit., 5-6, 17, 23, 24, 26, 36, 38-39, 40-41, 52, 85, 90, 95, 126-130, 142-143, 145, 176-177, 211, 215, 216, 220-222,

De tal forma, el derecho moderno, para operar este proceso de producción concentrado debe, primero, generar un proceso de alienación y parcialización de los individuos: una división de trabajo en el proceso de producción del derecho que, no sólo distribuya las funciones de producción del derecho entre distintos individuos, sino que genere una especialización tan parcializante de las funciones globales del individuo, que lo que importe en su producción no sea la acción concreta de los individuos, sino simplemente el valor de la función que desempeñan: todo valor de la conducta es simplemente una reinterpretación de los conceptos.⁵

3. Estado, sujeto jurídico y concentración de la producción: el plusvalor jurídico.

Sin duda la implementación de este proceso de producción, de manufactura, del derecho moderno, necesita generar, por denominarlo de una manera coincidente con los conceptos de Marx, un plusvalor jurídico de las conductas de los individuos. Es decir, el valor de las conductas, dentro de la valorización jurídica moderna, no es ya, también por utilizar la terminología marxista, el valor de uso de la conducta, sino su plusvalor jurídico, su calificación jurídica.⁶

Habermas, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 12-35 y Marx, C., *El capital I. Crítica de la economía política*, op. cit., pp. 262, 274, 292, 294, 425.

⁵ En ambos casos: La mercancía y el derecho, se generan plusvalores, que si bien tienen que ser producidos necesariamente por los individuos concretos que participan en sus procesos de producción, al mediar la figura de los individuos colectivos (en los cuales se concentran las virtudes dispersas de todos los individuos que participan en las fases parciales y especializadas de la producción), es a la cual finalmente, y también ficticiamente, se le imputa la producción del plusvalor. Bajo esta perspectiva no son ya los individuos concretos los que generan los valores, sino la concentración en un ente colectivo es la que se toma como generadora del valor. El trabajo individual concreto parcial y especializado no produce por sí mismo valor, sino solamente al participar en el proceso de producción total y concentrado el cual es sostenido como algo ajeno y superior a cualquier individuo, pues concentra todas las virtudes que en cada individuo son diferentes. Así pues, no hay derecho sino es a través de un proceso de producción de manufactura imputable al individuo colectivo que se expresa por medio del estado (el estado se ha apropiado de toda forma de producción de valor jurídico). Se genera una distinción y oposición entre las conductas concretas de los individuos que participan en el procesos de producción jurídico y el valor del producto jurídico (estado). Véase: Marx, C., *El capital I. Crítica de la economía política*, op. cit., pp. 31 y ss., 37 y ss., 69-76, 83-90, 103-111, 119, 120-148, 150-165, 259-301, Correas, Ó, *Teoría del derecho*, op. cit., pp. 109-118, 150 y ss, Correas, Óscar, *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*, México, UNAM / Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades / Ediciones Coyoacán, 2003, pp. 15-17, 38-40, 64. También véase nota anterior.

⁶ Al verse al estado como un ente distinto y superior al de los individuos que participan en su creación y recreación, se permite que el estado, si bien debe ser operado por individuos concretos, se pueda presentar por sí mismo como un ente colectivo capaz de crear, sin la intervención de individuos concretos los valores jurídicos, y también, capaz de valorar las mismas conductas concretas que implican su creación discursiva de conformidad con la tabla de valores que a dicho ente colectivo le es imputada. En este sentido se entiende como plusvalor jurídico un valor que si bien es generado por conductas concretas de individuos concretos, por decirlo de alguna manera, no es, en términos jurídicos, retribuido a los individuos participantes de una forma equitativa al valor que ellos mismos producen. Pareciera que los individuos trabajan para crear un valor jurídico que se

Esta forma de valorización de las conductas necesita de dos condiciones básicos: 1. Un ente concentrado de producción de valores jurídicos, con base en el cual valorizar las conductas de los individuos, 2. Un ocultamiento de la forma en que dicha tabla de valores jurídicos es creada, de lo cual permite ver su operación como algo natural o simplemente inercial, como algo que no ha sido creado o producido por alguien, sino que ha permanecido ahí, siempre subyacente, a las conductas humanas.

El ente en el que se concentra la valorización jurídica de las conductas de los individuos no es otra cosa que el orden jurídico consustancial al régimen social y económico moderno: el capitalista. Pero no solo eso, sino que el orden jurídico para ser completamente operativo tiene que ocupar la forma de una personalidad colectiva: el individuo colectivo, el pueblo, que se expresa o produce otro ente colectivo que hace operar al orden jurídico: el estado. En este sentido es en el estado en el ente que se concentra la producción del derecho.⁷

imputa al estado, para que luego el estado pueda valorizar y controlar sus mismas acciones. Como se ha dicho, las conductas concretas individuales no tienen ya ningún valor jurídico en sí mismas, sino solamente en relación con su forma de imputación a los valores jurídicos imputables al estado. Lo irónico es que esos valores jurídicos son, precisamente, creados por las conductas concretas que ahora son valoradas sólo con referencia a ellos. Si bien hay distintos niveles de retribución jurídica según los distintos niveles de especialización del trabajo desempeñado: los funcionarios obtienen una mayor retribución que los no funcionarios. Véase: Marx, C., *El capital I. Crítica de la economía política*, op. cit., pp. 8, 11-12, 293 y 448-454, Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho. Introducción al estudio de la ciencia jurídica*, 2ª ed., reimp., México, Ed. Themis, 2003, pp. 420-422, 427 y ss., Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La interpretación judicial y la constitución*, (s.p.i.) (tesis doctoral facilitada por el mismo autor a través de un disco compacto), pp. 210 y ss., al comentar el autor la teoría argumentativa de Neil MacCormick, Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, op. cit., pp. 131, 138, 147, 160 y 167, Fernández Segado, Francisco, “Reflexiones en torno a la interpretación de la constitución”, en *Derecho procesal constitucional*, t. IV, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), Prol. Héctor Fix-Zamudio, 4ª ed., México, Ed. Porrúa-Colegio de secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2001, pp. 3347, 3350-3351, tomando ideas de Smend, y Fix-Zamudio, H., “Lineamientos esenciales de la interpretación de la constitución”, *Derecho procesal constitucional*, t. IV, op. cit., pp. 3372-3373, 3385, 3390-3391, Fitzpatrick, P., *La mitología del derecho moderno*, op. cit., pp. 5-6, 10, 13, 23, 26, 38-39, 40, 41-42, 43, 51, 52, 58, 59, 60, 65, 77-79, 81, 83, 85, 88-90, 112, 120-121, 129, 141, 145, 147, 148, 162, 172-3, 193-194, 204-207, 211 y ss., s.a., “Discurso y poder en Foucault”, en *Humanitas. Portal Temático en Humanidades*, [s.p.i.] (texto proporcionado vía correo electrónico por el Maestro Federico Arce como material de lectura para su clase de Filosofía Política), 17 p. También véanse notas 4 y 5.

⁷ En la formación de este tipo de ente colectivo hay un conjunto de contradicciones y tautologías que deben ser mediadas por el mismo concepto que es producido por dicho conjunto (lo cual implica de por sí ya una tautología: pues al mediar y resolver las contradicciones el mismo concepto que las provoca, resulta que el concepto siempre está en lo correcto). Por un lado el pueblo, como ente colectivo que a la vez no es más que la suma de individuos pasionales e irracionales, pero también algo superior a todos ellos.

Es una masa incoherente, pero bondadosa que, por tanto, merece ser expresado a través de un ente, que necesariamente debe ser colectivo (no imputable a un solo individuo o conjunto de individuos homogéneos) y este ente colectivo es el orden jurídico (el estado). En este sentido se presenta una contradicción dentro del mismo ente colectivo que, se presupone, racionaliza lo que subyace en el pueblo (que de suyo ya es un ente ficticio), pues el estado, al no hacer más que concentrar las conductas concretas de individuos concretos (que comparten como característica

Lo que permite a esta figura del estado operar y, por tanto, generar consensos pasivo de la necesidad social de su operación, es precisamente el proceso mismo mediante el cual se elabora su figura: la manufacturización del proceso de producción del derecho. Así pues el individuo como individuo concreto nunca es, en verdad, productor de normas jurídicas, el individuo moderno solamente participa de forma parcial y especializada en la producción de un valor que, por un lado, proviene de su trabajo, pero por el otro lado, es algo más virtuoso que él.⁸

En primer lugar tenemos a los individuos no funcionarios del orden jurídico, éstos individuos participan en la producción del derecho, pero su

común una pasionalidad permanente), es ya de por sí una contradicción, una racionalidad que opera a través de la concentración de irracionalidades dispersas.

Sin embargo, la misma creación lingüística de la figura del estado permite salvar estas contradicciones: el estado se convierte en una tautología: el estado es el derecho y el derecho es la expresión racional del pueblo. Por tanto, el derecho estatal (que es el único previsto como posible) siempre está en lo correcto y puede, incluso, corregir aquél ente colectivo (el pueblo) del cual solamente es su expresión. Lo que ocurre aquí es que se oculta precisamente el origen irracional y de elite de todo concepto jurídico en el derecho moderno: son producidos por seres, que al ser individuos concretos, son también irracionales, la racionalidad de su producto sólo es conmensurable usando como medida la propia irracionalidad que los genera. Véase: Taylor, Ch., *Imaginarios sociales modernos*, op. cit., 18-20, 28, 30, 31, 37-45, 169, Habermas, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 12-35, Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, op. cit, pp. 228 y ss..

⁸ Aquí se presenta otra tautología. El proceso de producción del derecho determina la valorización de su mismo producto, al valorar su producto conforme a las calificaciones de las conductas individuales, que el mismo derecho se encarga de valorar: entonces nunca puede estar mal, el proceso no puede fallar pues, como se puede ver, el proceso es, él mismo, su propia medida de valorización, sino que, si algo puede fallar, ese algo es la realidad, por no ajustarse a los parámetros impuestos por el proceso. Esta tautología, al menos en el derecho, resulta operativa por compartir, con el proceso de producción capitalista, una contradicción interna: al mismo tiempo, como procesos a los cuales se les imputa su plusvalor como procesos concentradores de virtudes dispersas y, al estar dispersas, por sí mismas no valiosas, entonces se pueden considerar como procesos que se encuentran fuera del alcance de la posible crítica de los individuos concretos que los generan, pues los procesos de producción representan un plusvalor más allá de las capacidades individuales de producción (al menos eso pretenden hacer pensar).

Sin embargo, a pesar de ser procesos alienatorios y excluyentes de la participación activa y crítica de los individuos, funcionan a la vez gracias a la participación pasiva o no crítica de estos individuos y, al ser producto de estos mismos individuos, pero a su vez algo más grande que ellos, los individuos se pueden relacionar con el producto total de estos procesos, convirtiéndolo en un fetiche, como algo más valioso que ellos mismos y por tanto inalcanzable, pero al mismo tiempo como una meta que puede y debe, pues tiene un cierto valor moral, dominar o dirigir su comportamiento. Se completa la contradicción sobre la que se produce el derecho racional (el derecho valioso): una normatividad inalcanzable para la crítica de los individuos concretos (aún cuando no representa más que la suma de conductas concretas implicadas en su producción) pero una normatividad cognoscible para esos mismos individuos concretos; por tanto, un proceso de producción que demanda obediencia pasiva de sus mismos productores, un proceso que se adueña, primero de sus actividades productivas concretas y, al final, de la totalidad de la vida cotidiana de los mismos individuos productores. Véase: Correas, Ó., "...Y la norma fundante se hizo ficción, op. cit., pp. 5-10, 11-12, 15-17, Correas, Ó., *Teoría del derecho*, op. cit., 45 y ss., 136-138, 146, 150 y ss., Correas, Óscar, *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*, op. cit., pp. 80, 72-73, Marx, C., *El capital I. Crítica de la economía política*, op. cit., pp. 36-46, 64 y ss., 131, 136, 137 y 259-301. También véase nota 5.

participación es más bien pasiva. Al ser individuos no especializados en el manejo de los conceptos jurídicos, los individuos no funcionarios participan, siempre, de forma indirecta en la producción del derecho, su participación es siempre parcial y transitoria dentro del proceso de producción de derecho. Por otro lado lo que importa, en términos de valorización jurídica, no es en sí mismo, el valor de uso de su conducta, sino el valor jurídico imputable a su conducta fáctica.⁹

Por otro lado tenemos a los individuos funcionarios jurídicos, es decir, los individuos especializados (en primer lugar por ser sujetos jurídicos creadores de derecho a través de la imputación realizada con base en normas jurídicas de competencia). Su trabajo dentro de la producción del derecho, si bien, tiene un grado más alto dentro del proceso de producción, finalmente siempre es un trabajo parcial y transitorio, es decir, de las mismas características, pero con distinto valor jurídico, que el trabajo desplegado por los individuos no funcionarios. No importa tanto su conducta específica dentro de la creación de derecho, sino su participación en el producto del individuo colectivo: el estado. A final de cuentas, todo el proceso de producción de normas jurídicas no es más que un producto de un ente colectivo. De tal forma que, las conductas de todos los individuos, tanto funcionarios como no funcionarios, solamente tienen un valor jurídico respecto de este producto general, recordando que este producto no es igual a la acción de alguno o algunos de los individuos, sino un producto que aglutina todas las capacidades de todos los individuos. Representando, por tanto, las conductas de los individuos, un valor jurídico en tanto representan a un producto del estado. Es decir, en tanto que dichas conductas pueden ser vistas como atribuibles al proceso general de producción de derecho¹⁰

⁹ No pasa desapercibido que los individuos tienen la capacidad, a través, de las relaciones contractuales de generar normas jurídicas individuales. Sin embargo, esto es, a final de cuentas, dentro del marco normativo general que determina los contenidos posibles de los contratos. Por otro lado, es precisamente en las relaciones contractuales en las cuales se desarrolla la reproducción de las conductas específicas necesarias para el mantenimiento del régimen capitalista, por tanto, las relaciones contractuales no representan, por lo general, una posible amenaza para la constante y permanente reproducción de las relaciones sociales capitalistas. Por lo demás, la mayor parte de la participación de los individuos en la creación de normas jurídicas es pasiva o indirecta: se desarrolla (dicha participación), en todo caso, a través de la “ayuda” de una cadena de intérpretes y consejeros con el carácter de individuos jurídicamente especializados, si es que la participación del individuo desea tener algún peso jurídico, siendo esta la única manera en que el individuo no especializado puede participar, siempre indirectamente, del proceso general de producción de derecho. Véase: Correas, Ó., *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo, op. cit.*, pp. 29-38, Correas, Ó., *Teoría del derecho, op. cit.*, pp. 254 y ss., Kelsen, H., *Teoría pura del derecho, op. cit.*, pp. 16-17, 21-22, 23, 30, 34, 35, 40-41, 47, 57-58, 151-152, 158, 264, 269.

¹⁰ Debido a la identidad entre el derecho y el estado, una conducta concreta de un individuo que ha sido reconocido como un funcionario del orden jurídico, solamente puede ser considerada como una conducta jurídica creadora de normas jurídicas, precisamente si se presentan dos condiciones básicas: 1. es emitida por un individuo reconocido, con base en normas de competencia, como un individuo que, por momentos, actúa como un sujeto jurídico autorizado para crear normas jurídicas, 2. ese mismo individuo debe desplegar su conducta específica, que pretende ser una conducta jurídica creadora de normas jurídicas, de tal forma que pueda ser justificada a partir de las normas de

Por otro lado, también se presenta un ocultamiento del proceso de creación de conceptos que se encuentra subyacente al proceso descrito en los párrafos anteriores. Por un lado, esto permite ver al proceso de valorización jurídica como algo “natural”, como algo que siempre ha estado allí y no como lo que es: una forma de producción jurídica históricamente determinada y política-moral-económicamente interesada: el derecho moderno, desde la perspectiva anterior, no es visto como algo paralelo y consustancial a la modernidad y al capitalismo, sino que se presenta como algo separado e independiente de éste. Su funcionamiento aparenta ser neutral e imparcial: los conceptos modernos y burgueses, pueden ser usados de manera no moderna y no burguesa, pues se encuentran subyacentes al funcionamiento de toda sociedad y no solamente las modernas.¹¹

Para lo anterior opera una separación entre el contexto histórico de creación de los conceptos modernos y su operatividad, ocultándose, tras de un concepto de moral con pretensiones universales, una moral particular que ha sido la generadora de los conceptos con base en los cuales opera el derecho moderno. Es decir, se oculta el para quién se producen los valores jurídicos,

competencia que se consideren correspondientes. Como se puede ver, la conducta concreta del individuo considerado como funcionario jurídico solamente es imputable al estado cuando participa del proceso general de producción del derecho, cuyos fundamentos, ahora constitucionales, están más allá de su alcance de modificación: el proceso de producción de derecho moderno también controla a los funcionarios, pues si éstos no logran una justificación aceptada como justificación jurídica, es decir, como justificación basada en normas jurídicas de competencia, entonces su conducta concreta no tiene valor de conducta jurídica creadora de normas jurídicas y, por tanto, se encontraría fuera del proceso de producción de derecho moderno: fuera del control jurídico. Véase: Raz, J., *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, op. cit., pp. 32-33, 38, 40-41, 46-49, 68-69, Bourdieu, Pierre, *Poder, derecho y clases sociales*, Coordinación de la edición y traducción Andrés García Inda, España, Edit. Desclee de Brouwer, 2000, pp. 66, 72, 82, 90-92, 94, 168-9, 189-193, 200-222, Fitzpatrick, P., *La mitología del derecho moderno*, op. cit., pp. 5-6, 17, 22-24, 38-39, 48, 52, 55-56, 61, 81, 83-84, 85, 89, 97, 102, 112, 116, 120-121, 123-124, 128, 133, 134, 139-140, 158-159, 161, 162, 163-4, 171-173, 174, 204, 209-211, Correas, Ó., *Teoría del derecho*, op. cit., pp. 45-50, 77-84, 136-138, 150 y ss. También véanse notas 4 y 6.

¹¹ Al igual que como sucede con el plusvalor en las mercancías, donde éste parece moverse por sí mismo y por su misma naturaleza, el proceso de producción del derecho moderno también parece dotar al derecho (producto de ese proceso) como algo que se mueve por sí mismo, en virtud de su esencia natural, esencia natural del derecho que da la apariencia de siempre haber residido dentro la misma esencia natural del hombre (solamente que antes de la modernidad no había sido descubierta, o no había sido adecuadamente perfeccionada), y que, por tanto, no necesita más que del comportamiento natural (racional) del mismo hombre para funcionar. Es un proceso que parece ser naturalmente necesario (si bien su aplicación humana puede resultar de vez en vez equivocada, el proceso en sí mismo se encuentra más allá de cualquier duda, el proceso es natural y, por tanto, impecable. El único problema es que ambas esencias naturales (la humana y la del derecho) constituyen creación de la misma modernidad (burguesmente interesada). De nuevo regresamos a la tautología: la modernidad no se puede equivocar porque ella misma es el fundamento de sus propios procesos, dándoles la apariencia de ser procesos con contenidos naturales y necesarios. Después de todo, la única alternativa al proceso de producción de derecho moderno es la anarquía y la irracionalidad. Véase: Taylor, Charles, *Imaginario sociales modernos*, España, Ed. Paidós, 2006, pp. 30, 32, 44-5, 169, 173, Correas, Ó., *Acerca de los derechos Humanos. Apuntes para un ensayo*, op. cit., pp. 15 y ss., Marx, C., *El capital I. Crítica de la economía política*, op. cit., pp. 37-46, 50-53, 57-58, 64, 69, 74-76, 85, 119, 295 (cuando cita a Adam Smith), 427, 452 y 454. Véase también nota 7.

para quién es que funcionan, en realidad, el proceso de producción del derecho moderno.¹²

En este sentido el derecho, en su operación, ya no es moral, pero sí es moralizante, pues existe paralelamente a una moral social universal subyacente a todos los individuos, sin importar su grado de conciencia en torno a la existencia de esta moral universal. El problema es que esta moral universal, que pretende aportar los conceptos que den operatividad al derecho moderno, no es un producto social que implique la participación activa de todos los individuos como seres humanos integrales, sino que es un producto de elite, es un producto de los individuos modernos, en todo caso, individuos que corresponden al individuo capitalista.¹³

¹² Pareciera, por ejemplo, que la universalización de los contenidos de los derechos humanos fuese simplemente una cuestión de tiempo para que aquellas sociedades que aún no los aceptan - por supuesto, casi siempre por razones políticas y no racionales- se den cuenta de sus errores y recapaciten (a final de cuentas la tolerancia y la integración cultural liberal tienen su fundamento en la creencia de la superioridad racional de sus conceptos, se tolera al ignorante, al errado, al “otro”, mas no se acepta a ese “otro” como alguien que pudiera tener conceptos legítimos[dignos de ser tomados en cuenta en las discusiones políticas y jurídicas], pero distintos de los liberales). En parte esto se debe a que los derechos humanos se han separado de sus orígenes históricos concretos: el individuo moderno (burgués); hoy los derechos humanos no son más una creación burguesa que, precisamente, permite la reproducción de sus relaciones de dominación de clase. Hoy nada resulta más absurdo, pues hoy los derechos humanos son un producto de la naturaleza humana, esa naturaleza humana que no distingue clases sociales. Véase: Marx, C., *El capital I. Crítica de la economía política*, op. cit., pp. 19, 35-40, 48, 88-91, 121, 270, Rolla, G., *Derechos fundamentales, estado democrático y justicia constitucional*, estudio introductorio de Miguel Carbonell, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 13, 25, 37, 46-47, 52, 59, 112 y 179, Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el Siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004, pp. 5-6, Aragón, Manuel, “La constitución como paradigma”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (coord.), 3ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2005, p. 121, García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., 4ª reimp., Madrid, Civitas Ediciones S.L.2001, p. 46, Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM-III, 2002, pp. 117-118 y Mora-Donatto, Cecilia, *El valor de la constitución normativa*, México, UNAM-III, 2002, p. 19, Fitzpatrick, P., *La mitología del derecho moderno*, op. cit., pp. 10-11, 17, 20, 36, 37, 40-41, 50-51, 59-60, 89-90. 129, 132, 140, 161-164, 166., Maturana Romesín, H., *Emociones y lenguaje. En educación y política*, op. cit., pp. 47, 51-53, 54-55.

¹³ Pues el sistema moral moderno no es, ni por mucho, un producto espontáneo de la sociedad como un todo; esto no podría ser, pues, precisamente, el ideal moderno surge como una ruptura total con el pasado premoderno y sus ideales morales irracionales. El ideal moral moderno es, pues no podría ser de otra forma, un producto de elite, un producto de aquellos hombres (como individuos concretos) que fueron capaces, debido a sus características particulares, de ver más allá de la premodernidad, aquellos individuos que fueron capaces de crear sus propios conceptos morales, aquellos individuos libres y llenos de confianza. Ellos (los modernos-burgueses) fueron quienes crearon los conceptos morales necesarios y suficientes para el progreso sin fin. El resto de los individuos (que no libres, sino liberados por el hombre moderno), toda vez que no fueron capaces de crear sus propios (los impotentes), tuvieron la suerte de poder comprender, aceptar y practicar los ideales morales modernos, los que, a su vez, fueron permeando las prácticas cotidianas de los individuos modernizados, hasta el punto que ya no es posible pensar en la existencia de otros ideales morales distintos a los modernos, pues estos ocupan cada espacio posible de la vida y pensamiento cotidiano del individuo modernizado. De tal forma que, en la modernidad los individuos, en el plano moral, actúan como simples seguidores de los ideales morales modernos: se ha implementado con éxito

Una moral conceptual de elite no permite una producción de sentidos morales y jurídicos con la participación activa de los individuos, sino que presupone la necesidad de una obediencia pasiva, que no cuestione los conceptos mismos, sino que por el contrario los considere algo, al mismo tiempo extraño y externo al individuo, también algo superior a él, algo que por su simple operación mejora al individuo, algo moralmente necesario. Este es precisamente el origen y el beneficio de un proceso de manufactura de producción del derecho: un proceso que implica, con base en una división de trabajo paralizante (pues implica que cada individuo no tiene más que una cualidad particular dentro del proceso de producción, por tanto, no puede criticar el proceso general en su conjunto, dado que este proceso aglutina, las cualidades particulares de todos los individuos), una obediencia no crítica y pasiva de los individuos, funcionarios o no, en la producción de valorización jurídicas, una valorización jurídica, en la cual importe no tanto el valor de uso (más bien la moralidad o beneficio contextual) de las conductas fácticas, sino el sentido de su imputación con referencia a conceptos preestablecidos.¹⁴

4. Debajo de la superficie: el individuo como constructor de sentido jurídico y la contextualización de los procesos locales de producción de derecho.

El proceso de producción del derecho moderno, como proceso de manufactura, contiene dos grandes presupuestos respecto de los individuos concretos que, al mismo tiempo, crean el producto y son controlados por él: 1. una aceptación pasiva tanto del proceso general de producción (por el simple hecho de ser el proceso general de producción), como de sus conceptos, 2. la utilización tanto del proceso general de producción como de sus productos en

el “espíritu de rebaño” (si bien, estoy consciente que utilizo este término separándome bastante de la forma en que Nietzsche -de quien he robado el término- ha considerado como su origen). Después de su creación y consolidación los ideales morales modernos reclaman su observación pasiva. Véase: notas 2, 7 y 11 y Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, op. cit. pp. 238 y ss.

¹⁴ El texto jurídico por excelencia, la constitución, proporciona un sistema objetivado de valores, a partir de los cuales, los funcionarios jurídicos especializados en la utilización racional (al menos en el mayor grado posible) de los argumentos jurídicos (hoy en día el juez constitucional), pueden crear normas jurídicas que desarrollen, en una espiral de progreso infinito, los valores objetivados por la constitución. De cualquier forma, es la constitución el documento con el que basta para valorizar jurídicamente cualquier conducta. Como es claro, esta valorización, que producida por cualquier individuo es una simple construcción transitoria, en manos de los funcionarios jurídicos adecuados, se convierte en verdad jurídica. De nueva cuenta, los individuos concretos no participan, sino solamente mediante los funcionarios jurídicos (cuyos actos son precisamente imputables al orden jurídico porque se fundan en normas de competencia imputables al mismo orden jurídico). El valor jurídico es solamente un producto del proceso general de producción de derecho, en el cual, de alguna manera, se borra la moralidad concreta de las conductas concretas de los individuos concretos que participaron en su creación, para ser sustituida por un valor general, por un valor jurídico independiente de las distintas moralidades que participaron en su creación. De forma parecida a lo que sucede con los valores de las mercancías. Véase: Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, op. cit., pp. 131, 138, 147, 160 y 167. También véase notas 8, 9 y 10.

la regulación de sus actividades cotidianas, que implica un grado aceptable de autosujeción de los individuos concretos.

Sin embargo, es, precisamente a partir de los dos presupuestos anteriores, que los individuos concretos pueden utilizar el poder que tienen (y siempre han tenido) dentro del proceso de producción de derecho. Es a partir de estos presupuestos que los individuos concretos pueden, por decirlo de alguna forma, hacer efectivo el valor que ellos producen dentro de la creación de valores jurídicos. El individuo concreto siempre ha sido, a final de cuentas, quien a tenido el poder para crear el valor jurídico. El valor jurídico no puede ser, como se ha querido hacer pasar, un producto solamente de otro valor jurídico. No puede funcionar sin la creación de valor producida por las conductas concretas de individuos concretos.¹⁵

El valor jurídico no es más que el reconocimiento del valor jurídico. Son los propios individuos quienes han creado este valor jurídico, pues son los mismos individuos quienes, con su reconocimiento, han creado al estado como dados de valor jurídico a las conductas. Sin duda esta perspectiva trae consigo una posibilidad infinita de crear valores jurídicos contextuales, de crear valores jurídicos a partir de mini procesos locales de producción de derecho. Procesos locales de producción que no pretendan escudar la creación de valor

¹⁵ Por un lado el poder de creación de significados y valores jurídicos nunca se ha encontrado concentrado en el estado. Son los individuos concretos quienes crean y utilizan los valores jurídicos. El principio de la validez del derecho siempre ha estado en la aceptación del estatus normativo de las normas jurídicas. Es el reconocimiento de las normas jurídicas como tales lo que las ha creado, y no un ente colectivo súper humano y concentrador de todas las virtudes (pero nunca de los defectos) como el estado. La figura del estado no es una creación única a partir de un poder único, sino que constituye una creación discursiva que surge de una infinidad de puntos de poder, precisamente que surgen del reconocimiento de los individuos concretos del plusvalor jurídico creado por el estado. El hecho de que existan individuos concretos cuyas decisiones sean reconocidas como reflejando un estatus normativo mayor que las decisiones producidas por el resto de los individuos. Es decir, el hecho de que exista el reconocimiento de los funcionarios jurídicos, tampoco implica una cesión de poder, sino una creación de poder constante por parte de los individuos, precisamente por que se reconoce la competencia normativa de los funcionarios jurídicos, presuponiendo la existencia del estado. El estatus de norma jurídica no modifica en nada que la conducta cuyo sentido es reconocido como norma jurídica proviene siempre de un individuo concreto. En este sentido, es posible percibir las normas jurídicas como el sentido de conductas concretas de individuos concretos. Una vez que desaparece la figura del estado como dador de plusvalor jurídico, solamente existen conductas concretas de individuos concretos, y el único fundamento para la normatividad de sus conductas es su propia capacidad retórica de convencimiento de su valor de uso. Véase: Correas, Ó., "...Y la norma fundante se hizo ficción", *op. cit.*, pp. 5-17, Correas, Ó., *Teoría del derecho*, *op. cit.*, pp. 106 y ss., 109-118, 155 y ss. Kelsen, Hans, "Dios y Estado", en Correas, Oscar, *El otro Kelsen*, México, UNAM / III, pp. 243-266, Ricoeur, Paul, *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido*, Tr. Graciela Monges Nicolau, 5ª ed., México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Letras / siglo veintiuno editores, 2003, pp. 23 y ss., 27, 29 y ss., 37, 40, 42, 43 y ss., 55 y ss., 83 y ss., 88 y ss., 91 y ss., 100, Barthes, Roland, *S/Z*, tr. Nicolás Rosa, 11ª ed., México, siglo veintiuno editores, 2001, pp. 1- 3, 6-7, 11, 14-16, 22-25, 33, 34, 66, 127-8, 169, 182.

detrás de entes colectivos ficticios, sino simplemente en la participación activa y concreta de los individuos concretos que en dicho proceso participan.¹⁶

Es importante señalar que la posibilidad de una multiplicidad de derechos contextuales existe ya dentro del derecho moderno actual: precisamente su vocación hacia los conceptos con pretensiones de abarcar universalidades, generó conceptos formales que pueden tener los contenidos significativos más variados, e incluso antagónicos, sin perder su operatividad como conceptos. En este sentido, la contextualización ha comenzado con la utilización alternativa de los conceptos modernos, por ejemplo, de los derechos humanos. Sin duda con la continua multiplicación de los significados jurídicos dados a los conceptos, si bien se puede hablar de una universalidad en la utilización de los conceptos modernos, no se puede hablar de una universalidad de sus significados, pues sus significados tienen, cada vez más, rasgos de un uso contextual, donde el estado podrá ser forzado a ocupar una posición secundaria.¹⁷

La idea es que la posibilidad de un derecho contextual, diseñado para la inmediatez, existe en la actualidad y está en manos precisamente de los individuos concretos: los mismos que han sido constantemente marginados a la hora de la producción de los parámetros de valorización dentro de los procesos de producción de derecho. Desde esta perspectiva el individuo debe reapropiarse concientemente de su parte de trabajo en la producción del valor jurídico, pues solamente mediante esta reapropiación conciente puede el individuo, al

¹⁶ Los procesos locales de producción del derecho implican dos cosas: 1. la producción de derecho bajo diferentes contextos de valorización jurídica (dando paso a una pluralismo jurídico no estatal, pues el estado dejaría de ser el único concentrador en la producción de valores jurídicos), 2. el traslape de los valores jurídicos generados dentro de los diferentes contextos. En este sentido, se puede vislumbrar un derecho no conceptualmente basado, un derecho que parte, precisamente de las conductas concretas (motivadas por las necesidad y la moralidad concreta de los individuos que despliegan las conductas), un derecho enfocado a la inmediatez y a la cotidianidad, y no un derecho conceptual, creado a partir de los conceptos determinados de antemano por elites determinadas. El derecho contextual implica, por un lado, una política panteísta, pues la política existe en todos los contextos de la vida (produciendo por tanto varios contextos jurídicos), mientras que el derecho contextual también permite la implementación de una ética de vida o de necesidades, pues es constituye una ética de la inmediatez. Las ideas acerca del derecho contextual las he tomado de: Santos, Boaventura de Souza, "La transición postmoderna: Derecho y política", *op. cit.*, todo el texto, más específicamente pp. 247-263; la idea de ética de vida o de necesidades véase en: Correias, O., *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*, *op. cit.*, p. 9, Solórzano Alfaro, Norman José, "Los marcos categoriales del pensamiento jurídico moderno: avances para la discusión sobre la inversión de los Derechos Humanos", en *Revista Crítica Jurídica*, Número 18, Brasil, UNIBRASIL, p. 15 consultada en la página de internet, www.unibrasil.com.br/asite/publicacoes/critica/artigos18.htm, Gutiérrez, German, "Ideas para un programa alternativo en el ámbito de la ética", *Revista Crítica Jurídica*, número 18, *op. cit.*, Herrera Flores, Joaquín, "La riqueza humana como criterio de valor", *Revista Crítica Jurídica*, Número Noviembre-Diciembre 2002, Brasil, UNIBRASIL, www.unibrasil.com.br/asite/publicacoes/critica/artigos21.htm, pp. 1-2.

¹⁷ Si bien, esta contextualización, hoy en día, se encuentra más en manos de actores sociales de la clase dominante, pues son precisamente las grandes empresas transnacionales, con el derecho regulatorio, las que han podido crear significados contextuales más eficaces de evitar el control de la figura del estado. También es cierto que, por ejemplo, en materia de derechos humanos, se ha posibilitado la creación de un derecho alternativo. Véase: Correias, Ó., *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*, *op. cit.*, pp. 48-49 (citando a Atienza), 49-50, 64, 86-89, 93 y ss.

mismo tiempo, derribar el efecto retórico producido por él mismo, que se esconde detrás del estado, mientras también puede participar como un individuo integral y responsable ante sí mismo en la construcción de sentidos jurídicos contextuales e inmediatos.¹⁸

En este sentido solamente mediante una moral individualmente creada y honestamente argumentada¹⁹, es que se puede generar un traslape entre los distintos contextos jurídicos, de forma tal que el valor producido dentro de los procesos locales de producción derecho no estatal, pueda ser considerado, no como un plusvalor jurídico, valorado únicamente en términos de imputación de un ente colectivo súper humano.

Es precisamente este ente colectivo llamado el estado el que permite un estado emocional ambivalente del individuo frente a él mismo y frente al estado: repulsión inconsciente hacia la normatividad estatal (que por cierto no es más que la creación normativa de un conjunto de individuo concretos dentro de los cuales se encuentra siempre el individuo mismo que se sujeta a su normatividad), mientras conscientemente se genera un crecimiento explosivo de demandas hacia el mismo estado que se desea ver fracasar (precisamente escondiéndose que la demanda realmente no se debería dirigir hacia el estado, pues este es un ente colectivo compuesto por individuos concretos, sino que las demandas deberían dirigirse contra los individuos concretos que operan las relaciones de dominación tras la máscara del estado).

Este estado de ambivalencia provoca una actitud compulsiva: más y más demandas que enmascaran un tendencia inconsciente cada vez mayor de trasgresión, que trae tras de sí la ingobernabilidad. La respuesta no se encuentra en la solución eficaz de las demandas (el orden jurídico se encuentra incapacitado para ello); tampoco se encuentra en la disminución de las demandas (pues implicaría una resignación de los individuos y una mayor sumisión a una

¹⁸ Precisamente por que la obediencia pasiva hacia los mandatos del estado, nunca fue realmente una simple obediencia pasiva: el reconocimiento del estado es mucho más que eso. El reconocimiento implica un acto de creación del mismo estado ante el cual se autosubordinada el individuo. En el fondo, siempre fueron los individuos concretos quienes con sus conductas creaban la existencia discursiva del estado, fueron ellos quienes en el fondo creaban todos los valores jurídicos y no el estado (pues éste es creado por el mismo reconocimiento de los individuos concretos). Esto mismo sucede también dentro del proceso general de producción capitalista de mercancías. Véanse notas 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 13 y 15.

¹⁹ Es difícil definir la palabra honestidad, pero la idea detrás de emplear esta palabra, es que, para que exista un diálogo entre individuos con diferentes concepciones morales del mundo, la primera condición sería la participación de individuos que acepten sus propias palabras como palabras provenientes de sí mismos, y no como palabras con una autoridad proveniente de otros individuos o, en el peor de los casos, de entes abstractos utilizados como estrategias discursivas que pretenden, por el sólo hecho de ser citadas, una ventaja argumentativa, en este sentido el individuo sería identificable como el enunciador y asumiría una responsabilidad total, asumiendo, por tanto, también un riesgo, respecto de la totalidad de sus argumentos. Confróntese: Mainguenuau, Dominique, *Introducción a los métodos de análisis del discurso. Problemas y perspectivas*, Buenos Aries, Hachette, 1976, pp. 125 y ss.

figura simplemente retórica como el estado), sino precisamente en la superación del estado de ambivalencia emocional.²⁰

Al final del día la respuesta siempre ha estado en manos de los mismos individuos concretos. Somos nosotros, y nuestra capacidad imaginativa para generar nuevas formas de organizaciones sociales (no modernas, no capitalistas), los elementos que determinan nuestras propias capacidades para producir valores jurídicos a partir de la experiencia social concreta, y en función de la convivencia social concreta, y ya no en función de conceptos abstractos de elite y de procesos generales y concentrados de producción manufacturada del derecho.

5. Conclusiones.

Así pues, a través de una interpretación de las ideas de expresadas por Marx en el tomo primer de “El Capital”, se puede decir que la producción del derecho moderno comparte con el proceso de producción capitalista de las mercancías (del valor de las mercancías), algunos elementos.

Esta manera determinada de interpretar las ideas de Marx permite observar, desde un ángulo más crítico, al proceso general de producción de derecho moderno: el proceso concentrado en el estado, con el fin de ver a este proceso de producción como un proceso de fetichización del derecho, un proceso que lleva a la marginación y a la actitud de obediencia pasiva de los mismos individuos que han creado con sus conductas concretas los valores jurídicos que ahora dominan todos los ámbitos de su vida.

La superación de este proceso general de producción de derecho (que tiende a reproducir y, al mismo tiempo ocultar esta tendencia, las relaciones de dominación de clase detrás de la figura del estado) se encuentra en la puesta en práctica de procesos locales de producción de derecho contextual (un derecho

²⁰ Admito que, probablemente, he utilizado de manera demasiado arbitraria algunos de los conceptos de Freud en referencia a la neurosis, en todo caso, no estoy seguro si podríamos denominar a la situación actual de la sociedad como una especie de neurosis social, sin embargo, creo que la capacidad crítica que surge de estas utilización arbitraria de conceptos es algo que no debe ser despreciado. Por otro lado aquí tomo el concepto de responsabilidad de Nietzsche, en el sentido de que, para que el individuo participe activa y concientemente en la creación de valores jurídicos, primero se tiene que percibir como un individuo responsable ante sí, como un individuo al que el sea lícito crear sus propias tablas de valores. Solamente mediante este sentido de responsabilidad es posible una participación realmente honesta en la creación de valores jurídicos y, creo (tengo fe) en que la honestidad es el primer paso hacia la aceptación de un pluralismo jurídico y moral, de una aceptación no defensiva de dicha pluralidad, sino aceptación de la diferencia como visiones distintas, pero igualmente legítimas de estar en el mundo, como un presupuesto para el verdadero diálogo entre moralidades diferentes. Véase: Zemelman, H., *Sujeto: existencia y potencia*, op. cit., pp. 14, 20, 23, 24, 30, 31, 35, 48, 82-83, 91, 110, 123 y 135, Maturana Romesín, H., *Emociones y lenguaje. En educación y política*, op. cit., pp. 15 y ss., 35, 47 y ss., 53-60, 75-79, de Sousa Santos, B., “La transición postmoderna: Derecho y política”, op. cit., todo el texto, más específicamente pp. 247-263, Freud, Sigmund, *Tótem y tabú*, tr. Luis López-Ballesteros y de Torres, 6ª reimp., Madrid, España, Alianza editorial, 2005, en general la idea es extraída de todo el libro, pero específicamente se pueden resaltar las páginas 41 y 42. También véase cita a Nietzsche en nota 2.

surgido de las circunstancias específicas de los individuos que participan en su creación).

Estos procesos locales de producción suponen la reapropiación de los individuos de su capacidad de participar activamente y como seres integrales (y no sólo como seres parciales y mutilados) en la creación de significados jurídicos. Esta capacidad de creación lleva implícita la superación de un estado ambivalencia emocional para llegar a un estado en el cual los individuos se autoperciben como individuos responsables (y honestos), como individuos capaces de construir por sí mismos valores jurídicos propios y de participar en términos de igual argumentativa en la producción de valores jurídicos contextuales y no simplemente individuales.

EL ESPÍRITU CIENTÍFICO Y LA PREGUNTA POR EL ESTADO

LAURA CRISTINA PRIETO

Resumen: La autora aborda el tema del estado como uno particularmente despojado de los presupuestos de las indagaciones tradicionales. Concebido como exterioridad que no ha sido problematizada, el estado se estudia a la luz de las teorías de Kelsen y Freud y se confronta con la categorización nietzschiana .

Resumo: A autora aborda o tema do estado como um particularmente despojado dos pressupostos das indagações tradicionais. Concebido como exterioridade que não há sido questionada, o estado se estuda à luz das teorias de Kelsen e Freud e se confronta com a categorização nietzschiana

Abstract: The author addresses the issue of the state as one particularly stripped of budgets of the traditional inquiries. Conceived as exteriority that has not been questioned, the state is studied in the light of the theories of Freud and Kelsen and is confronted with the Nietzsche' s categorization.

1. Introducción

Una vez más, la pregunta en torno al Estado. Intentemos por un momento despojado de microfísica, acorralar una localización. Apartémonos ahora de las cuestiones al respecto que simulan ya estar liquidadas (aunque ninguna de ellas parezca acudir a nuestra mente) y busquemos un acercamiento, una resolución. Es difícil, ni siquiera confiamos en llamar nuestras fuerzas a aplicarse hacia una definición, porque el esfuerzo puede perderse sobre la nada.

En este texto haremos la aproximación a la problematización del Estado, en el horizonte del “espíritu científico”: en las primeras décadas del siglo XX se confiaba, (de un modo que hoy nos puede parecer hasta conmovedor) en que nuevos conceptos, luces teóricas, llegarían a intervenir radicalmente en la sociedad: a subvertir la amenaza de la guerra, a controlar los instintos destructivos. Se veía el quehacer filosófico, podríamos decir, como un deber. El deber de problematizar, de controvertir prejuicios.

Pero en nuestro mundo, no tan lejano de aquél, no sabemos más si es necesaria, por ejemplo, una problematización acerca de lo que el Estado sea o deje de ser; ¿es esa pregunta por el Estado, una pregunta “importante”? tiene que serlo pues es tan vieja como la pregunta por la justicia o por la sociedad. Parece, al mismo tiempo, una pregunta inútil: el “Estado” asoma entre lo que no se detiene, ni se entretiene ante nuestra consideración.

Visualicemos una condensación en la historia, que haya concentrado los índices de un concepto y utilicémoslo provisoriamente como modelo. La premura por la delimitación de una imagen, el atajo hacia los panoramas contundentes de la decisión teórica, nos trasladan, por ejemplo, al s. XVII: Thomas Hobbes diseñó una respuesta a lo que es el Estado y creó el Leviatán: la ficción de una máquina donde el Soberano segrega la decisión y hace del resto,

de las articulaciones de la máquina, el cuerpo para un movimiento necesario. Fenómeno éste, del “movimiento”, al que Hobbes dedica muchas páginas, y del que podríamos decir que representa, en la metáfora de la máquina del Leviatán, la estela de una sombra inherente, impensable en su inexistencia: ¿qué es un cuerpo o una máquina, sino arroja sombra, sin una sombra que marque la estela de un movimiento que ha sido lanzado por ella, por su decisión motora? Es fácil observar en la misma estructuración del texto de *El Leviatán*, cómo, bajo el horizonte de las investigaciones de Galileo se une la interrogación por el Estado, a las nuevas conquistas de un saber cosmológico. Sin embargo, lo que es más difícil de descubrir, es el móvil sentimental, el motor aplicado por el miedo, que impulsa a Hobbes a desarrollar su obra más conocida. Seguramente si se hubiese perdido *El Behemoth*, donde el autor describe los sucesos de la guerra civil inglesa que conducen al asesinato de Carlos I, no sabríamos apreciar en toda su urgencia, la respuesta a la pregunta por el Estado en la forma de un “pacto” con el Soberano, como aparece consolidada en la máquina descrita en *El Leviatán*.

Para delimitar nuestro espacio de problematización, (espacio sobre el que presentamos más específicamente el diálogo con el espíritu científico) diremos que el pensamiento en torno a lo que es el Estado participa de la eventualidad política –de la experiencia difusa o flagrante de la presencia del Estado– y de la organización más amplia de un saber.

Que esta delimitación sencilla es capaz de ofrecer alguna claridad, es tangible en estos días donde, a una organización tecnológica del saber, se une alguna participación de lo que nombramos como “Estado”. El Estado y su apremio por tomar parte en los beneficios de las nuevas tecnologías (de explotación, de organización, de comunicación) se escapa o se oculta (manifestándose equívocamente), de una percepción social más sosegada, transpuesta o desplazada. En realidad, la “sociedad”, por su cuenta, suele mostrarse a su vez mucho más ágil y estratégica en la absorción de los nuevos saberes, y sin embargo, aún creará constituir una parte esencial de lo que señala como “Estado”.

Este “formar parte de” del individuo social con el Estado, que lo vive como tranquilizador o temible, ¿no es, más bien, lo que tendría que ser –y lo que ha sido, en realidad– problematizado? Buscamos en la actualidad cortar por lo sano. Pero salvarnos de una ilusión para correr tras la respuesta tramposa de que el “Estado no existe”, y que lo que existen son “multinacionales”, “trusts que venden armas”, y además “la ONU”, es como practicar lo que hacen algunas especies de aves, que se esconden de sus depredadores en las cumbres más altas, sólo para ser devoradas por las águilas. Nuestra psique “forma parte de” en la llanura, o en los resquicios más altos. Al evento político y a la organización del saber y de la tecnología, se suma pues la genealogía oscura del “formar parte de”.

La pregunta nos involucra profundamente. Por eso cualquier análisis en torno al Estado no deja de hablar con el presente: me dirijo hacia ese nudo de

nuestras certidumbres, cuando lo que revela no es una intimidad en el sentido que se entiende el vínculo con la tierra, (o incluso con la “patria”), sino en el de una relación de sujeción, de tenor abstracto (¿dónde está?, ¿es la “forma” de la “representación” “ciudadana”?) que sin embargo, una y otra vez hace presencia súbita, cuando se activa por ejemplo, en las “crisis”: una de las manifestaciones críticas del Estado es la que lo muestra devorándose a sí mismo. Entonces el “formar parte de” se deshace y sólo queda el hombre y su incertidumbre, el hombre y su miseria, y detrás del velo roído de lo que creíamos “Estado”, la banca. Mas el armazón normativo no se ha desecho, la eficacia del derecho seguirá su rumbo, indiferente a lo que esperamos frecuentemente cuando pensamos en el “bienestar”. Así, el “formar parte de” parece organizarse indistintamente ante nuestros ojos, aún antes de que podamos volver a componer nuestra pregunta por el Estado.

Intentaré una aproximación a la discusión que sostuvieron Hans Kelsen y Sigmund Freud alrededor de la interpretación del “formar parte de”. Junto a ellos ingresamos a esta época puntual de la pasión por el “espíritu científico”: tiempo de las estrategias de destrucción, de lo que se denominaba “sustancializaciones”, de la exploración sistemática de la lógica de relaciones y ficciones, o de lo oculto, en lo que llamamos “realidad”.

Tomaré también otros discursos que les son contemporáneos, a efectos de circular por los pasajes contradictorios que revelan en la búsqueda de las certitudes científicas, los resbalones incontenibles hacia lo emotivo, lo onírico, lo indeterminado, que expresan tanto o más que aquello que se decide delimitar en nombre de la “ciencia”. Kelsen no escapa al desafío de enfrentar lo “más humano”: el devenir del ser histórico se encuentra plenamente con sus estudios del “deber ser”.

Citaré, pues, a Gastón Bachelard que incluso cuando recorría la filosofía de la ciencia era llamado por el impulso hacia lo poético. Asimismo me apoyaré en Nietzsche (a partir de un puñado de citas) cuya perspectiva acerca de lo falso, lo ilusorio, cuando suponemos “realidad”, no puede ser eludida y menos si nos ocupamos de algo como el “Estado”: la fina psicología nietzscheana con respecto a nuestra tendencia falsificadora, atañe precisamente a nuestra capacidad de alienación.

2. Tradición y masa

Para despejar la cuestión del Estado en Hans Kelsen, debemos partir de lo que el Estado no es: así desenvuelve el autor la búsqueda de esa definición, cuyo aspecto más provocativo es el que procede con la negación o destrucción de otras perspectivas al respecto. Comenzamos la búsqueda, a partir de la problematización del concepto de “masa” que había sido configurado por Sigmund Freud.

Kelsen conoce a Freud; hay entre ellos una relación, quizá un poco tensa y también de admiración que puede constatarse. El fruto más enigmático-

co de ese vínculo, tal vez sea el que se ofrece en la publicación de Freud *La cuestión del análisis* laico, donde el creador del psicoanálisis, sostiene un diálogo con un “interlocutor imparcial”, que no sería otro que el mismo Hans Kelsen. También es conocido que el autor de la Teoría pura del derecho, colaboró para la revista *Imago*, que fundan Freud, Hans Sachs y Otto Rank.¹ Lo que me interesa a los fines de este estudio, es detenerme en algunas confrontaciones de consecuencias valiosas para abordar la espinosa cuestión del Estado como presunción inmanente a una caracterización psicológica o como fenómeno de masas.

Revisemos algunas de las ideas de Freud, en torno a la psicología colectiva. Como veremos Kelsen se resiste a comprender el colectivo a partir de la psique individual, esto es, a partir de la “masa”, como fenómeno de una integración libidinal. De ahí su resistencia a medir la idea del Estado con herramientas del psicoanálisis. Sin embargo, los dos autores van a coincidir en la exploración del origen de lo que podemos nombrar “Estado”, a partir de interpretaciones de estudios etnográficos. Los dos rastrearán el origen de lo social, en los panoramas del terror primitivo.

Sigmund Freud sostiene que en el individuo podemos hallar los vestigios de profundos eventos inconscientes enlazados a una instancia primitiva de la historia de la colectividad. Decimos con Freud que esa instancia se enlaza al primer evento “histórico”. Los rastros del inconsciente se dibujan en torno la aparición de la primera ley y la aparición de la religión.²

Freud escribe en un comentario final a sus reflexiones compiladas en la publicación *Moisés y la religión monoteísta*, en las que sigue la línea que ya dejara abierta con *Totem y Tabú*:

No he dudado un momento de que los pensamientos religiosos sólo llegan a comprenderse apoyándose en los ejemplos que nos proporcionarían los síntomas neuróticos de los individuos, con una reaparición o regreso de procesos trascendentales de la historia primitiva de la familia humana, desde hace largo tiempo olvidados, cuyo carácter coercitivo débese igualmente a este origen y que merced a estar impregnados de una verdad histórica actúan sobre los hombres.³

¹ Para el detalle de dónde ubicar las referencias escritas que se hacen uno al otro ambos autores, y también lo que se ha supuesto en torno a sus encuentros y discusiones, Cf., Marí Enrique “Una lectura freudiana de Hans Kelsen. A la búsqueda del banquete perdido” en Marí Enrique, y otros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991. El diálogo con “un interlocutor imparcial” surge de la defensa que Freud hiciera de su discípulo Theodor Reik, en el transcurso de las acusaciones que se le siguieron, de ejercicio ilegal de la medicina (Cf. en Marí, Una lectura freudiana..., p. 20-21).

² La “historia” en Freud, debe entenderse en el sentido de un evento que tuvo que haber tenido lugar; pero no se separa de lo “primitivo”: historia para Freud, como sabemos, no se identifica con “historia escrita”. Cf. Freud, Sigmund, *Moisés y la religión monoteísta*, Buenos Aires, Losada, 1993, p. 161.

³ Freud, *Moisés y la religión monoteísta*, *op.cit.*, p.75.

La delimitación de un acontecimiento –un evento histórico- para la posibilidad de la primera ley coincide con el asesinato del padre primigenio. Los hermanos parricidas extienden la prohibición del incesto y la creación de la norma exogámica, como el dique que obstaculiza el retorno de un padre violento y de sus derechos sobre las hembras.

En el individuo, en su psique, pueden rastrearse las huellas de un inconsciente que aún teme y también, siente culpa. La marca atronadora del temor y la culpa se instaura en el momento del asesinato: los hijos devoran al padre, lo asimilan, la desaparición no es completa. Se crea el tótem que lo simboliza. En su honor se erigen festejos de carácter obligatorio, donde el padre (el tótem) “vuelve” a ser devorado, a través de un sacrificio ritual. Freud señala la persistencia de esta huella de una oscura profundidad milenaria, en la historia de la religión judeo-cristiana y concibe su gran resistencia al paso del tiempo, por la particularidad de abrazar un solo dios –esto es, el padre.

El éxito de esta persistencia, se prueba en la capacidad de difusión de la tradición. Se pregunta, ¿cómo es posible algo así como “la tradición”, si el sentido común no nos permite obviar que su transmisión sea siempre verbal, o que se estanque,. en todo caso, en el estrecho círculo de los “elegidos”?⁴

Freud responde mostrando ciertos estados psicológicos, que se encuentran más allá de la superficie del “yo”, pero que son determinantes para el desarrollo de la individualidad. Es el inconsciente el que hace posible la existencia de algo así como la tradición.

Pienso –concluye–, que la concordancia entre el individuo y las masas es, en este punto, casi completa, pues también en las masas persiste la impresión del pasado, en forma de vestigios de recuerdos inconscientes.⁵

Como si la conciencia pudiese desarrollarse –con metamorfosis de adaptación, desplazamientos y represiones- a partir de unos estados a los que es incapaz de acceder y de los que puede decirse, a la vez, que tiene conocimiento. Resultará que ese conocimiento es el que permite la tradición. O, dicho de otra manera, el ser de la tradición (el inconsciente) permite su acceso o conocimiento, a través de las formas simbólicas de la tradición. En ese circuito inmanente al pasado más primario, la masa deberá encontrarse, a su vez, con los mismos vestigios ancestrales que perviven en el individuo.

En el artículo *El concepto de Estado y la Psicología Social, teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud*, publicado en *Imago*, en 1922, Hans Kelsen manifiesta su viva resistencia a inferir del mismo individuo, de sus predisposiciones o represiones neuróticas un pasaje hacia la justificación de la creencia en el Estado. La esencia del Estado debe

⁴ *Ibid.* p.120

⁵ *Ibid.* p.121

encontrarse en otra parte y no en “este intento de determinar la realidad social en términos psicológicos”.⁶

He privilegiado los contenidos de Moisés y la religión monoteísta, que se imprime en 1939, (donde el autor perfecciona sus intuiciones registradas en *Totem y Tabú* de 1912) sobre los que aparecen en *Psicología de las masas y análisis del Yo* (1921) para los propósitos de este ensayo. Me parece que es con respecto a las intuiciones medulares de la teoría psicoanalítica de la “tradición” y el “individuo” como parte de un inconsciente, donde mejor podemos llegar a entender el rechazo de Kelsen en relación a convertir la psicología individual en un tránsito a la percepción de la masa; si bien al mismo tiempo esos textos me sirven para enfatizar la naturaleza del espacio “inconsciente”, pues Kelsen elegirá su propia perspectiva (en un giro de reconciliación con ciertos aspectos del trabajo psicoanalítico como fruto de su exhaustiva labor de compilación etnológica, de filosofía de la ciencia y de la religión) para estudiar el derecho en la conciencia primitiva.⁷

Como Kelsen nos deja ver a lo largo de sus obras, el privilegio hacia una definición del Estado se encuentra en la actitud consciente o posición estable del sujeto, de situarse frente a la desnuda percepción de su objeto, esto es, frente al engranaje coercitivo, como pura relación antijurídica.

En *El concepto de Estado y la psicología social*, Kelsen critica a Freud no haber sabido definir con claridad la diferencia entre “masas estables” y “masas efímeras”; si estas últimas pueden caracterizarse a partir de las regresiones de las psiquis individual, aquéllas, en cambio, apuntarían a lo “institucional”, que lejos de congeniar con la idea de masa multitudinaria, más bien se soportan en un cánón “extra-individual”, cánón al que Kelsen denominará como “idea-fuerza”, previa a la inferencia de la suma de individualidades.⁸ Parece ser que si el Estado se reproduce en una definición accesible, no es porque estemos supeditados por una lengua ancestral a reconocer su diferencia, con respecto, por ejemplo y sobre todo, a la sociedad. Es más, sólo la sociedad puede componerse de individuos pero no el Estado. (Por ello, piensa, Durkheim se equivoca, y cree ver en la abstracción de los

⁶ Kelsen, Hans “*El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud)*” en, *El otro Kelsen*, Óscar Correas, comp. México, Ediciones Coyoacán, 2003, p.389.

⁷ El resultado de un examen detenido en torno a investigaciones etnológicas así como las que engloban productos del pensamiento científico y del religioso, se recogen en *Sociedad y Naturaleza*, de 1945. El hilo de su exploración se puede traducir como un seguimiento del “principio de retribución” a lo largo de la historia humana, y las posibilidades de una emancipación social, jurídica y científica con respecto a esa sujeción. Kelsen Hans, *Sociedad y Naturaleza*, Buenos Aires, Depalma, 1945. Dos referentes importantes (entre una multitud de autores) son Edward Burnett Tylor con sus estudios del animismo primitivo y Erwin Rhode y sus interpretaciones del espíritu griego. Ambos son citados con exclusividad en el artículo escrito en 1936 *El alma y el derecho*, donde Kelsen expone los principios de represalia en torno al “miedo a la venganza del muerto” en los albores del orden social. (“El alma y el derecho”, en Correas Oscar comp. *El otro Kelsen...* op.cit., p.345)

⁸ *El concepto de Estado...* op.cit., pp. 395-399.

individuos a la sociedad, cuando en realidad estaría, sin saberlo, apuntando al Estado⁹).

Es pertinente medir esta acepción como completamente coherente con el discurso de una teoría pura del derecho. Si la experiencia arcaica individual es capaz de converger con una alianza más alta –masiva- hacia la concreción de lo social, la resolución práctica de algo como el Estado, en cambio, que se rige en una jerarquía de validación de decisiones y normas, no puede implicar sencillamente las predisposiciones de sus componentes “individuales”. La percepción del Estado prescinde, en este sentido, de una cierta historia enferma que no ha reforzado su cáscara más consciente: la de atender a la ineludible efectividad de la norma.

Para el Kelsen de la ciencia pura del derecho, no es a partir de la confirmación de una historia “psicoanalítica” de individuos, de alguna manera, todos ellos “religiosos” o sujetos a una oscura “tradición”, de donde podría deducirse el orden jurídico de lo social. Si la historia primigenia del hombre es la historia de su ser de tradición, el Estado entonces, confundido con los avatares de esa historia, habría de empatarse con aquello en que tendía a diluirse antes de la aparición de la teoría pura del derecho; esto es, con una sustancia afectada (pathos) por una suma de ídolos. El Estado de esta manera, se asume en el mismo nivel de obrar como una voluntad, del tipo de la “voluntad divina”.

Escritos como el de *Dios y el Estado*, manifiestan algunas de las consecuencias de negar al Estado su identidad con el orden jurídico. Esa tendencia es usual, considera el autor, cuando no se ha aplicado una crítica del derecho del tipo que ha trabajado en su teoría pura. Sin la teoría pura del derecho, se tiende a suponer una cierta unidad constituida por elementos donde éstos se identifican erróneamente con individuos sociales. De este error se desprende la tendencia a personificar la voluntad de un Estado:

la unidad abstracta del orden jurídico se plasma en la representación de una persona, cuya voluntad significa el contenido de este orden jurídico, de la misma manera que la voluntad de Dios se expresa en el orden del mundo (poco importa que este orden esté regido por leyes morales o causales). Si el derecho es la voluntad del Estado, entonces el Estado es la persona del derecho –es decir- la personificación del derecho.¹⁰

La insistencia de Kelsen en proteger la percepción de las relaciones jurídicas, de una extrapolación a todo tipo de personificación (de cada hombre como parte del Estado, o del todo social en identificación con el Estado), se comprende en su sentido más pleno cuando leemos los escritos del autor en torno a la “paz mundial”.¹¹ Los distintos órdenes jurídicos deben abstenerse de

⁹ Todo lo que Durkheim intenta expresar afirmando una cosificación particular, psicocorporal, en el mundo exterior al individuo, no es otra cosa que la validez objetiva –presupuesta de alguna manera– de un contenido espiritual específico autónomo, la validez específica de un sistema normativo”...*El concepto de Estado, Ibid.*, p. 406

¹⁰ “Dios y el Estado”, en Correas Oscar comp., *El otro Kelsen, op.cit.*, p.275

¹¹ Cf. Kelsen Hans, *La teoría pura del derecho*, México, Época, 2003, p.174-177, y del mismo autor, *La paz por medio del derecho* editado por Trotta, Madrid, 2003.

entrometer a las multitudes, a las que dicen representar, en sus ejercicios de conflagración. Se trata, pues, de modificar la idea de representación, a partir de la destrucción de los viejos conceptos de Estado, o a partir de la liberación de la psique individual, de una creencia en el Estado como representación.

Freud y Kelsen pertenecen a un tiempo que creía en el poder de las ideas, en su elevación luminosa de las penumbras de lo “ya dado”. Es en el escenario de esta afinidad con un poder semejante (tan extraño al ánimo del lector de hoy) donde debemos percibir el espíritu de aquellos años, muy pronto herido por la guerra.

En relación a la controversia entre ambos de abordar el origen, prosigamos en la línea de la cuestión de la “tradición”, de cómo fue posible su aparición y persistencia, en relación a un “ello”.

Freud en una de las conclusiones publicadas bajo el nombre de Moisés y la religión monoteísta, dice:

Una tradición que sólo estuviese fundada en las transmisiones verbales no podría tener el carácter de coacción, propio de los fenómenos religiosos. Sería oída, juzgada, o quizá rechazada, como cualquier otra noticia que llega del exterior, pero nunca habría alcanzado el privilegio de estar libre de obedecer al pensamiento lógico. En primer término debió producirse el desplazamiento o represión, pasando a un estado de reposo en la subconsciencia, y para su regreso o reaparición tendrían que actuar poderosas influencias, que hechizaran a la masa. Esto sólo lo consigue, digámoslo con sorpresa y sin que hasta ahora lo comprendamos, la tradición religiosa.¹²

El autor habla con sinceridad, en algún lugar de estas reflexiones de sus celos al hombre religioso, capaz de explicarse las cosas y de hallar consuelo en su dios.¹³

El “pensamiento lógico” también tiene sus privilegios: una cierta actitud de alerta, una disposición a la interpretación constante, cuando se ha dedicado a hacer la crítica de “la sustancia”. ¿Habría prestado Kelsen a su predilección por la actitud de alerta del pensamiento lógico o científico, una fuerza tal, que creyó ver a través de ella el desalojo del “hechizo”, del “formar parte de” en que el individuo se ve arrastrado cuando piensa en el Estado?

Tal vez valoró su empresa, en principio, sobre cualquier reconocimiento de sedimentación del inconsciente. Por eso, no sólo comparó al Estado con las supersticiones sustancialistas que dicen “Dios”, sino que creyó fervorosa mente que se encontraba en un tiempo capaz de destronar la tendencia “tradicional” de confundir al hombre social con el Estado.

Freud también cree en el progreso libertario de la ciencia, pero es mucho más pesimista. Quizá sería un tanto extraño suponer que Freud era más viejo que Kelsen. Para el padre del psicoanálisis, la juventud se encuentra en un estado glorioso de “latencia”, donde las dolorosas castraciones instintuales no

¹² Freud, *Moisés y la religión...*, *op.cit.*, p.130

¹³ *Ibid.*, p.155

han avanzado sobre la torpe formación de la conciencia. De todos modos, hay que reconocer que en la filosofía del derecho puede respirarse cierta vejez.

Cuando el Zaratustra de Nietzsche baja de la montaña a hablar con los hombres, dirá “Vienen al mundo demasiados hombres: ¡el Estado se inventó para los superfluos!”.¹⁴ Parece ser que con estas palabras no está sino previniendo que pensar en torno del Estado, es un signo de vejez, o de cercanía con “el último hombre”.

Gilles Deleuze veía una relación entre la “conciencia” de Nietzsche y el “yo” de Freud. La conciencia participa de una exterioridad que en Nietzsche se define por una lucha entre valores. No es la intención aquí, profundizar las formas o “fuerzas” que reviste esa relación entre valores del pensamiento nietzscheano. Mas es pertinente, para la misma claridad de la discusión Kelsen-Freud, acudir a las imágenes del autor del Zaratustra, cuya obra, como sabemos no es desconocida en el horizonte del “espíritu científico” del siglo XX.

El Estado como exterioridad que no ha sido problematizada, detenta la cualidad de “señor” que crece y envejece, alimentándose en la negación de las fuerzas activas o de transformación. En ese sentido, el Estado es el inverso decadente de la acción crítica. La problematización o crítica, lo mismo en Nietzsche que en Freud, se cruzan con la necesidad de la interpretación, más allá de la imposición del “hecho”. En el “hecho” descuella el régimen jerárquico de lo viejo, que se ha asegurado la inmunidad contra la “interpretación”, en cuanto ésta supone el acceso a otra jerarquía, la de los valores de transformación. Por ello Deleuze escribe, en referencia a la inversión entre jerarquías, reflexionada por Nietzsche

Hacemos de la Iglesia, de la moral y del Estado los señores o detentores de toda jerarquía [...] nosotros, que no reconocemos la jerarquía más que al revés, tenemos la jerarquía que merecemos.¹⁵

Agrega el Zaratustra “Donde acaba el Estado [...] ¡mirad, hermanos míos! ¿no veis el arco iris y el puente del Superhombre?”¹⁶

Superfluo o revelador: ese es el vaivén en el que nos mantiene lo que leemos, cuando leemos a Kelsen. Podríamos decir, que, ya viejo, bajó de la montaña de la filosofía pura del derecho para arrojar el siguiente razonamiento: la norma básica “es una ficción”.¹⁷ Habrá quien diga que esta conclusión

¹⁴ Nietzsche Federico, Así hablaba Zaratustra, México, Época, 1980, p.43

¹⁵ Deleuze Gilles, *Nietzsche y la filosofía*, Barcelona, Anagrama, 1986, p. 89

¹⁶ Nietzsche, *op.cit.*, p.45

¹⁷ Kelsen Hans, “La función de la Constitución” en Marí Enrique y otros, *Derecho y psicoanálisis*, Buenos Aires, Hachete, 1987. En este artículo de 1964, Kelsen decide que la norma fundamental que da validez a la Constitución, es una ficción en el sentido de Vaihinger, es decir que debe ser acompañada de “la conciencia de que no responde a la realidad” (p. 86) No se puede olvidar en este marco de cosas, el estudio de Hans Vaihinger, creador de la filosofía del “*como si*”, sobre el papel primordial de las ficciones en la obra de Nietzsche. En español se ha publicado: Vaihinger Hans, “La voluntad de ilusión en Nietzsche”, como análisis complementario de Nietzsche *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*, Madrid, Tecnos, 2003.

supone la consecuencia de un pensamiento que, era previsible, debía desembocar en la anarquía, y habrá quien, en cambio, diga que representa el corolario de la “objetividad científica” restituida al reino de Dios, en la forma de una mera ficción. Ese es el destino de lo revelador o lo superfluo: de la disolución o de la continuidad en el pensamiento acerca del “formar parte de”, como signo absoluto de la conciencia alienada.

3. Realismo y emoción

Ahora bien, para continuar con nuestra tesis, el “espíritu científico” debió operar en el asunto de separar al individuo de una definición del Estado. Se ataja o se supera al individuo cuando se pretende conocimiento objetivo. En él, en la medida de su raciocinio estrecho, condicionado por las emociones, encontramos al “realista”, al que se apeg a las verdades o a los prejuicios encarnados como verdades. Para Kelsen el Estado no puede ser de una naturaleza tal que participe de un realismo, o de una emotividad fabricadora de objetos, pero debe ser algo, una “forma”, dice, la “forma” del derecho. Y si no hay un realismo delimitador, definitorio o definitivo para recorrer el derecho como Estado, en cambio, pienso, puede ofrecerse la perspectiva de una sensación que transmita la reacción inequívoca frente a la objetividad, frente a la presencia de aquella forma. Me refiero a una posible sensación que despierte como inmediatez de la coerción: el miedo, la seguridad o el placer de la venganza. Entonces esta “objetividad”, este fenómeno que anuncia la coerción como signo de la forma pura del derecho, es en su reverso, emotividad pura, alisada, constreñida, domada.

Hobbes decía que de todas las emociones, el miedo era el aconsejable para mantener a la ciudad en orden.¹⁸ Es decir, el miedo es el que da su fuerza de cohesión al Leviatán.

El constreñimiento emocional que dio su forma al derecho será evaluado por Kelsen, en el estudio de una dinámica histórica que ha quedado oculta. Así como Freud articula sus estudios del totemismo, en los descubrimientos antropológicos de Robertson Smith, Kelsen situará su evaluación de la primera forma del derecho, motivado inicialmente por los estudios de animismo llevados a cabo por Edward Tylor.

Antes de sumergirnos en las conclusiones a las que llega Kelsen en su escrito *El alma y el derecho*, donde estudia esta posibilidad del primer miedo y de la primera ley, hagamos un poco la crítica del sustancialismo, para de esa manera detenernos ante el espinoso asunto de si existe algo así como el conjuro o la extinción del “realismo” o si, en las mismos desplazamientos hacia la pregunta o la interpretación, hacia el señalamiento que quiere ser liberador, del discurso, la estructura o el inconsciente, no hay ya una voluntad que apunta a su propia alienación, en otra condensación de lo “real”. La liberación a partir de la

¹⁸ Cf. Hobbes Thomas, *Leviatán*, México, FCE, 2004, p. 244.

interpretación permanente, quizá no pueda sino terminar por acercarse a las cumbres de los contenidos. Esa dinámica se hace drásticamente visible en el intento de pensar el derecho, que no deja de moverse (esa es su condena y la base de su “evolución” como filosofía) entre lo superfluo y lo revelador: entre la llanura de la forma o relación entre las normas, y el problema escarpado de la ficción o ilusión de contenido, o voluntad de reforzar el fingimiento o la máscara, inmanente a su aplicación e interpretación.

Gastón Bachelard describía al sustancialismo como “el sentimiento de poseer”.

En su forma ingenua, en su forma afectiva, la certeza del realista procede de un placer de avaro. Para precisar claramente nuestra tesis, digamos pues en tono polémico: Desde el punto de vista psicoanalítico y en los excesos de la ingenuidad, todos los realistas son avaros. Recíprocamente, y ahora sin reservas, todos los avaros son realistas.¹⁹

El realismo es, entonces, fundamentalmente sentimental: se compone de ilusiones en el ejercicio de hacer de una generalidad, la justificación de una sustancia. Y es individual, por la exclusividad a la que tiende, de buscar “formar parte de” en la órbita que se desliza en torno a esa sustancia.

El sentimiento del realismo no puede ser sino conservador; y parece actuar por sí mismo, tener vida propia, erigir murallas a su alrededor. Quiere defender sus posesiones, huir de todo lo que pueda representar una amenaza. ¿Cuál es su estrategia?: por una parte aferrarse a la ilusión del “formar parte de”. Bachelard presenta el ejemplo de algunas conclusiones del tratado del siglo XVIII “Materia Médica” de Geoffroy, para hacer constatar los ardides del sentimiento realista, que a pesar de contar, como en el caso que expone, con la experiencia de la ineficacia de ciertos remedios, prefiere ceder a las creencias “supersticiosas” de la época. De esa manera, por ejemplo, será el “brillo suave y verde” de la esmeralda el que continúa sanando y el oro, que como una especie de “sol” reanima la naturaleza. Geoffroy no termina con estas tendencias: “silenciarlas sería sin duda decepcionar al público, ser desleal a la continuidad de la cultura”.²⁰ En esta cesión de certidumbre a las convicciones “supersticiosas”, podríamos decir que, por otra parte, la mera estrategia hacia la fama se cruza con lo sentimental, y obra como una afirmación del placer de poseer. Bachelard interviene con su defensa del “espíritu científico” y sitúa el interés por la infiltración de los ardides del realismo:

la mejor manera de librarse de las discusiones objetivas, es la de atrincherarse detrás de las sustancias, es la de sobrecargar las sustancias con los matices más diversos, es la de convertirlas en espejos de nuestras impresiones subjetivas. Las imágenes virtuales que el realista forma de esta manera admirando los mil matices de sus impresiones personales, son las más difíciles de dispersar.²¹

¹⁹ Bachelard Gastón, la formación del espíritu científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo. México, Siglo XXI, 1988, p.155

²⁰ *Ibid.*, p.157.

²¹ *Ibid.*, pp.174-175.

Y sin embargo, este pequeño capítulo, “*Psicoanálisis del realista*” de la conocida obra del primer Bachelard *La formación del espíritu científico*, tiene la extraña ventaja y paradoja de mostrar, a partir de la lluvia de ejemplos que ofrece, la fuerza de la afirmación del placer, de modo que el lector en algún momento se ve arrastrado él mismo por el gozo de seguir la contextura, en la descripción “realista” de los remedios. Continuemos, pues, un poco más con este estudio del realismo: me interesa llegar al extremo del valor subjetivo cuando parece alienarse por completo en la sustancia. Siguiendo la línea de las piedras preciosas y su supuesta aplicación benéfica entre los médicos del siglo XVIII, el autor cita a Robinet, que en el arrobamiento de invertir “los valores del objeto y del sujeto” ha escrito: “¿El oro ignora totalmente los honores de que goza?”; ante la “facultad lumínica” de las piedras preciosas, expresaba “¿No gozan a su manera por el ejercicio de esta propiedad? ¿No tienen ellas conciencia de ninguna especie? ¿Ejercen esa propiedad sin ningún sentimiento de satisfacción?”.²²

(El ejemplo de la fascinación “aristocrática” de Robinet, trae al recuerdo el cuento de Julio Cortázar dedicado al intérprete Charlie Parker, *El perseguidor*, que describe la inversión del sujeto con el objeto, del músico con su música, del ejecutor de la síncopa, con el silencio que es la mediación imperceptible de los sonidos, cuyo presentimiento disgrega los sentidos hacia una otra realidad. Escuchamos, entonces, al personaje principal del cuento decir en toda su locura: “en el pan es de día”).²³

El realismo “optimista” de Robinet, tiene su versión pesimista en el realismo de Schopenhauer, donde encontramos, dice Bachelard “un querer-vivir y un querer-poseer inscritos como un poder absorbente en el fondo mismo de la materia”. Y agrega “Es ese sentimiento áspero que se toma por profundo, pues es el sentimiento que maneja el inconsciente. Sed tristes y seréis filósofos”.²⁴

También el destello del rubí puede dibujarse de alguna manera en el inconsciente, como las elucubraciones atonales del jazz.

Para seguir a Freud, o al mismo Kelsen, esas tierras del inconsciente serán ante todo, las de la de supervivencia de la especie: fondo ancestral de una desesperación y de una doma hacia el querer vivir y el querer poseer.

Volviendo a las enseñanzas médicas de Geoffry, éste dirá sobre la esmeralda que “por medio del fuego”, “exhala su color verde con la llama”, y separa una “porción cristalina” que puede absorberse en los “líquidos del cuerpo humano” para alguna curación. Bachelard explica “la acción médica considerada se ejerce a través de una quintaesencia, de una tintura que en cierto modo sustantifica la porción más preciosa de la piedra preciosa”. La sustancia entonces se presenta como “el sustituto del placer que se experimenta al contemplar el brillo suave y verde de la esmeralda. Ésta es valorizada tanto por

²² *Ibid.*, p.168

²³ Cortázar Julio, “El perseguidor” en *Las armas secretas*, México, Nueva Imagen, 1987, p.118

²⁴ Bachelard, *op. cit.*, p.168

la ciencia farmacéutica como por la poesía”.²⁵ Y nosotros reaccionaremos inmediatamente a favor de esta deducción:

¡Respetar una ciencia que no se comprende! Eso es, precisamente, sustituir por valores subjetivos los valores objetivos del conocimiento experimental.²⁶

Pero no hay poesía del placer en el desarrollo hacia una ciencia del derecho: la experiencia subjetiva del Estado se sustantifica en la voluntad del rey y aunque su corona estalle de esmeraldas, es la acción de su espada la que debe regir el pensamiento que delimite la forma del derecho. No su espada o sus efectos, sino la acción, a secas, justificada por una norma que a su vez se rinda al imperio de otra. Sin embargo, el resultado de fijar contrafácticamente lo que dice el valor objetivo, es decir de conjurar las sustancias que se puedan infiltrar en un escenario del que queremos salvar los elementos científicos, pueden llevar a un Kelsen positivista a conclusiones tan extrañas como ésta, de La teoría pura del derecho:

Todas las manifestaciones externas en que suele verse el Poder del Estado, las cárceles y fortalezas, las horcas y ametralladoras, son objetos en sí inanimados. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en cuanto los hombres se sirven de ellos en el sentido de un orden determinado, en cuanto la representación de ese orden, la creencia de deber obrar de conformidad con el mismo, determina a esos hombres.²⁷

La incómoda extrañeza que experimentamos aquí, no las sentimos cuando leemos por ejemplo: "El fuego no es nada, se produce por combustión"; o, siguiendo el relato de Bachelard, no nos asombra leer un dictamen negativo, que exprese: "es mentira que la esmeralda contrarreste una malestar".

Nosotros no somos hijos de la edad del fuego ni de una aristocracia de temperamento analógico, así que nos es completamente indiferente ese tipo de aseveraciones. En cambio, sí somos hijos del miedo a los cañones y a las prisiones: ellos no se nos presentan jamás como "inanimados", por lo que aquella conclusión de la teoría pura del derecho, nos parece de una precipitación pasmosa y somos incapaces de entenderla aun como "científica". Creo que Kelsen ha sobrevalorado, en estos primeros y fundamentales pasos de su teoría, nuestra capacidad de desapego, tan cara a la idea de conocimiento científico. Ha subestimado las emociones, siempre subyacentes al realismo, pero además, deja que percibamos las raíces de su propio apego: la posesión de la certitud científica, que puede ser tan peligrosa como cualquier otra certitud realista.

Ahora bien, la disposición científica del pensamiento de Kelsen, difícilmente es comprendida si no consideramos su crítica a cierta tendencia científica y filosófica que se ha contaminado de un sentido de "causalidad" que, concluye, funciona como "principio de retribución". Es a partir de esta idea que

²⁵ *Ibid.*, pp. 157-158.

²⁶ *Ibid.*, p.159

²⁷ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, *op.cit.*, p.167

llegamos a entender en su justa dimensión, el propósito utópico de un derecho capaz de separarse del principio de represalia, es decir, de un derecho que no se corresponda con el efecto de servir a la animación de un poder, que explote en el rostro de la sociedad. El “pacifismo” kelseniano se corresponde con el objetivo del conjunto de su obra: la emancipación de la interpretación social, de la naturaleza cuando ésta se ha adherido al realismo sustancializador. Es decir, confía en el establecimiento de una “sociología”, emancipada del principio de retribución.

El segundo Kelsen, el de los estudios etnográficos, será capaz de problematizar la “avaricia” de certitud realista del derecho, a través de una interpretación de la creación de la norma en el colectivo primitivo. Se concentrará, como veremos, en la figura del “colectivo” como el ejecutor de la norma (en tanto personificación o sustancia). En la problematización de un origen histórico del derecho, descubrirá que aquel primer movimiento de instauración de la norma, se mantiene en el inconsciente doloroso del quehacer normativo y en el espíritu decisivo de su “pureza”, (de su ser coacción).

Para el Kelsen que se aproxima a una reconciliación genealógica con cierto “realismo” primitivo, será justamente la creencia moderna acrítica del Estado, la sustancia en donde se han invertido las fuerzas del sujeto, hasta dar forma a una ficción entre ficciones. Un medio día lacerante, del que nadie podrá salir fácilmente, sin embargo, a festejar la anarquía, el desapego, porque él se mantiene a la par de nuestro miedo más profundo, primigenio: el miedo a la muerte. La “luz” áspera de la norma alivia el miedo a la muerte y a su vez, lo recuerda constantemente, lo manipula, lo justifica, se sirve de él y finalmente, vuelve a reproducir la muerte y reinstalar el miedo en un reino que si está en nuestra mente, o en nuestros sueños, es para salir a sustantificar el derecho como voluntad. He aquí cómo el juego de la política, lleno de divagaciones y de luchas mezquinas, puede sin embargo coagularse en un espacio irresistible para nuestra capacidad de alienación, para nuestra enorme capacidad diría Nietzsche, de “mentir borreguilmente”.²⁸

²⁸ Nietzsche se preocupa del vicio de no problematizar la verdad (y la verdad “moral”); vicio muy concurrente en nuestros días. “solamente hemos prestado atención al compromiso que la sociedad establece para existir: ser veraz, es decir, utilizar las metáforas usuales; por tanto, solamente hemos prestado atención, dicho en términos morales, al compromiso de mentir de acuerdo con una convención firme, mentir borreguilmente, de acuerdo con un estilo vinculante para todos. Ciertamente, el hombre se olvida de que su situación es ésta; por tanto, miente de la manera señalada inconscientemente y en virtud de hábitos seculares –y precisamente en virtud de esta inconsciencia, precisamente en virtud de este olvido, adquiere el sentimiento de la verdad.” (Nietzsche, Sobre verdad y mentira en sentido extramoral, Madrid, Tecnos, 2003, p.25) En cuanto al desplazamiento de una problematización de las raíces históricas, de las “verdades” inconscientes del derecho, en la actualidad, Cf. la obra de Paul Legendre. En Los amos de la ley se puede leer por ejemplo “Lo que Freud promovió mediante el descubrimiento del inconciente es una etapa inevitable para la antropología, la que deberá volver sobre sus pasos criticando nuestras ilusiones científicas, al abrigo de las cuales desconocemos la radicalidad de la cultura industrial. Tal como los pueblos no industrializados, no sabríamos vivir sin un discurso alegórico de la división del sujeto humano; el sicosomatismo occidental hace las veces de tal discurso.”(Legendre Paul, “Los amos de la ley”, en Derecho y psicoanálisis, Marí Enrique y otros, Buenos Aires, Hachete, 1987, p. 148)

4. El alma y el derecho

En el artículo El alma y el Derecho escrito en 1936,²⁹ Kelsen introduce las ideas acerca de la reacción primigenia y colectiva frente a la muerte. La reacción colectiva en el intercambio con el “muerto”, (que andaba por ahí, en derredor, conviviendo, aguardando) debió ser una que engendrara lo “bueno” y lo “malo”. Para estudiar esta reacción hay que seguir los rastros de “el componente emocional que tiene su fuente en la voluntad y en la vida afectiva”.³⁰ En vez de torcer hacia las explicaciones de “tendencia intelectualista y racional”, conviene a los asuntos que atañen a la primera aparición de lo “moral”, seguir las huellas emocionales. La tendencia intelectual ha creado “el alma”, provocando con ello una especie de exorcismo de la primer moral vitalista. Ofrece el autor, para el principio vital, un parangón asible en la Thyme de los griegos, separándola de la más evolucionada o intelectual Psiqué o alma que habita “individualmente” en el Hades. El “vitalismo” corresponde al entorno de los muertos, a las almas que conviven y se confunden con la naturaleza, (en el sentido de que son la naturaleza).

Cuando seguimos la tendencia abrazada a la huella emocional, se da como resultado “un conjunto de nociones cuya verdadera función no es de ningún modo la de dar una explicación del mundo ni la de satisfacer nuestra curiosidad científica”...

esta tendencia engendra la representación de lo que, por un lado, es útil y deseable, pero que por el otro es nocivo y terrible o –puesto que se trata ya no de un interés individual sino de un interés colectivo-, de lo que es moralmente bueno o malo, y que constituye por consecuencia a nuestros ojos el orden normativo de la vida humana.³¹

De la recuperación del terror primitivo a la muerte que debió imprimirse en las múltiples amenazas del entorno, como un primer y acucioso registro de la necesidad de configurar “orden”, se habrá de colegir una “representación” de la esencia “a nuestros ojos”,³² del orden normativo. La sustancia del “or-

Es decir, como veía Nietzsche, el “yo” es una ficción, en el sentido de que siempre nos comunicamos con un “tú” o un “colectivo” que no nos diferencia del hombre primitivo, pero cuyo “olvido” consciente promueve una caída “psicótica” (según Legendre) del destino occidental (en relación al texto que cito aquí no comparto que una cristalización de ese destino podría observarse en una posible “abolición del inconsciente” a partir del “libre comercio quirúrgico del cambio de sexo”, p.163) A mi ver los significantes lanzados primigeniamente se desbordan de una manera que hace imposible profetizar dónde se erige la desviación psicótica o si ya sobrenadamos en ella.

²⁹ Publicado en *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique* 1935-1936. Traducción directa “*El alma y el derecho*” en Correas Oscar, El Otro Kelsen, op.cit., p.345.

³⁰ *Ibid.*, p.347

³¹ *Ibid.*

³² Utilizo esta expresión de Heidegger “frente a los ojos” que recorre la obra *Ser y tiempo*: con ella este filósofo categoriza la “metafísica” como ciencia de las sustancias. Hay una coincidencia muy clara cuando las reflexiones de Kelsen se abocan a la crítica de la idea de representación cifrada en la ley de causalidad: su preocupación es que la idea de causalidad, como ya he mencionado, herede sin problematizar, un principio de retribución que termina dibujándose en una “voluntad”. “La

den”, la personificación de lo jurídico cabe a este primer miedo: el miedo al alma, que antecede a la proporción individual, de la “psiké”.

Kelsen reforzará de una manera más inteligible, la tesis que lanzara en el escrito ya citado de El concepto de Estado y la Psicología social que en aquel contexto de la discusión con Freud, no fue trabajada a profundidad. En este texto publicado en *Imago* en 1922, se leía:

La ‘masa’ debe adquirir ciertas propiedades del individuo. ¿Cómo puede producirse, cuando sólo puede tratarse de propiedades de funciones del alma individual? No se trata aquí de una simple metáfora de ilustración, sino de un desplazamiento en la formación del concepto. Ya que si la imagen de la masa que tiene las características del individuo se disuelve, aparece que no hay masa —ni siquiera la que difiere de la masa primitiva— que esté dada desde el vamos.³³

Existe, entonces, una masa primitiva que está dada “desde el vamos”. Es lo que llamará también la “forma” de una “idea-fuerza”.³⁴

Conforme a las herramientas que nos ofrece El alma y el derecho, esa idea-fuerza tendrá que converger con una huella de origen emocional: sólo así puede quedar asegurada la eficacia de la ficción del Estado en cada nueva generación. Kelsen seguirá siendo arisco a evaluar esa predisposición de la huella emocional en una representación del deseo individual. La relación con “el otro” es trabajada por Freud en la estructura libidinal de la masa, y ya de un modo fundamental, desde el momento en que esa estructura se dispara a partir del fantasma edípico. Pero Kelsen no quiere distraerse del énfasis que busca dar a la conciencia colectiva (y no de lo colectivo), como origen del derecho. Podríamos pensar que de este modo, termina por precipitarse desde el trabajo sosegado de una genealogía sobre las consecuencias de la asimilación del principio de represalia, a la idea de una emancipación de este principio y con ello de la reformulación de las bases jurídicas (y científicas) de la sociedad como colectivo. También podemos pensar, por otro lado, que el rostro más serio de su empresa, señala a la participación de lo religioso en la raíz de la ficción jurídica, de una manera que sobrepasa la información o formación inconscientes

voluntad trascendental ha sido simplemente metamorfoseada en la causa metafísica. Es la causa lo que ‘quiere’ el ‘efecto’ y más adelante “Al transformar la causalidad de una conexión objetivamente necesaria entre causa y efecto, inmanente a la naturaleza, en un principio subjetivo del pensamiento humano, Hume y Kant meramente liberaron a la ley de causalidad de un elemento que heredó como sucesor del principio de retribución”. (Kelsen Hans, *Sociedad y Naturaleza*, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 386) Heidegger, en cambio, concibe a Kant atrapado también en la metafísica de la representación. Asimismo se puede observar la diferencia entre ambos autores (completamente disímiles pero con interesantes interferencias que pueden ser productivas para la compenetración con los intereses de una época) en torno a una vinculación con el “principio de retribución” en la interpretación a las sentencias de Anaximandro. (Cf. Kelsen Hans, “La ley de causalidad y el principio de retribución en la filosofía griega de la naturaleza” en *Sociedad y Naturaleza*, p.357 y Heidegger Martín, “La sentencia de Anaximandro” en *Los caminos del bosque*, Madrid, Alianza Editorial, 2003, p.239

³³ Kelsen Hans, *El concepto de Estado y la Psicología social...op.cit.*, p.396.

³⁴ *Ibid.* p. 398.

que comparten los individuos, y que más bien se actualiza (se instrumenta) cada vez, política y colectivamente.

Continuemos con la lectura de *El alma y el derecho*. El primer miedo nace con la muerte de un miembro del propio grupo social. A su vez el dar la muerte a un enemigo perteneciente a otro grupo, en principio, sólo podía provocar “placer”, y por lo tanto se estaba aún lejos de fortalecer el impulso del entierro, o de la ceremonia. Será la venganza, la que se instrumente dentro de las primeras normas de carácter retributivo: “El que mata debe ser muerto. Tal es la norma más antigua”.³⁵ La masa dada “desde el vamos” apunta a este principio de retribución que constituye la perspectiva clave del pensamiento kelseniano, cuando expresa que “el orden social desde su origen, tiene el carácter de un orden jurídico”.³⁶

Freud en la edición de 1923 de *La Psicología de masas y el análisis del yo*, escribe una nota en referencia a Kelsen

En contraste con una crítica, notable por inteligencia y agudeza, de Hans Kelsen, no puedo conceder que el hecho de dotar de organización a la psique colectiva signifique una hipostatización, es decir, que se le atribuya una independencia de los procesos psíquicos del individuo.³⁷

Con todo y lo estudiado hasta aquí, en este ensayo, ¿hay verdadera mente, en la tesis de la “idea-fuerza” una “hipostatización”? es posible, si nos situamos del lado de la re-sustancialización de una relación, para una ciencia; o mejor dicho del lado de la restitución del objeto en la forma de una nueva subjetivización (la que produce la ciencia en una nueva distorsión de su objeto). Mas si nos desplazamos hacia el lado de la rectificación “emocional”, lo “jurídico” simboliza lo que ha sido olvidado y sin embargo, se encuentra aún en la irresistible intuición del “formar parte de”: Lo jurídico simboliza el rebaño. Y no el rebaño como una suma de elementos. Nietzsche a través de su Zarathustra, se expresaba así de la creación de valores morales: “Los creadores fueron primero pueblos, y sólo más tarde individuos. Realmente, el individuo es la más reciente de las creaciones”, y agregaba: “El placer del rebaño es más antiguo que el placer del Yo”.³⁸

En el animismo, la lengua de la culpa y la venganza, con su distribución de lo temible o de lo que conjura y protege, termina por desprenderse del rebaño y su entorno (diluidos uno en el otro) para desembocar en la forma de un “mundo exterior”. Kelsen al igual que Freud no cree que ese desprendimiento resulte en una verdadera transformación.

³⁵ Kelsen, *El alma y el derecho*, op.cit., pp. 356-359.

³⁶ *Ibid.*, p. 359.

³⁷ Lozano Mario, “Kelsen y Freud” en Correas Oscar, comp., *El otro Kelsen*, op.cit., p.111.

³⁸ Nietzsche, *Así hablaba Zarathustra*, op.cit., p. 52

No hay que olvidar que el pensamiento moderno ha surgido de la mentalidad primitiva, y por tanto, la diferencia entre el primitivo no puede ser más que una diferencia de grado. La gran analogía que existe entre la vida psíquica de los primitivos y la de los niños y la de ciertos neuróticos modernos lo prueba.³⁹

No creamos que aquí hay una reconciliación completa con las tesis de Freud. Si la “tradición” para éste tiene la función conservadora en el inconsciente de mantener la noción de la divinidad, emparentada más directamente con el Padre primigenio, en cambio para Kelsen, es la fusión del “rebaño” donde se agolpan almas y no-almas (pues no existe la conciencia de lo “vivo” y de lo “muerto”), con la creación intelectual posterior del “*anima immortalis*” como psyké, la que ha dado lugar a la efectividad del concepto de Dios. Efectividad traducible en términos de una “estructura lógica”: lo emocional y lo intelectual en la evolución del alma conviven estructurando la idea de Dios. Esas dos tendencias se fusionan para representar “la realidad absoluta” y el “bien absoluto”; o dicho de otro modo, para representar “la cadena de causas y efectos” ligada a “una causa primera”, “explicación última” o “justificación suprema”.⁴⁰ Es así como el individuo entre el rebaño y el dios, asistiendo a una comunicación esencial entre los dos, se descubre inmerso en las ideologías de la sociedad. La moral y el derecho, la ley del espíritu y la naturaleza, “en una palabra, la ideología de la sociedad” quieren ser asidas y justificadas en la noción de Dios.

Lo que interesa a Kelsen es mostrar que la religión ha secuestrado el espíritu jurídico, aunque nos haga creer que “está fuera y por encima de los diversos conflictos de intereses”.⁴¹ El espíritu jurídico o espíritu del principio de retribución constituye, de esta manera oculta, el bastón funcional de la ideología social.

Antes del dios, lo que había era la sociedad como “conciencia de los miembros del grupo bajo la forma del principio de retribución”.⁴² Esta forma remite a una fabricación que nace de los ataques contra el interés del grupo. Por lo que debemos decir con Kelsen, que “la conciencia del primitivo tiene desde su origen un carácter social”. Es este principio, el de la retribución, el que opera hasta desembocar “en la idea moderna de causalidad”.⁴³ Hay un guiño del autor, hacia un asunto que se establece como una preocupación a lo largo de sus escritos: el guiño señala al problema de la “voluntad”.⁴⁴ Si el vitalismo del primitivo no puede sino convenir a empatar los efectos del miedo con “el dar la muerte”, este arcaísmo tuvo que recorrer la historia de la religión y de su hija, la sociedad, convirtiéndola en interlocutora de la ficción del Estado. El

³⁹ Kelsen Hans, *El alma y el derecho*, op.cit., pp.348-349

⁴⁰ *Ibid.*, p.349

⁴¹ *Ibid.*, p.350

⁴² *Ibid.*, p.359

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Cf. “Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico” en *El otro Kelsen*, op. cit., donde problematiza el concepto de la voluntad como ficción jurídica.

hombre que “forma parte de”, sobrevive en esa ficción, recurriendo al bastón de una “voluntad” que no ha sido problematizada. La voluntad es “otro fenómeno íntimamente ligado al alma de la cual, en el fondo, no es sino una de sus cualidades: la voluntad, que, en el alma inmortal no existe más que como ‘voluntad libre’”.⁴⁵ El alma provoca efectos: el mundo es su teatro, ahíto de las promesas de una libertad trascendental.

Sólo porque son emociones las que han sido diseñadas “desde el vamos” para acoger algo así como la “percepción jurídica” es que ha sido posible el éxito de la ficción del Estado. Pero hay más, y quizá por ello no podemos olvidar a Nietzsche cuando nos colocamos en posición de querer leer a Kelsen. Hay una voluntad de poder reactiva en esa capacidad de “formar parte de”, porque estamos abiertos a ser modelados sin participar. Lo que se da es una co-participación inexistente, es decir, una traslación de la fuerza del individuo a la composición de la idea-fuerza del Estado, de modo que podemos decir, el individuo ha sido alienado y queda en realidad, aislado del Estado, depositado ilusoriamente en él y actuando, al mismo tiempo, fuera de sus goznes de conciencia individual.

5. Conclusión

Unos años después de escribir *El alma y el derecho*, Kelsen habrá madurado sus aproximaciones científicas. *Sociedad y Naturaleza* de 1945 despliega la ardua sistematización de investigaciones de carácter etnológico, religioso y científico que el autor llevara a cabo bajo el signo de echar luz a la inherencia del “principio de retribución” en el pensamiento y la historia, y más precisamente en las consecuencias de una sociología que no ha observado aún las posibilidades de desembarazarse de la sombra de la retribución. Coloquémonos junto al autor para descifrar algunas de sus expectativas.

El principio de retribución ha contagiado, desde los albores del orden social, el instinto de causalidad, de modo que el “castigo”, en el derecho moderno, funciona aún como un “efecto” de antigua resonancia retributiva. Así, bajo esta razón de la represalia, la “causa” o “pecado” debe ser forzada, como “sustancia adherida”, a abandonar el cuerpo del malhechor.⁴⁶

Es notable que para hablar de la “prevención” en el derecho penal, como el recurso contra la “ideología de la retribución” se detenga en el principio de la física de la conservación de la energía. Explica que el descubrimiento sobre la energía que se transforma y no desaparece, - (“mediante la desaparición de cierta cantidad de energía de un tipo cobra existencia cierta cantidad de energía de otro tipo”)- controvierte la equivalencia entre causa y efecto. En una comparación única, expresa: “si en lugar de la retribución, se acepta como fin

⁴⁵ Kelsen Hans, *El alma y el derecho*, op.cit., p.346

⁴⁶ Kelsen Hans, *Sociedad y Naturaleza*, op.cit., p.388

del castigo la prevención, pierde entonces su sentido la equivalencia de delito y pena”.⁴⁷

La ideología de la retribución ha afectado tanto a una ciencia que cree en la “proporcionalidad cuantitativa” como a la proporcionalidad del derecho cuando dice “por lo igual debe darse lo igual”.⁴⁸

Kelsen verdaderamente confía en la revolución de la sociología como “crítica de la civilización” (y “especialmente” como “crítica de las ideologías que acompañan el curso de la civilización”)⁴⁹, a partir de las revoluciones en el pensamiento científico.

Si la “sociología” desalojase de sí la sujeción al “principio de retribución” podría aspirar entonces a compartir la misma evolución mental de la que goza la “mecánica cuántica”.

No existe diferencia social entre las leyes naturales y las sociales, esto es, entre las leyes que determinan la naturaleza y las que determinan la sociedad, tan pronto como la ley natural misma abandona su pretensión de necesidad absoluta y se satisface con ser una aserción de probabilidad estadística.⁵⁰

Este párrafo que aparece en la conclusión a la obra, alude al principio de Heisenberg que barre con la tendencia realista a esperar la determinación causal de la naturaleza, al menos de la “cuántica”. En el ámbito subatómico se descubre que cuando se atiende a precisar la velocidad de una partícula, se habrá vuelto incierta su posición. Es decir, en suma, el científico deberá recurrir a la “probabilidad” para expresar regularidades y no a leyes necesarias, pues su intervención en el momento de “medir” habrá interferido la supuesta dinámica de las partículas. Es el hombre el que organiza estos constructos escurridizos, a los que no le queda más que “predecir”.⁵¹

El principio de incertidumbre de Heisenberg tuvo que provocar grandes temblores en el “espíritu científico”. Mientras Bachelard, contemporáneo de Kelsen, ante las mismas consecuencias que nombraban el papel determinante de la interpretación del “observador” en lo físico y la indeterminación más inquietante de la realidad, construye su rumbo hacia otras ontologías, las de la imagen, las de lo poético, nuestro filósofo del derecho, siente en cambio que, como nunca, se respalda en su justicia la dedicación a hacer verdadera “ciencia”.

¿Qué pensaría hoy cuando la física cuántica ha llegado a enunciar lo que Kant ya decía, de la composición del mundo imposible sin las intuiciones del hombre, y que Nietzsche presentía, más radicalmente, cuando esgrimía que todo es “perspectiva”, que hacemos “mundo” a cada paso, que fuera de nues-

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid. Ibid.*

⁴⁹ “Prefacio a la edición castellana”, p. XI.

⁵⁰ *Ibid.*, p.410

⁵¹ *Cf. Ibid.*, p.394

tro recorte ficticio de la realidad todo quizá se evapore y colisione? Y a pesar de esta completa liberación de la causalidad, ¿qué diría sobre la sofisticación del principio de retribución que ha alcanzado tales niveles, al punto de que un operador de crédito puede “castigar” al otro lado del océano o a miles de kilómetros, la “causa” o insolvencia de un Estado?, ¿qué diría de que la venganza y la represalia, se cuantifican a futuro, en términos de décadas y hasta de cientos de años? El principio de retribución ha encontrado su trampolín más eficaz, de derivarse como causa y efecto, en los nuevos desarrollos de una tecnología que trabaja en “tiempo-luz”.

Sin embargo, tal vez aún pensaría en las posibilidades de la física cuántica para alumbrar a un mundo que busca su destrucción, encerrado todavía en el prejuicio calcificado de la “voluntad” superior. Esperaría todavía una actitud social que se involucrase con la carrera tecnológica. Decía, que para apuestas de esta índole “no necesitamos certificados”: la “crítica de la civilización es posible sólo si se permite al sociólogo adentrarse sin certificado profesional en los campos de otras ciencias.” Y agregaba:

La irresistiblemente creciente especialización de las ciencias ha llevado hace tiempo a una verdadera crisis, al tornar incierto el mutuo aislamiento de las ramas especiales de la ciencia, el valor de ellas, para el conocimiento total.⁵²

El problema de la especialización, pero además, del tiempo que se esfuma para pensar, son los dos depredadores de la tendencia a preguntar. La pregunta por el Estado continúa entre nosotros y no podemos olvidar ninguno de los puentes que nos llevan a él: ni el psicoanalítico, ni el lingüístico, ni el genealógico, ni el microfísico, ni el etnográfico, ni el científico. El espíritu crítico tiene mucho que recorrer en las formas y ficciones del derecho y sus redes normativas, arrojadas hace milenios.

⁵² *Ibid.*, p.XI

ANÁLISIS

LA LEGISLACIÓN Y EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES

FLORENCIA CORREAS VÁZQUEZ¹

Resumen: Ante la embestida del neoliberalismo y la desorganización del movimiento obrero y de los grupos de izquierda, ¿la respuesta a la problemática laboral en el país, se encontrara en la propuesta de modificar la Ley Federal de Trabajo?, cuando en dicha reforma se ha dejado de lado al sector mas importante, pero también el más débil, de la relación laboral, que son los trabajadores.

Resumo: Ante a investida do neoliberalismo e a desorganização do movimento operário e dos grupos de esquerda, ¿a resposta à problemática trabalhar no país, se encontrasse na proposta de modificar a Lei Federal de Trabalho?, quando em dita reforma se deixou de lado ao setor mas importante, e também o mais débil, da relação trabalhista, que são os trabalhadores.

Abstract: Faced with the onslaught of neoliberalism and the disorganization of the labour movement and leftist groups, does the answer to labor problems in the country, were in the proposal for amending the Federal Labour Act? When such reform has been shelved the most important sector, but also the weakest of the employment relationship, which are workers.

1. Introducción.

Los ciudadanos del mundo y, en especial de América Latina, estamos viviendo los resultados del proyecto neoliberal implantado por las corporaciones e instituciones financieras internacionales. Ante un movimiento obrero desorganizado y atemorizado por la inestabilidad laboral, con dirigentes que responden más a las directivas de los lineamientos del Estado que a las necesidades de sus representados, una izquierda dividida y sin propuestas alternativas para el sector de trabajo, y, los trabajadores desmovilizados y con la amenaza constante de engrosar la población desocupada, la única propuesta viable, según los empresarios y las instituciones estatales, es cambiar la legislación laboral a fin de atraer casi sin condiciones la inversión extranjera. Las preguntas a responder son las siguientes:

- a) ¿La norma escrita tiene un poder tan grande para lograr convencer a las grandes corporaciones internacionales instalarse en México?
- b) ¿La Ley Federal de Trabajo constituye un verdadero obstáculo para resolver el problema de la escasez de fuentes de trabajo?
- c) ¿Los derechos de los trabajadores reconocidos por la Ley de Trabajo son obstáculo para el desarrollo de la técnica, de la industria, el comercio en general?
- d) ¿La ganancia o el plusvalor obtenido por los patrones se ve mermado por el hecho de reconocer prestaciones sociales a quien produce el valor o sea el trabajador?

¹ Profesora investigadora del Postgrado en Sociología del Instituto de Investigaciones de Ciencias Sociales y Humanidades de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México.

e) ¿Por qué los empresarios y políticos han comprometido su deseo de aprobar una nueva Ley Federal de Trabajo?

Cuando se habla de actualizar la Ley Federal de Trabajo no se refiere a dar más seguridad laboral o mejor calidad de vida de los trabajadores sino cómo facilitar o demostrar a los inversionistas extranjeros y nacionales que México no representa ningún riesgo para su capital y sus intereses. Más aún, que este país representa una garantía de una mano de obra especializada, capacitada y barata.

Si bien el Estado promueve el autoempleo, en la práctica, no existen políticas ni para amparar el bienestar de los trabajadores y sus familias ni para defender el pequeño capital cuyos negocios van cerrando sus puertas con la consecuencia que tanto los dueños como los empleados de las mismas quedan abandonados a su suerte sin ningún tipo de protección económica y jurídica. Esta población ingresa, cuando mucho, a la economía informal sin ninguna prestación social o simplemente queda desocupada. Es cierto que el gobierno federal ha implementado el seguro popular éste se refiere a las cuestiones de enfermedades y no a otras prestaciones.

Para hablar de la legislación laboral y asegurar que todos nos entendemos vamos a referirnos algunos conceptos como trabajo, relaciones laborales y normas jurídicas.

2 .El proceso de trabajo.

En general, entiendo por trabajo al proceso que emprenden los hombres cuya finalidad es el de crear bienes y servicios que satisfagan las necesidades individuales y sociales. El hombre pone en movimiento su cuerpo, brazos, piernas e inteligencia, a fin de transformar la naturaleza en vistas de convertirla en algo útil para su propia vida individual y social.

El trabajo en sí es propio del hombre y aunque existen tareas que otros animales realizan para satisfacer sus necesidades -como es el caso de las hormigas- el hombre es el único que puede concebir idealmente el resultado del proceso de trabajo. Es decir, que antes de poner en movimiento todo el proceso del trabajo, el hombre puede concebir el producto o servicio que será el resultado de su actividad.

3. Las relaciones laborales.

Ahora bien, el hombre no trabaja solo sino que establece vínculos con otros hombre para satisfacer sus necesidades individuales y sociales. Es lo que conocemos como relaciones sociales. Existen muy pocas actividades humanas en que no impliquen que varios actores o sujetos deban establecer lazos con un objetivo preciso. Una de las actividades en que es indispensable la asistencia y

la relación entre varios actores es el proceso laboral. A esto se le dado el nombre de relaciones laborales.

Las relaciones laborales constituyen un asunto muy complejo que son abordados por varias disciplinas de la ciencia y que las mismas están, a la par que la sociedad, en una evolución constante y su estudio es por demás problemático. Las relaciones de trabajo no es algo que se observe a simple vista. Por el contrario, están inmersas dentro de la red social y encubiertas por un discurso ideológico social.

Dentro del proceso de trabajo, el tipo de relaciones que se establecen en los actores pueden resumirse en dos:

a. Relaciones Horizontales: tienen que ver con la organización del proceso de trabajo y se las ha llamado relaciones técnicas de trabajo. Es el vínculo que establecen entre sí los obreros, trabajadores en general de una fábrica para lograr el producto final. Por ejemplo, el nexo que establecen los obreros de una fábrica textil. Estas relaciones están directamente relacionadas con el avance tecnológico y la organización y administración laboral.

b. Relaciones Verticales: son las también llamadas relaciones sociales de trabajo y se establecen cuando existe en la sociedad la apropiación de alguno de los elementos del proceso de trabajo, lo que da como resultado la organización de la estructura social. Así por ejemplo, en la sociedad primitiva, el esclavista era dueño o se había apropiado del objeto de trabajo, las herramientas y de la fuerza de trabajo que era el esclavo. En la sociedad capitalista el trabajador es el dueño de su propia fuerza pero no de los otros elementos del proceso de trabajo como la tecnología, el objeto y el producto, por lo que se ve en la necesidad de vender lo único que tiene que es su energía para laborar ¿Y a quien la vende? Al propietario de los medios de producción que es el capitalista.

Estas relaciones sociales que en alguna época de la historia de la humanidad se pudieron dar espontáneamente, con el correr de los tiempos fueron reglamentadas por el grupo de personas que dirigía el conglomerado social. En otras palabras, las reglas entre los actores del proceso de trabajo fueron y son impuestas por aquel sector social que tiene alguna capacidad de lograr que los demás actúen como ellos piensan o quieren a fin de obtener el producto final del proceso laboral.

4. Las relaciones laborales y la legislación.

Todas las actividades no individuales o sociales de una forma u otra están reglamentadas, esto quiere decir que obedecen a una serie de mandatos, de normas cuyo origen están en la misma sociedad.

Las normas son creadas por los hombres con el objeto de reglamentar la convivencia entre sí, y son impuestas por aquellas personas que por su

posición en el conglomerado social tienen la capacidad y la posibilidad de imponerlas al conjunto.

Hay varios tipos de normas sociales y son objeto de estudio de varias disciplinas. Pero, para efectos de esta discusión sólo nos referiremos a las jurídicas.

Las normas jurídicas son aquellas reglas de conducta cuya violación implica la posibilidad de coerción física; por otra parte, la creación y sanción de estas normas está a cargo de instituciones especializadas como el Poder Legislativo de la Nación.

Las relaciones de trabajo verticales, o sea, las que se establecen entre el propietario de los medios de producción o patrón, y aquella persona que por el pago de una remuneración o salario, desarrolla la actividad manual o intelectual subordinada al primero son reglamentadas por el Congreso de la Nación y forman lo que conocemos como el derecho laboral. En el caso de México las normas están contenidas en la Constitución de la república y en la Ley Federal de Trabajo.

Las relaciones laborales horizontales o técnicas son reglamentadas por cada centro de trabajo a través de un reglamento interno, el que no puede oponerse al la ley general.

El derecho laboral es una rama jurídica moderna, nace con el capitalismo. Durante un largo tiempo, las normas jurídicas que reglamentaban las relaciones de trabajo estuvieron contenidas en el derecho civil. Fue recién a fines del siglo XIX y principios del XX cuando nació el derecho del trabajo.

No existe entre los estudiosos un consenso acerca de sus fines y objetivos. Algunos, como Mario de la Cueva, piensan que el derecho del trabajo es una herramienta del Estado para lograr la justicia social y eliminar la explotación del trabajador. Otros, los críticos del derecho del trabajo, afirman que es un instrumento del Estado para regular la lucha de clases y así mantener el sistema social imperante.

4.1. El patrón.

Por patrón se considera a la persona física o moral que siendo propietario del objeto y los instrumentos de trabajo necesitan de los servicios de otra u otras personas para llevar a cabo el proceso de trabajo. Este último puede ser la transformación de un objeto en bien de uso o una actividad intelectual. A cambio de la prestación de servicio el patrón paga una remuneración o salario.

El patrón puede ser una persona física o moral. La primera es aquella que el propietario del negocio lo dirige y trata personalmente con su prestador de servicio. Ejemplo: el dueño de una carpintería requiere de otro carpintero para que le arme las sillas que posteriormente venderá. La segunda está conformada por instituciones, asociaciones, empresas formadas por un número indeterminado de personas físicas.

Es importante tener claro que no es lo mismo para el trabajador que su patrón sea una persona física o sea moral. Cuando el patrón es el dueño de una carpintería tiene un nivel de instrucción y socioeconómica -si no igual- semejante al de su empleado. En cambio, cuando el patrón es una institución o empresa, la dirección de la misma está a cargo de un conjunto de personas que tienen la responsabilidad de dirección técnica y de apoderados de la empresa. Son los llamados empleados de confianza. La ley Federal de Trabajo los reconoce como representantes del patrón. Generalmente son abogados o administradores de empresa. Éstos, lógicamente, tienen conocimientos de la ley. Por lo menos en las partes más generales².

En la actual sociedad globalizada la figura del patrón está cada vez más desdibujada. ¿Quién podría decir quien es el propietario físico de las grandes corporaciones internacionales? Existen consorcios, directores generales que en última instancia también son trabajadores de alto rango.

Esta situación trae como consecuencia que el concepto de subordinación se vea desdibujado ya que los obreros raramente trabajan bajo la dirección del dueño del capital sino de otros empleados, los de confianza. Éstos, aunque sean en realidad quienes organizan el proceso de trabajo, no por esta circunstancia dejan de ser empleados. Al igual que los obreros, aunque no lo reconozcan, ellos también venden su fuerza de trabajo por más calificada que sea. A este respecto el actual gobierno de México presentó una iniciativa de ley en la que se propone cambiar el nombre de patrón por el de empleador. Si bien en la práctica sus funciones no cambiarían sí afectaría ideológicamente el concepto. El empleador connota a la persona o empresa con buenas intenciones que procura solucionar el problema de la desocupación y a quien hay que darle la mayor de las facilidades sociales y económicas y quitarle el tinte de explotador de la fuerza de trabajo que tanto daño ha hecho a este actor del proceso de trabajo. Sin señalar que éste lo que procura es obtener la mayor ganancia con la menor inversión de su parte. Es por este motivo que el término empleador ha sido muy atacado por intelectuales, juristas y partidos políticos de oposición y esta ley no ha logrado una discusión en la Cámara de Diputados.

4.2. El trabajador.

En el proceso de trabajo, la fuerza de trabajo la constituye el trabajador o empleado o asalariado. Es la persona física que a cambio de un salario o pago pone a disposición del patrón su energía de trabajo. En el sistema social capitalista el patrón no es dueño de la fuerza de trabajo, del trabajador sino de su capacidad de trabajo.

El trabajador al estar separado de los medios de producción debe ofrecer al propietario de estos su energía y su disponibilidad para llevar a cabo el

² Artículo 11, Título I, Ley Federal de Trabajo.

proceso de trabajo a cambio de una paga que le permitirá satisfacer sus necesidades y las de su familia o dependientes.

Lo que caracteriza al trabajador, no importando la tarea que realiza, es el estar separado de algunos de los elementos del proceso laboral, lo que le obliga a realizar su actividad en una situación de subordinación.

Subordinar proviene del latín y significa supeditar, someter a otras personas³. La Ley Federal de Trabajo determina lo siguiente:

Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que de origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.⁴

El salario es el precio que paga el patrón o capitalista por la compra de la fuerza de trabajo. El valor de ésta se concreta en la cantidad de dinero, que les sirve al trabajador y su familia para reproducirse. Al respecto la Ley Federal de Trabajo dice:

Salario es la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo.⁵

La fuerza de trabajo tiene un costo diferente de acuerdo con el uso que se le pretenda dar, de tal manera que, si el capitalista la necesita para tareas de dirección o administración, le costará más que si la requiere para actividades mecánicas o inferiores. Esto es debido a que los empleados con tareas de dirección se les exige un mayor grado de confiabilidad y responsabilidad, pues de ellos depende en gran medida la productividad de la negociación. Esta productividad está relacionada con la ganancia y la plusvalía que obtendrá el capitalista. Quien tiene tarea de dirección, tiene la obligación de hacer trabajar al máximo al obrero. En otras palabras, el patrón delega en estos trabajadores, tareas que les son propias a él, como dueño de los medios de trabajo.

En la sociedad capitalista la adquisición de esta mercancía – fuerza de trabajo– constituye una lucha permanente entre quien compra la capacidad o energía de trabajo, y quien la vende. Sin embargo, el grupo que ostenta el poder político tiene la obligación de asegurar la reproducción de la única mercancía existente que produce valor. De ahí que la mayoría de los países modernos hayan aprobado normas jurídicas que se conoce como el salario mínimo.

5. La problemática actual del proceso de trabajo.

Los elementos del proceso de trabajo a través de la historia han sufrido innumerables cambios. Tanto la materia prima como la tecnología como la disponibilidad de la fuerza trabajo han tenido variaciones de las que se ocupan las diferentes ciencias que van desde la física hasta la antropología y la sociología. Hasta las necesidades sociales de los hombres han variado a través

³ Corripio, Fernando. Diccionario Etimológico general de la lengua castellana. Barcelona. Bruguera, 1973, p. 445.

⁴ Ley Federal de Trabajo, Título Segundo, Capítulo I, Artículo 20.

⁵ Ley Federal de Trabajo, Título Tercero, Capítulo V, Artículo 82.

de la historia y no falta quien diga que éstas son creaciones de los dueños de los medios de producción. Por ejemplo, hoy es casi indispensable que un investigador, de cualquier área del conocimiento, necesite una computadora para llevar a cabo sus tareas. No obstante, hace pocos años eran pocos los académicos que contaban con este medio de trabajo. Y ni hablar de las actualizaciones de la misma.

A la par del desarrollo tecnológico y al dominio de las grandes corporaciones empresariales ocurre la desaparición los negocios de pequeño y mediano capital nacional, lo que trae aparejado un aumento de la población económicamente activa desocupada.

No quiero decir que la desocupación sea un hecho social nuevo. En la historia del hombre siempre ha existido un sector social marginal, la desocupación siempre ha estado presente, lo que sucede es que hoy la población que no tiene trabajo ha alcanzado porcentajes alarmantes. Y este fenómeno ha penetrado en todos los grupos sociales y en todos los países. Está claro que las personas de nivel socioeconómico más bajo y los países menos industrializados son los más afectados.

La desocupación es selectiva y ataca principalmente a los jóvenes egresados recientemente del sistema escolar, a las mujeres y a los de la tercera edad. Es decir, a los sectores más vulnerables de la sociedad. De esto hay una extensa bibliografía que se puede consultar.

Muchas de las conquistas de los trabajadores de finales del siglo XIX y del XX han quedado casi en el olvido. Hoy se habla de una nueva cultura laboral aunque sin precisar bien en qué consiste. Algunas personas ligadas con la clase dirigente piensan que la lucha de clase ha desaparecido y que hoy los obreros son parte de la empresa y están ligados a su futuro. De esto último no hay dudas pero sería necesario preguntar ¿Los trabajadores también participan equitativamente de las ganancias y bienestar de los dueños o accionistas de las empresas?. La realidad es que éstas no están bregando por mejores condiciones sociales, económicas y culturales para sus trabajadores y sus familias. Por el contrario, se trata de limitarles algunos derechos laborales como es la estabilidad en el trabajo, ligar el salario a la productividad del trabajador y no a las horas de disponibilidad al trabajo. La jornada laboral de 8 horas es prácticamente un imposible. Quien tiene una jornada de 8 horas busca otro empleo porque el salario no le alcanza para cubrir las necesidades de sus familiares. La nueva propuesta del gobierno de México, a la que ya se ha hecho referencia en párrafos anteriores, suplanta las 8 horas por 48 a la semana distribuidas a discreción de la empresa. Lo que también ha provocado un rechazo por parte de la oposición. Aunque hay que reconocer que en la práctica ya lo llevan a cabo algunas empresas nacionales e internacionales como la Volkswagen o Walt Mark.

Por otra parte, surgen nuevas formas de trabajo como el autoempleo, el comercio informal, el teletrabajo, la venta por comisiones, que son formas disfrazadas de relaciones laborales subordinadas entre un patrón invisible y un

empleado. Estos trabajadores en la realidad tienen una relación de dependencia con una empresa que se desdibuja en el complicado mundo laboral pero las últimas no cubren prestaciones tales como jubilaciones, vacaciones, seguro social, etcétera y a la larga o la corta formarán un conflicto social de proyecciones no consideradas. Si las normas jurídicas reglamentan las relaciones subordinadas entre los actores de trabajo, éstos deberían estar incluidos en las mismas.

Ahora bien, ¿cuál es el rol de Estado? ¿El Estado no debería preocuparse por el futuro de estos trabajadores cuando éstos lleguen a la tercera edad y no cuenten con seguridad social ni pensión y, seguramente, con un lugar digno para vivir?

Tal vez hoy se piense que la solución sea cambiar la Ley Federal de Trabajo y que los derechos de los trabajadores reconocidos por ésta sean mermados. ¿Que sucederá cuando estos trabajadores sean mayores? No es que la ley deba ser definitiva. La Ley Federal de Trabajo, como cualquier norma jurídica, debe ser actualizada según los cambios que se van produciendo en el mundo social. Es indudable que se debe actualizar teniendo en cuenta las necesidades de todos los actores. Pensar que una ley como la laboral va resolver el problema de la desocupación es inconcebible. Es cierto que el mentado equilibrio social no va ser impuesto por un conjunto reglas de conducta sino que se dará por movimiento sociales más amplios. El Estado, los partidos políticos, los dirigentes sociales, los ciudadanos deben llegar a un acuerdo mínimo para implementar una ley que reconozca las necesidades más urgentes de la población trabajadora.

El Estado no puede permitir un agotamiento de la fuerza laboral porque iría contra sí mismo. Hoy es común leer y escuchar que próximamente el Seguro Social no podrá hacer frente a la nómina de pensionados pero pocos se preguntan qué pasó con las cuotas que éstos y sus patrones pagaron cuando eran trabajadores activos.

Es verdad que debe actualizarse la ley laboral pero no a costa del sector más débil de la relación laboral. Se debe legislar en cuanto a términos de los contratos individuales y colectivos de trabajo, trabajadores menores, mujeres trabajadoras, madres solteras trabajadoras, despidos y estabilidad en el trabajo, horarios de trabajo, seguro de desempleo, capacitación para el trabajo, seguro social para los trabajadores independientes por señalar algunas problemáticas.

No es que la Ley Federal de Trabajo no reglamente la relación laboral sino que se debe adaptar a las nuevas formas de trabajo. Por ejemplo, la legislación prohíbe el trabajo de menores de 14 años. Sin embargo basta con ir a cualquier tienda o supermercado para observar a los famosos cerillos empaquetando la mercancía y dando otros servicios al cliente. Es verdad que con la empresa no existe una relación laboral o contrato de trabajo, que no reciben ninguna remuneración, que no están dentro de la tienda sino en las cajas. Esto no significa que no estén trabajando subordinados a alguna persona de confianza que los dirige. Lo mismo sucede en las estaciones de servicio, en las playas de estacionamiento, en los restaurantes, etcétera. Es necesario que esto se regla-

mente y, sobre todo, que patrones e instituciones laborales cumplan con sus obligaciones y que los profesionales del derecho también se aboquen a procurar la aplicación de las normas jurídicas y no a negociar los derechos de sus clientes.

En resumen, es necesario actualizar la ley laboral ante las nuevas circunstancias de la sociedad globalizada. Esto no lo podemos evitar. Pero la actualización no debe estar basada en normalizar una superexplotación de los trabajadores. También el Estado debe cumplir con la ley y para ello debe asegurar que al máximo el saneamiento de las instituciones laborales como son las Juntas de Conciliación y Arbitraje y no tratar de desaparecerlas como pretende la propuesta de reforma del gobierno federal.

Bibliografía

1. Constitución de los Estados Unidos Mexicanos
2. Ley Federal de Trabajo
3. Iniciativas de reforma a la Ley del Trabajo 2003 por el Secretario de Trabajo, diputado Víctor Ochoa del Partido de la Revolución Democrática, del PAS.
4. Balandier, Georges, El desorden. Teoría del caos y las ciencias sociales, Barcelona, Ediciones Gedisa, 2003.
5. Calvo Soler, Uso de normas jurídicas y toma de decisiones, Barcelona, Ediciones Gedisa. 2003.
6. Correas Vázquez, Florencia, Alcances Sociológicos de la justicia laboral en México, México, Ediciones Coyoacán. 2004.
7. Correas, Oscar. Introducción a la Sociología Jurídica. México, Ediciones Coyoacán, 1994.
8. Foucault, Michel, La verdad y las formas jurídicas, México, Editorial Gedisa, 1978.
9. Giddens, Anthony, Un mundo desbocado. México, Editorial Taurus. 2000.

LA FAMILIA DESNUDA

VERÓNICA SPAVENTA

“Todo lo que un punto de vista deconstructivo trata de mostrar es que dado que la conversación, las instituciones y el consenso son estabilizaciones (algunas estabilizaciones de gran duración; a veces microestabilizaciones) esto significa que hay estabilizaciones de algo esencialmente inestable y caótico. Por lo tanto, se vuelve precisamente necesario estabilizar porque la estabilidad no es natural; porque hay inestabilidad es que la estabilización se vuelve necesaria: porque hay caos es que hay necesidad de estabilidad. Ahora bien, este caos e inestabilidad, que es fundamental, fundador e irreductible es al mismo tiempo lo peor que debemos enfrentar con leyes, reglas, convenciones, políticas y hegemonía provisionales, pero al mismo tiempo es una suerte, una posibilidad de cambiar, de desestabilizar.”¹

Resumen: El trabajo que se presenta, explica a la familia como una práctica social construida desde ciertas exigencias sociales, políticas y culturales. También describe la manera en que el discurso jurídico esencialista excluye otros modelos de familia que se enfrentan al hegemónico, aún cuando éstos buscan circunscribirse dentro de dicho discurso.

Resumo: O trabalho que apresenta-se, explica à família como uma prática social construída desde certas exigências sociais, políticas e culturais. Também descreve a maneira em que o discurso jurídico essencialista exclui outros modelos de família que enfrentam-se ao hegemônico, ainda quando estos procuran circunscrever-se dentro de dicho discurso.

Abstract: The work is presented, explains the family as a social practice built from certain requirements social, and cultural politics. It also describes how the legal discourse essentialist excludes other family models that face the hegemonic, even when they seek confined within that speech.

Una de las concepciones más disciplinadoras y omnipresentes de la cultura, como sostiene Maffia, es la afirmación de que toda sociedad humana es una especie de organismo que tiene una “célula básica” en la familia porque tal sociedad “tendrá en sus integrantes (el ‘tejido social’) diferentes estratos destinados a cumplir funciones específicas por su propia naturaleza, así como un pulmón y un ojo lo hacen, y sería absurdo pensar en cambiarlas pues implicaría subvertir la propia naturaleza.”² El hecho de que la familia forme parte de nuestra primera e inédita experiencia, y esté asociada a lo más íntimo y privado, permite que más fácilmente se escape su carácter histórico, político, social y cultural, quedando anclada en el campo de la naturalidad.

¹ Derrida, Jacques, “Notas sobre deconstrucción y pragmatismo”, en: Mouffe, Chantal, (comp.) *Deconstrucción y pragmatismo*, Piados, Buenos Aires, 1998, p. 162.

² Maffia, Diana, Introducción al libro por ella compilado, *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Feminaria, Buenos Aires, 2003, p. 7.

Desde hace tiempo, en las sociedades occidentales modernas como la nuestra, la familia es sinónimo de familia nuclear en la que sexualidad, procreación y convivencia “legítimas” coinciden en el espacio de lo “privado” del ámbito doméstico.³ Pero no cualquier sexualidad ni convivencia cotidiana o domesticidad compartida, sino sólo aquella que es protagonizada por la pareja heterosexual unida en matrimonio y sus hijos. En el modelo tradicional, la organización familiar está constituida por un matrimonio legal, permanente, sexualmente exclusivo, entre un hombre y una mujer, con hijos, donde el hombre es principal proveedor y autoridad fundamental.⁴

Este modelo se construyó en occidente como propio de la naturaleza humana y este proceso de naturalización del que fue y es objeto la familia nuclear, y en que el derecho juega un rol fundamental, permitió ocultar: por un lado, la no consideración de otros tipos de organización familiar como “familia”; por otro, la patologización, criminalización o desprotección social de aquellos arreglos de convivencia que escapaban a la norma⁵; por último, la estructuración jerárquica y patriarcal del modelo tradicional⁶.

El proceso de “desnaturalización” de la familia —a través del cual va perdiendo progresivamente el monopolio de la sexualidad y procreación legítima como así también del cuidado de los niños⁷— derivó, en un primer momento, en un profundo rechazo hacia este constructo social. “Asimilada a

³ Hoy el límite entre lo público y lo privado y el alcance de cada uno de esos conceptos han sido redefinidos a partir de los estudios de género. La temática es desarrollada por Cohen, Jean L., “Para pensar de nuevo la privacidad: la autonomía, la identidad y la controversia sobre el aborto”, en: *Debate Feminista*, Año 10, Vol. 19, abril de 1999; Femenías, María Luisa, “Lecturas sobre contractualismo: Pateman y la escena primitiva”, en: Ruiz, Alicia E. C. (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*, Biblos, Buenos Aires, 2000; Lamas, Marta, “Cuerpo: diferencia sexual y género”, en: *Debate Feminista*, Año 5, Vol. 10, septiembre de 1994; por citar solo algunos trabajos.

⁴ La cuestión del rol de “proveedor” del hogar asignado históricamente al varón en las familias occidentales fue objeto de una investigación desarrollada desde la sociología jurídica por Sofía Harari y Gabriela Pastorino, que fue publicada en: Birgin, Haydée (comp.), *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Biblos, Buenos Aires, 2000.

⁵ A modo de ejemplo, cito la ley sobre Bien de Familia (ley n° 14.394) que reduce la protección a la vivienda a la pareja matrimonial: de acuerdo a lo dispuesto por el art. 36, “[a] los fines de esta ley, se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge...”.

⁶ A pocos años del restablecimiento del orden democrático, en 1985, se sancionó la ley 23.264 que instauró el régimen de patria potestad compartida. Mucho más reciente, en el año 2003, se modificó el art. 1276 del Código Civil argentino, que impedía a la mujer casada administrar y disponer de los bienes cuyo origen fuera imposible determinar o la prueba fuere dudosa; facultad que quedaba reservada al marido de aquella. Por fin, también resulta ilustrativo recordar los debates que se instalaron en los tribunales argentinos (a través del control difuso o concentrado de constitucionalidad, este último en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) respecto de las leyes de salud reproductiva y procreación responsable en tanto, por un lado, permiten a los adolescentes recurrir a los centros de atención —sin autorización de sus padres— para recibir información sobre sexualidad y métodos anticonceptivos, como así también la provisión de éstos; por otro, incluye en las currículas escolares la educación sexual.

⁷ Aunque frente a esta segunda cuestión los obstáculos culturales sean todavía más fuertes que aquellos que se levantan contra la primera. En efecto, las uniones civiles homosexuales tienen un mayor grado de aceptación social en relación con la adopción de niños o el acceso a las técnicas de fertilización asistida por parejas de *gays* o *lesbianas*.

una instancia colonizadora, parecía transmitir todos los vicios de una opresión patriarcal: prohibía a las mujeres el goce de su cuerpo, a los niños el de un autoerotismo sin trabas y a los marginales el derecho a desplegar sus fantasmas y prácticas perversas. Edipo era visto en esos días, junto con Freud, Melanie Klein y Lacan, como el cómplice de un capitalismo burgués del cual era preciso liberarse so pena de volver a caer bajo el yugo del conservadurismo. El antiedipismo hacía furor, apoyado, por otra parte, en la gran tradición de los utopistas o libertarios que, de Platón a Campanella, habían soñado con una posible abolición de la familia.”⁸ La singularidad de un destino, aunque fuera el de la “anormalidad”, aparecía reivindicable frente a la opresión familiar.

Paralelamente, hacía su interior, la estructura jerárquica y patriarcal del modelo nuclear tradicional cede dando lugar a organizaciones más horizontales y participativas, en las que las mujeres y los niños también adquieren un espacio y voz propias⁹. Las crisis económicas; el desempleo; la incorporación de la mujer al mercado de trabajo; la democratización de la estructura familiar; la redefinición de lugares y roles con relación a las tareas domésticas, la paternidad y la maternidad; son sólo algunos de los factores que han incidido en esta “revolución familiar”.¹⁰

⁸ Roudinesco, Elisabeth, *La familia en desorden*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003, p. 8.

⁹ Aunque, por ejemplo, los ataques hacia las leyes de salud sexual y procreación responsable, mencionados en la nota n° 7, fundados en la supuesta afectación del régimen de patria potestad del Código Civil, dan cuenta de las resistencias que todavía hoy genera el reconocimiento de cierto ámbito de autonomía a niños y adolescentes al interior de las familias. También ejemplifica aquella resistencia a democratizar las relaciones familiares del modelo nuclear tradicional el fallo “D. de P. V., A. c/ O., C. H. s/ Impugnación de Paternidad”, sentencia del 10 de noviembre de 1999, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina declaró la constitucionalidad del art. 259 del Código Civil que le niega a la mujer legitimación para impugnar la paternidad de su marido. En relación con la primera cuestión Bonaparte, Carolina, Herrera, Marisa, Burgues, Marisol y Spaventa, Verónica, “Derechos sexuales y reproductivos: un análisis desde, para y por la maternidad adolescente”, en: *Derecho de Familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 25, Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002. Respecto de la segunda, Spaventa, Verónica, “Notas sobre el derecho a la identidad y la igualdad de la mujer”, en: Travieso, Juan Antonio, *Colección de Análisis Jurisprudencia*, Fondo Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002.

¹⁰ Aunque todavía sea una revolución que se quedó a mitad de camino porque el ingreso de la mujer al mercado de trabajo no implicó en la mayoría de los casos una modificación en la distribución de los roles de género. Esto es, en general no perdió su condición de responsable de las tareas del hogar y del cuidado de los hijos. Al respecto pueden consultarse dos investigaciones del CENEP a cargo de Catalina Wainerman publicadas en el libro de su autoría *Familia, trabajo y género. Un mundo de nuevas relaciones*, Fondo de Cultura Económica-Unicef, Buenos Aires, 2003.

Por otro lado, recientemente, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionó la ley 1004 de Uniones Civiles —similar a otras del derecho comparado como las de Dinamarca (1989), Suecia (ley de 1987, modificada en 1994), Hungría (1996), Holanda y Noruega (1997), Francia y Canadá (1999) y España (región de Cataluña: 1998, Aragón: 1999 y Navarra: 2000)— que posibilita la inscripción en un registro de las uniones formadas por dos personas independientemente de su sexo u orientación sexual, norma cuyos efectos son muy limitados dado que, en razón del régimen federal que adopta el Estado Argentino de acuerdo al art. 1 de la Constitución Nacional, la legislación civil (que incluye las cuestiones relativas al matrimonio, la herencia y la adopción, entre otras) es competencia del Congreso de la Nación.

La otra cara de la crisis del modelo tradicional es el reconocimiento de otras formas de familia: madres o padres solteros, separados o divorciados que se hacen cargo de sus hijos luego de la ruptura del vínculo (familias monoparentales)¹¹; parejas (hetero u homosexuales) que se forman tras un divorcio o separación donde es habitual la convivencia con hijos de uno, del otro y/o de ambos (familias “reconstruidas” o “ensambladas”)¹²; uniones homosexuales con o sin hijos (familias homoparentales).

Aquel fervor *antiedípico* descrito por Roudinesco, es sustituido por la reivindicación del acceso igualitario a derechos en materia de prácticas sexuales —para las mujeres, los niños, los homosexuales— que tiene como contrapartida, ya no la proclamación de una ruptura con el orden establecido, sino una fuerte voluntad de integración a una norma antaño considerada opresora, origen de estigmatizaciones y persecuciones. Y esta nueva reivindicación desestabiliza el “orden” familiar.

“[E]l gran deseo de normatividad de las antiguas minorías perseguidas siembra el desorden en la sociedad. Todos temen, en efecto, que no sea otra cosa que el signo de una decadencia de los valores tradicionales de la familia, la escuela, la nación, la patria y sobre todo la paternidad, el padre, la ley del padre y la autoridad en todas sus formas. En consecuencia, lo que perturba a los conservadores de todos los pelajes ya no es la impugnación del modelo familiar sino, al contrario, la voluntad de someterse a él. Excluidos de la familia, los homosexuales de antaño eran al menos reconocibles, identificables, y se los marcaba y estigmatizaba. Integrados, son más peligrosos por ser menos visibles. (...) Sin orden paterno, sin ley simbólica, la familia mutilada de las sociedades posindustriales se vería, dicen, pervertida en su función misma de célula básica de la sociedad. Quedaría librada al hedonismo, la ideología de la ‘falta de tabúes’. Monoparental, homoparental, recompuesta, deconstruida, clonada, generada artificialmente, atacada desde adentro por presuntos negadores de la

¹¹ Para un estudio estadístico sobre las familias monoparentales remito a Burgués, Marisol B. y Spaventa, Verónica, “Algunos avances del proyecto de investigación hogares a cargo de madres solas”, en: *Derecho de Familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 20, LexisNexis/Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002. Para un análisis respecto de algunas problemáticas vinculadas con la monoparentalidad ver obra colectiva dirigida por Cecilia P. Grosman, Buenos Aires, 2004, en prensa.

El término “monoparentalidad” —que presupone una matriz heterosexual, dado que el elemento que en principio lo define es la “ausencia” del otro progenitor (sea el padre en el caso de las familias monoparentales encabezadas por una mujer, que son la mayoría, sea la madre en el supuesto de las sostenidas por un varón)— suele invisibilizar a las madres y padres homosexuales. En efecto, el recurso a la “monoparentalidad”, especialmente en los casos de adopción y/o fertilización asistida, se presenta como “la” estrategia que permite acceder a la maternidad/paternidad en contextos de legislaciones que se resisten a reconocer el derecho a fundar una familia homosexual.

El concepto de “matriz heterosexual” es desarrollado por Judith Butler. Al respecto puede consultarse *El género en disputa*, Paidós/UNAM, México, 2001; y *Cuerpos que importan*, Paidós, Buenos Aires, 2002.

¹² Para una mirada desde la dogmática jurídica sobre las familias ensambladas heterosexuales, remito a la lectura de Grosman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene, *Familias Ensambladas*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000.

diferencia de los sexos, ya no sería capaz de transmitir sus propios valores. En consecuencia, el Occidente judeocristiano y, más aún, la democracia republicana estarían bajo la amenaza de la descomposición.”¹³

Este carácter desestabilizador de lo *perverso*¹⁴ es contenido a través del discurso jurídico en tanto discurso del orden.¹⁵

A nivel de los operadores del derecho¹⁶, para la doctrina —que se repite en las aulas de las Escuelas de Derecho y que es una recurrente fuente que utilizan los jueces al dictar sus sentencias¹⁷— la familia está formada por “el

¹³ Roudinesco, Elisabeth, *op cit*, nota al pie n° 5, p. 10. En ese sentido, la cita de Prayones —que trae Barbero a colación de una nota de su autoría al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Sejean, Juan Bautista c/ Zacs de Sejean, Ana María s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2.393”, sentencia del 27/11/1986— es paradigmática: “la historia demuestra que el divorcio es una institución que surge en épocas anormales. Los hebreos, los griegos y los romanos —pueblos que sucumbieron— tuvieron el divorcio cuando llegaron a la decadencia”. Cf. Barbero, Omar U., “¿Son inconstitucionales los compromisos irrevocables y los vínculos indisolubles?”, LL, 1987-B, 898, p. 902.

¹⁴ Como sostiene Jonathan Dollimore “lo perverso ‘no [es] una libido unitaria y presocial, o una plenitud original, sino una entidad transgresora inseparable de una dinámica intrínseca al proceso social’. Esta dinámica ‘genera inestabilidades dentro de las normas represivas’”, citado en: Bersani, Leo, *Homos*, Manantial, Buenos Aires, 1998, p. 91.

¹⁵ La formación de corte netamente positivista de los operadores del derecho permite que el carácter ideológico del discurso jurídico sea en la mayoría de los casos ignorado. Para profundizar acerca del carácter ideológico del derecho puede consultarse: Correas, Oscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno*, 4° edición, Fontamara, México, 1999; Ruiz, Alicia E.C., “Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría crítica del derecho)”, en: AAVV, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991; Saavedra, Modesto, “El juez entre la dogmática jurídica y la crítica del derecho”, *Revista Crítica Jurídica*, n° 21, editada por la UNAM, UNIBRASIL, FIDH y UBA, Curitiba, 2002; Marí, Enrique E., *Papeles de Filosofía*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 1993; Cárcova, Carlos M., *Derecho, política y magistratura*, Biblos, Buenos Aires, 1996 y del mismo autor *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998.

¹⁶ Desde una perspectiva crítica, el derecho es una práctica o discurso social en el que es posible diferenciar tres niveles (división que es puramente analítica y no implica afirmar la autonomía de ninguno de ellos respecto de los otros). “El primero de ellos, sobre el que pivotean los dos restantes, está constituido por el discurso producido por los órganos sociales, por los representantes de las instituciones, es decir, por aquellos a los que el mismo discurso autoriza a decir ciertas cosas bajo la aplicación de ciertas reglas precisas y específicas de formación del discurso. Normas, reglamentos, decretos, edictos, sentencias (...). El segundo nivel del discurso jurídico estará integrado por las teorías, doctrinas, discusiones, en definitiva por el producto de la práctica teórica de los juristas y las alusiones de uso y manipulación del primer nivel (...). Finalmente, el tercer nivel del discurso jurídico, será efecto prácticamente especular respecto a los anteriores. El lugar del discurso jurídico donde se almacenarán las creencias producidas por las ficciones, las imagerías de seguridad, construidas por los mitos; donde tendrán su enclave las apelaciones míticas, los conjuros rituales que prometerán la paz y ahuyentarán la violencia. (...). Este es el nivel del discurso jurídico donde se juega el imaginario (...). Es el discurso que producen los usuarios, los súbditos, los destinatarios, los desconocedores absolutos, presumidos de conocer puntualmente el contenido de los otros dos niveles”. Cf. Entelman, Ricardo, “Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra”, en: AAVV *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

¹⁷ Sobre la importancia de la dogmática jurídica —en tanto producto principal de la actividad de los juristas—, el generalizado desprecio de su estudio por parte de la filosofía y la teoría general del derecho, y la formulación de las bases de una reconstrucción teórica posible de la labor dogmática,

padre, la madre y los hijos que viven bajo un mismo techo. (...) La familia normal. La que la moral prohíja y la ley ampara es la que se estructura sobre el matrimonio.”¹⁸ “[C]omprende a los esposos y los hijos que viven en un mismo hogar.”¹⁹ Abarca “a los cónyuges marido y mujer y a los hijos que conviven con ellos y se encuentran bajo su patria potestad.”²⁰ Y cuyo desmembramiento y disolución se produce con “la separación de cuerpos y el divorcio vincular”.²¹

En el plano de las normas de derecho positivo, en Argentina actualmente no está legislada la problemática vinculada a la utilización de las técnicas de fertilización médicamente asistida. Frente al vacío legal, la doctrina argentina se manifiesta, casi en forma unánime, por la negativa a reconocer que una mujer independientemente de su estado civil recurra a ellas.²² Durante los años 1991 y 1993, tres de los varios proyectos presentados en ese momento en el Congreso de la Nación²³, admitían el uso de estas técnicas a mujeres solas como así también el empleo de gametos donados por terceros anónimos (fecundación heteróloga) y —uno de ellos— incluso permitía la fecundación *post-mortem* con esperma del marido muerto. Todas estas propuestas legislativas, aunque especialmente la primera, fueron objeto de fuertes críticas en el ámbito de la doctrina nacional, la que finalmente se impuso. En efecto, ninguno de los proyectos con estado parlamentario a marzo de 2002 permiten, bajo ninguna circunstancia, que las mujeres solas accedan a la maternidad por esta vía.²⁴

El fundamento que invocan, tanto la doctrina como nuestros legisladores en dichos proyectos —y que es frecuentemente utilizado como sustento de los sistemas jurídicos restrictivos del derecho europeo— se construye a partir de la siguiente premisa: “[n]o se le puede negar *ab initio* al niño el derecho a ser concebido, gestado, alumbrado y criado dentro de un modelo adecuado y saludable de familia, con roles bien diferenciados de padre y madre”; “[e]xiste una obligación médica de respetar el derecho ‘a tener una familia’”²⁵; “la fecundación artificial de mujeres (...) no tiene en cuenta el derecho del niño a tener un padre y una madre, a nacer dentro de un grupo familiar ‘pleno’; desconoce el valor que la familia tiene como ‘célula básica de la

sugiero ver Bovino, Alberto y Courtis, Christian, “Por una dogmática conscientemente política”, en: Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2001.

¹⁸ Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Tomo I, Cuarta Edición, Buenos Aires.

¹⁹ Busso, Eduardo B., *Código Civil Anotado*, Tomo II, Buenos Aires, 1945.

²⁰ Zannoni, Eduardo, *Derecho de Familia*, Astrea, Tomo I, Segunda Edición, Buenos Aires, 1989.

²¹ López del Carril, Julio, “El discurso peyorativo y su influencia en la conservación de la tenencia o guarda de los hijos”, LL, 1990-A-69.

²² Forman parte de esta corriente: Liliana A. Matozzo de Romualdi, Pedro Hooft, Delia Iñigo, Graciela Medina, Eduardo Zannoni, por citar algunos. Incluso Jorge Mazzinghi restringe la utilización de las técnicas a los matrimonios. Una posición radicalmente diferente sostienen Nelly Minyersky, Santos Cifuentes, Gloria H. Arson de Glinberg y Pedro F. Silva Ruiz.

²³ Suscriptos por los legisladores Storani-Laferrière; Natale-Antelo y Cafiero.

²⁴ Para profundizar la temática puede verse Spaventa, Verónica, “La procreación asistida como forma de acceso a la ‘monoparentalidad’”, en: Grosman, Cecilia P. (directora), op cit, nota n° 12.

²⁵ Matozzo de Romualdi, Liliana A., “¿Por qué ‘no al proyecto Laferriere-Storani de regulación de la fecundación asistida’?”, ED, 163-985.

sociedad’; genera desde la concepción misma grupos familiares ‘incompletos’ o ‘atípicos’²⁶.

Desde el campo de la jurisprudencia, la mirada no se modifica: el “orden” familiar —que presupone la heterosexualidad y la complementariedad (desigual) entre los sexos— que se construye-preserva es aquel cuyo mantenimiento tanto preocupa a la doctrina nacional.

El juez Vázquez, miembro de la máxima instancia judicial argentina, al rechazar un planteo de inconstitucionalidad del art. 230 del Código Civil que impide a los cónyuges toda renuncia a pedir el divorcio vincular al juez competente bajo pena de nulidad, dijo: “si se admitiera la renuncia anticipada a la facultad de pedir el divorcio vincular sobre la base de una afectación a la libertad religiosa o de conciencia, debería también admitirse, por ejemplo, a quien no posee ningún prurito contrario por profesar una religión que no lo prohíba, la posibilidad de escapar a un sistema de matrimonio monogámico como es el vigente en nuestro país, aceptado además por todas las legislaciones de la civilización occidental moderna; o, por ejemplo, a quien en el ámbito de su más íntima y respetable decisión eligió no ser heterosexual, obtener un matrimonio con persona del mismo sexo; o a quien así lo desee, porque considera que su ‘personal’ concepción del matrimonio no lo impide, renunciar anticipadamente al deber de fidelidad”²⁷.

El Tribunal de Familia de la provincia de Formosa al entregar un niño en adopción a una mujer soltera²⁸ argumentó: “[s]i bien la normativa legal

²⁶ Hooft, Pedro F., *Bioética y Derechos Humanos*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 39.

²⁷ Considerando 17, voto juez Vázquez, “S., V.E. y F., M.I.”, sentencia del 5/2/1998, LL, 1998-C, 644.

²⁸ La legislación vigente acepta la adopción unipersonal por parte de un hombre o una mujer (arts. 312 y 315 del Código Civil). Sin embargo, la práctica judicial da cuenta de una resistencia a otorgar adopciones de este tipo que ciertamente legitiman familias mono u homoparentales porque la “madre sola” frecuentemente invisibiliza a la “madre lesbiana”; aunque en el caso de estas últimas, de acuerdo a la normativa referida, no obtendría la adopción la pareja sino solo uno de sus integrantes, esto es, la que petitionó judicialmente la adopción.

Por otra parte, los jueces no suelen poner demasiadas trabas a las parejas “bien constituidas” —ni tienen muy en cuenta el derecho de los chicos a conocer a sus padres, a ser cuidados por ellos y a preservar, en la medida de lo posible, los vínculos con sus familias biológicas (arts. 7, inc. 1, y 8, inc. 1, CDN)— al momento de otorgar niños en adopción plena, aún cuando hubiere pedido de restitución por parte de la madre o del padre biológicos; tendencia que es abandonada cuando las peticionantes son mujeres solas. Asimismo, estas adopciones —generalmente— se disponen desatendiendo la situación en la que la mayoría de esas madres biológicas (que en tantísimos casos luego se presentan solicitando la restitución del niño entregado) se encuentran al momento de “¿decidir?” la entrega de un hijo en adopción. “¿Decisión?” que opera —habitualmente— como la única alternativa posible frente a un Estado ausente. Adicionalmente, es común que estas mujeres sean rotuladas como “malas madres” o “madres abandonicas”, pues no cumplieron con el mandato “natural” (culturalmente asignado) al abandonar a sus hijos en lugar de cuidar de ellos. Es decir, este grupo es doblemente “castigado”: primero con la situación de marginación y exclusión económica, segundo con la “estigmatización”.

Todas estas cuestiones son analizadas con mayor profundidad en Herrera, Marisa y Spaventa, Verónica, “El caleidoscopio judicial en cuestiones de adopción”, en: Grosman, Cecilia P. (directora), op cit, nota n° 12.

vigente autoriza la adopción por parte de mujeres solteras; la tendencia debe ser integrar al niño a un hogar con las figuras parentales. Exceptuándose —en el caso— teniendo en cuenta los óptimos informes de la adoptante, el amor que le profesa al hijo y la intencionalidad de la madre biológica para que la adopción recaiga en la presentante, con los reparos apuntados a conceder la adopción —en general— a mujeres solteras, aunque esto no implique de manera alguna un menoscabo a las condiciones morales de la adoptante.”²⁹

Pero esta resistencia a legitimar estos nuevos vínculos familiares —con los efectos simbólicos que dicha legitimación produce— no opaca el rol constitutivo de las leyes en la vida familiar. Como sostiene Frances Olsen, el Estado define y redefine constantemente la familia, proceso que es siempre dinámico, contingente e ideológico y que se produce en el cruce de lo jurídico con lo social, lo político y lo cultural.³⁰

Entonces, si la familia no es una agrupación natural sino una práctica social, es decir, convencional que varía entre las diversas culturas y a lo largo del tiempo, donde la ley desempeña una importante función constitutiva, es pertinente preguntarnos, como lo hace Jean Cohen, si es que en la naturaleza de la relación protegida hay algo que merezca ser resguardado.³¹ O bien, si es posible dar cabida legal a otros modos de vida familiar que están excluidos, proscritos, estigmatizados y reprimidos por una cultura que, como dice Marta Lamas citando a François Laplantine, insta a “renunciamentos y represiones globales y desmesurados”.³²

Afirmar que el discurso jurídico es formativo no equivale a decir —como sostiene Judith Butler en relación con los cuerpos— que origina, causa o compone exhaustivamente aquello que concede; antes bien, significa que no hay ninguna referencia a una familia “pura” que no sea al mismo tiempo una formación adicional de esa “familia”.³³

Pero en un discurso como el jurídico, saturado —como señala Paula Víturro— de legitimaciones exclusivamente sustentadas en la obiedad, preguntas tales como ¿qué es una familia? parecen no tener espacio ni inteligibilidad. Los operadores jurídicos no necesitan indagar sobre esa cuestión, “colmos de artificio que [una sociedad] consume enseguida como unos sentidos

²⁹ Sentencia del 1/12/93.

³⁰ Olsen, Frances E., “El mito de la intervención del Estado en la familia”, en: Facio, Alda y Fries, Lorena (ed.), *Género y Derecho*, Lomo Ediciones, Santiago de Chile, 1999.

³¹ Cohen, Jean L., *op cit*, nota n° 4.

³² Lamas, Marta, *op cit*, nota n° 4.

³³ “[S]i el género es algo construido, no lo es necesariamente por un ‘yo’ o un ‘nosotros’ que exista antes que la construcción, en ningún momento sentido espacial o temporal del término ‘antes’. En realidad, no está muy claro que pueda haber un ‘yo’ o un ‘nosotros’ que no haya sido sometido, que no esté sujeto al género, si por ‘generalización’ se entiende, entre otras cosas, las relaciones diferenciadoras mediante las cuales los sujetos hablantes cobran vida. Sujeto al género pero subjetivado por el género, el ‘yo’ no está ni antes ni después del proceso de esta generalización, sino que sólo emerge dentro (y como la matriz) de las relaciones de género mismas.” Cf. Butler, Judith, *Cuerpos que importan*, *op cit*, nota al pie n° 8, p. 25.

innatos, o sea, colmos de naturaleza””.³⁴ En ese contexto, por cierto desolador, preguntas como la que se formula con sagacidad Judith Butler —“¿[d]ecimos que las familias que no se aproximan a la norma, pero reflejan la norma de alguna manera aparentemente derivativa, son copias baratas, o aceptamos que la identidad de la norma es desarticulada precisamente a través de la complejidad de su puesta en escena?”³⁵— parecen estar ausentes de los problemas acerca de los cuales los operadores del derecho se ocupan.

Sin embargo, aparece seductor el desafío de despojar al discurso jurídico de miradas esencialistas y de narrativas hegemónicas, de imaginar y diseñar nuevas formas de normativizar las relaciones familiares en las que las estructuras opresivas no sobrevivan a los agentes de la opresión. Tal vez de estas páginas surja una nueva posibilidad: “el mal (para seguir usando el término de Genet) no como un crimen contra el bien socialmente definido, sino como un rechazo de todo el teatro del bien, esto es, una especie de *dépassement* metatransgresor del campo de la posibilidad misma de transgresión.”³⁶

³⁴ Barthes, Roland, *El placer del texto y lección inaugural*, Méjico, Siglo XXI editores, 14 ed., 2000, p. 138, citado en Viturro, Paula, “Ficciones de hembra”, p. 4, en: Martyniuk, Claudio y Bergalli, Roberto (com.), *Filosofía, Política, Derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Prometeo, Buenos Aires, 2003.

³⁵ Butler, Judith, *El grito de Antígona*, El Roure Editorial S.A., Barcelona, 2001, p. 106.

³⁶ Bersani, Leo, *op cit*, nota n° 15, p. 182.

ENTREVISTAS

ENTREVISTA A JUÁN DE DIOS HERNÁNDEZ MONGE*

CRÍTICA JURÍDICA (CJ): cuéntanos sobre tu trayectoria académica y tu experiencia como abogado postulante.

JUAN DE DIOS HERNÁNDEZ MONGE (JDHM): Soy de la generación del 68. Soy de la segunda generación de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales *campus* Acatlán. Soy maestro de la Universidad Nacional Autónoma de México. Tengo la definitividad en el Colegio de Ciencias y Humanidades plantel Azcapotzalco. Soy abogado postulante desde 1979 en materia laboral y de manera incidental he tenido que adentrarme en la cuestión penal, siendo el caso más representativo el de los estudiantes de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) que fueron detenidos en el 2000. Actualmente estoy llevando el caso de los detenidos de Atenco, en donde hay detenidos estudiantes de la UNAM, de la Escuela Nacional de Antropología e Historia (ENAH) y de Chapingo.

CJ: ¿Cómo te contactaron los detenidos, ellos mismos te contactaron o fue a través de sus familiares? Cuéntanos sobre eso.

JDHM: Nos llamaron familiares de los compañeros que a su vez, habían formado parte de la Asamblea de Padres de Familia de la UNAM. Nosotros llegamos pensando que la gente de Atenco tendría ya un equipo de abogados, pero cuando estuvimos en Almoloya, nos encontramos con que era muy grande el número de compañeros que no tenían abogado. Originalmente pensé que teníamos que darle apoyo a los adherentes de la *Sexta* que habían ido en apoyo los días 3 y 4 de mayo, el día 3 en la noche y el 4 en la mañana a Atenco, pensando, reitero, que la gente de Atenco tendría ya un grupo de abogados, y esto no era así. Es muy importante señalar lo anterior porque para nosotros los presos políticos no son clientes sino compañeros de lucha.

Considero que las leyes representan los intereses de los hombres que detentan el poder a través del estado. Yo sostengo que el estado mexicano, en cualquier época de nuestra historia, es el representante político del capital y más aún, en la época actual de la globalización, ese capital, por desgracia, ni siquiera es nacional. En el año 2006 encontramos que la inversión extranjera es de más del 80%. Este proceso ejemplifica que la ciencia jurídica está permeada desde un inicio por la ideología dominante. En este punto yo comparto la filosofía revolucionaria que pretende cuestionar como aséptica a la ley. Y todos los conceptos inherentes a la ley, particularmente el de justicia, se han ido transformando en la medida en que se transforma la sociedad.

CJ: Tomando esto como base, ¿cuáles serían las conductas que hacen propicia una conducta arbitraria del juez?

JDHM: En este caso particular de Atenco, encontramos que el motivo de fondo es una venganza del gobierno federal por haber echado atrás el proyec-

* Entrevista realizada en agosto de 2006, a propósito de las irrupciones policíacas del 3 y 4 de mayo en el pueblo de San Salvador Atenco.

to del aeropuerto en Texcoco. Tenemos información en el sentido de que el gobierno federal había iniciado ya una especulación inmobiliaria comprando terrenos a precios sumamente bajos con la idea de implementar todo un operativo comercial en torno al proyecto del aeropuerto. Cuando el Frente de los Pueblos les tumba este proyecto es público y notorio el enojo que esto provocó en las altas esferas del gobierno federal. A todas luces, el pretexto de los floristas del día 3 de mayo, es sólo eso. Pero aún suponiendo que existiera esta prohibición, la misma estaría establecida en un bando municipal que prohibiera la venta pública de flores., lo cual implicaría una multa, una falta administrativa. Desde luego, manejaron esta situación como un pretexto para ejercitar un golpe de mano dura en contra del Frente de los Pueblos, que acudió en auxilio de los floristas que estaban siendo desalojados, y aquí es importante señalar que estos vendedores no formaban parte del Frente de los Pueblos, pero bajo el principio de solidaridad, la gente de Atenco los ayudó.

CJ: Parece ser que no existe una racionalidad entre la conducta desplegada y la sanción impuesta, ¿cuáles son los elementos de prueba que tomó en cuenta el Ministerio Público para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad?

JDHM: Se basó en imputaciones *in genere*, no directas. Además del secuestro equiparado y el ataque a las vías de comunicación agravado, a los detenidos se les acusó del delito de delincuencia organizada, como un pretexto, una simulación para justificar su retención, ya que a través de esta acusación falsa duplicaron el término constitucional de 48 horas para integrar la averiguación previa. Esto es importante porque la delincuencia organizada es la única hipótesis en la que se da la duplicidad de este término. Otra cuestión fundamental es que se impidió que los detenidos conocieran los delitos que se les imputaban. El Ministerio Público les impidió saber quién declaraba en su contra y de qué los acusaba. A los abogados se nos impidió el acceso al expediente para conocer los elementos de la averiguación previa. Y todavía, cuando iban a declarar los detenidos y se reservaron su derecho a hacerlo, porque no sabían de qué se les acusaba, entonces, lo que hizo el Ministerio Público fue asentar una frase de *machote* en el sentido de que los detenidos se negaban a declarar, y esto fue ratificado por el secretario del Ministerio Público. Otra violación se presentó con los detenidos el día 3 de mayo, los primeros detenidos que sacaron en un allanamiento ilegal, a ellos los llevaron a la Subprocuraduría en Toluca, e inmediatamente después los remitieron al penal; pero todos, absolutamente todos los detenidos el día 4, nunca llegaron a una instalación ministerial: fueron directamente llevados al penal que, aunque de mediana seguridad, es de muy difícil acceso para los abogados. Esta es otra violación procedimental, habida cuenta de que en un penal solamente pueden estar aquellos que están purgando una sentencia o que están en cumplimiento de una orden de aprehensión.

CJ: Sobre esto me gustaría abundar, si no hubo orden de aprehensión, ¿cuál fue el fundamento para las detenciones de los días 3 y 4 de mayo?

JDHM: Supuestamente la urgencia, aunque ya tenemos una resolución incidental de un Juez de Distrito que señala que no está acreditada la notoria urgencia. Y bajo este criterio, es que la Juez de Distrito concedió la suspensión, sin embargo como ya había cambiado la situación jurídica de los detenidos la suspensión otorgada no fue procedente. Pero esto representa un antecedente importante, desde el punto de vista jurisdiccional, de que el Ministerio Público no acreditó la supuesta notoria urgencia.

CJ: ¿Y por qué a pesar de esto, el Juez Segundo de lo penal ratificó la detención, basándose en la notoria urgencia?

JDHM: Porque es una cuestión notoriamente política más que jurídica. Simplemente el juez tiene la facultad discrecional de hacerlo y determinó ratificar las detenciones. Hay casos sumamente notorios que ejemplifican porqué se da una arbitrariedad, que sostienen el porqué nosotros decimos que es arbitrario que el juez haya declarado legal la detención. Está el caso de don Arnulfo Pacheco Cervantes, un hombre que tiene una enfermedad que se llama degeneración o atrofia olivopontocerebelosa, una enfermedad que afecta el sistema nervioso central y particularmente el área motriz y del habla. Este hombre fue sacado no sólo de su casa sino inclusive de su cama, en donde tenía más de un año postrado. Él, cuando llega al penal, llega brutalmente golpeado y torturado, con cinco costillas fracturadas, heridas contundentes en la cabeza y en la cara, heridas también por contusión de patadas y de toletazos en piernas, brazos y tórax. Cuando llega en esas condiciones, el médico del penal no deja que ingrese y ordena que lo lleven de inmediato al hospital. Lo llevan al Hospital López Mateos en Toluca. Después de tres días de estar internado en ese hospital, la médico tratante, violando todas las normas de la ética médica, dice que ya está en condiciones de ser transferido al penal. En el caso particular de don Arnulfo, el juez de la causa tomó en consideración, supuestamente, para dictar el auto de formal prisión en su contra, las declaraciones de una mujer policía en particular llamada Adriana. Esta mujer dice que ella vio a don Arnulfo caminando en la carretera Lechería-Texcoco junto con otro grupo de quince macheteros y que, al ubicarla que llevaba uniforme de la Policía Estatal del Estado de México, ordenó que fuera ella retenida. Luego dice, que ella vio cuando don Arnulfo amarraba de las manos y vendaba los ojos de los policías que habían sido retenidos, y también dice que ella escuchó cuando don Arnulfo daba órdenes a los otros pobladores de Atenco para que los mantuvieran retenidos y que los amnazaba. Es evidente que las tres cuestiones son absolutamente falsas, si el señor es hemipléjico y no se puede mover, no tiene capacidad ni siquiera para mover una taza o una cuchara.

CJ: Tiene imposibilidad física para desplegar las conductas que se le imputan.....

JDHM: Exactamente, sin embargo el juez hizo caso omiso de esta circunstancia humana particular que se presentaba en el caso de don Arnulfo y determinó como legal su detención, y luego le dictó el auto de formal prisión por los delitos de secuestro equiparado y ataque a las vías de comunicación.

CJ: Eso es particularmente importante porque me parece que el caso de don Arnulfo es el más sintomático desde luego, pero hay muchos más documentados como el de los hermanos Lueders Monsivais, y que como ellos, hubo mucha gente evidentemente lesionada y me gustaría preguntarte en qué sentido se pronunció el juez ante estas lesiones evidentes y ante el dictamen pericial dictado por el médico legista que los atendió. Sería particularmente interesante determinar cómo a pesar de la obviedad de la arbitrariedad de la detención, de las golpizas, de la tortura y de la incomunicación de que fueron objeto los detenidos, cómo a pesar de eso, se le da legalidad a su detención.

JDHM: Sobre el particular, es muy sintomático el certificado médico de lesiones porque no obstante la obviedad, la evidencia clara y palmaria de la enfermedad incapacitante de don Arnulfo, de las lesiones, cortadas y fracturas, el médico asentó que sólo se trataba de heridas menores, y con base en ello, el juez simplemente ratificó la detención. Sin embargo, cuando nosotros interpusimos el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, ofrecemos una [prueba] pericial médico-legista en contra de la tortura y la impunidad, y acreditamos de manera fehaciente estos padecimientos de don Arnulfo. Ante esta evidencia, el juez ordenó su libertad inmediata. Sin embargo, el Ministerio Público apeló la decisión y está en seguimiento este recurso. Creo que es otra cosa interesante para analizar, porque esto que hizo el médico con don Arnulfo se repite prácticamente en todos los demás casos. Aquí tenemos el dictamen presentado por nosotros en el incidente y el dictado por el médico legista del penal, y comparando uno con otro podemos darnos cuenta cómo el segundo, es omiso en cuanto a la gravedad y la seriedad de las lesiones que presentaba el detenido. Lo mismo sucedió con los demás detenidos, en particular con las compañeras violadas, compañeras que fueron torturadas, ellas cuestionaban seriamente la calidad moral y la ética profesional del médico legista del penal. Cuando se estaba leyendo el auto de formal prisión y se hicieron públicas las violaciones, el juez pretendió que fueran revisadas por el mismo médico legista. Cuando nos enteramos de esto y entramos a hablar con las compañeras, ellas señalaban que no iban a permitir que un individuo como ese les practicara un examen ginecológico, porque permitirlo, dada la calidad moral del médico, sería como sufrir nuevamente una violación. Esta fue y ha sido la actitud sostenida por el juez durante el proceso.

CJ: Desde tu punto de vista, ¿cuál debió haber sido el contenido del auto de término constitucional?

JDHM: Yo creo que, para empezar, no había elementos para calificar como legal la detención, desde ese momento, el juez debió haber ordenado la libertad inmediata de los detenidos. Cuando se percató el juez de que había signos de tortura, y ello para prevenir y sancionar este delito en México, debió denunciar tales delitos en lugar de dar vista al ministerio público.

Y esto es importante, porque no hubo declaración ministerial de ninguno de los detenidos, ni existió ningún elemento de prueba que estableciera la acreditación del cuerpo del delito o de la probable responsabilidad. Tú

mencionabas el caso de los hermanos Ken y Dierk Lueder Monsivais. Pues ellos, con otro compañero de prensa, se encontraban realizando un trabajo periodístico. En su caso, ofrecimos pruebas documentales para acreditar el motivo de su presencia en razón de que ellos trabajan para una agencia de noticias. A partir de esto logramos de alguna manera algo relevante pues cuestionamos cuáles son, en un auto de formal prisión, los criterios del juez para decretar la libertad de unos y la prisión a la mayoría. Esto para nosotros refleja otra vez cómo este margen de discrecionalidad de la judicatura, permite que los jueces sean lo más parecido a dioses, porque deciden sobre la vida y el futuro de las personas, sin más elementos que los políticos, que se colocan una vez más por encima de la cuestión jurídica. Yo creo que como abogados deberíamos exigir una conducta ética, proba, por encima de cualquier cosa, de todos los jueces. No es posible que en nuestro país observemos a un ministro de la corte confabulándose con el titular del ejecutivo federal para sacar de la contienda electoral a uno de los posibles candidatos. Y esto es realmente alarmante. Tengo en mi poder, una jurisprudencia que señala la obligación del trabajador que demanda la reinstalación, de aceptar la oferta del patrón, aunque sea de mala fe el ofrecimiento. Y si no lo acepta, como la junta no puede cambiar la acción, no tiene derecho ni a la indemnización ni a la reinstalación, aún cuando demuestre que el despido fue injustificado, la junta tampoco puede condenar al pago de los salarios caídos y vencidos. Y así vemos de qué manera, criterios como éste se convierten en jurisprudencia.

CJ: Esto es particularmente interesante porque pareciera que todos los amantes de la juridicidad, del imperio de la ley por encima de cualquier ideología, no se dan cuenta de que en casos como el que nos ocupa, la ley es totalmente quebrantada. Quisiera preguntarte si el código adjetivo penal hace propicio este actuar de los jueces?

JDHM: Sí

CJ: ¿No los obliga a fundamentar sus resoluciones?

JDHM: Sí, los obliga, inclusive la jurisprudencia y la constitución los obligan a fundar y motivar todas sus resoluciones. Pero, desgraciadamente, una cosa es el mundo del deber ser y otra muy distinta, el mundo del ser. Ellos aplican con tabla rasa la ley al conjunto de personas que componen la sociedad, pero a sus amigos, a ellos les dan un trato diferenciado. Nosotros, como abogados adherentes de la *Sexta declaración de la selva lacandona*, tenemos muy claro que el Estado de Derecho, tan pregonado por la ideología dominante, se ha convertido simplemente en una quimera. Los poderosos reclaman a todos los miembros de la sociedad el cumplimiento de la ley, y se ha convertido en un lugar tan común que pierde su connotación original. Para mí, el Estado de Derecho no es otra cosa que una ideología basada en la simulación y el engaño. Es por eso que nosotros decidimos no participar en el actual proceso electoral, porque todos los candidatos comparten el mismo proyecto; ninguno plantea una cuestión distinta que se ocupe de solucionar el hecho de que tenemos un país de 100 millones de habitantes y cuarenta de ellos en la línea de la pobreza.

CJ: Entre nuestros lectores contamos con jóvenes que se están formando en los primeros semestres de las facultades de derecho de nuestro país, ¿qué les dirías a ellos?

JDHM: Yo les daría el siguiente mensaje a los compañeros: que se miren al espejo porque esto resulta importantísimo. Hoy tenemos dos alternativas: o nos convertimos en mercenarios de la justicia o en defensores de las causas justas. Les diría que no vieran en la profesión la manera de lucrar con la justicia y enriquecerse. Particularmente a los universitarios les diría que el hecho de que nuestra educación sea gratuita, no significa que no cueste nada, por el contrario, costó la sangre de mucha gente que luchó por eso. Y por ello, debemos de encontrar la forma de resarcir, de regresar a este pueblo dolido, a este pueblo sangrado que nos ha otorgado nuestra universidad. La educación gratuita no es una dación graciosa del Estado, en 1910 costó más de un millón de muertos, hacen falta abogados que luchen por la justicia, porque sobran, sobran los abogados que simplemente se convierten en mercenarios de la justicia, que entre más necesitada está la gente, más voraces se comportan, porque es cuando saben que la gente, por la urgencia, no niega absolutamente nada.

RESEÑAS

REVISTA DO INSTITUTO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA

CARMEN SOFÍA HERNÁNDEZ GONZÁLEZ¹

Ha sido enviado desde Porto Alegre, Brasil, el número cuatro de la revista del Instituto de Hermenéutica Jurídica, cuyo título “DIREITO, ESTADO E DEMOCRACIA, entre la (in)efectividad y el imaginario social”, abre un inmenso panorama sobre la temática que se plantea, desde diversos puntos de vista y opiniones divergentes, que sin embargo, en nuestro vivir cotidiano se hacen presentes a cada momento de la vida social.

Refiere que la temática del Derecho, Estado y Democracia, vista a través de la noción del imaginario social y por el binomio efectividad e ineffectividad, significa, apuntar en el sentido de las necesidades de superación del paradigma racionalista, al cual se encuentran vinculados el modelo de derecho positivista, la idea de Estado moderno y la concepción de Democracia representativa.

En el concepto de imaginario social, donde el pensamiento, cualquiera que sea y cualquiera que sea su objeto, es una forma de hacer “social-histórico”, y el hecho de conocerse como tal, no lo hace salir de esa dimensión, pero le permite entenderse a sí mismo.

El debate acerca de la (in)efectividad exige que los estudiosos del derecho sean capaces de autocomprenderse, es decir, sean capaces de pensar lo que hacen y saber lo que piensan. Lo que significa el poder entender el proceso social como algo construido, no como algo ya determinado, identificándolo como una finalidad.

Los artículos que se presentan en esta cuarta entrega de la revista editada por el Instituto de Hermenéutica Jurídica de Porto Alegre, responden a la construcción de nuevos paradigmas, los cuales, se busca, sean capaces de corresponder a las demandas de una sociedad cada vez más compleja. Abordan temas en los que se vinculan las relaciones que existen entre el Derecho, el Estado y la Democracia, compartiendo una visión crítica.

A pesar de la multiplicidad de los asuntos abordados a lo largo de la lectura de esta edición, y de la diversidad de los matices teóricos presentados, los temas traen consigo como denominador común, el reconocimiento a las implicaciones que guarda el imaginario social en la actuación de los juristas, tanto en lo que se refiere al papel que el estado debe desempeñar y a las formas de garantía del proceso democrático, así como la búsqueda de la fundamentación teórica y de la sistematización del saber jurídico, todo lo cual permita la posibilidad de reflexión sobre estas temáticas.

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Secretaría de Redacción de Crítica Jurídica

Reúne discusiones sobre la complejidad de la esfera del derecho público, en el entendido que “si no es posible la construcción de el mejor de los mundos, debemos de empeñarnos para la construcción de un mundo mejor”.

Se podrá disfrutar de lecturas que abordan la influencia que Descartes ha representado en la formación de la ley, de los modelos de derecho positivo y de la ciencia jurídica. Artículos sobre el derecho penal y sus relaciones con los regímenes políticos, la efectividad de la democracia a través de los sistemas punitivos, el control de la comunidad en el ordenamiento jurídico interno realizado por los jueces y las consecuencias sobre el sistema constitucional.

Temas como los derechos humanos, la democracia frente a la constitución, las formas de legitimación de la democracia, la complejidad que representa el fenómeno de la globalización, en fin, la diversidad de temas en los cuales quienes escriben comparten sus preocupaciones y ocupaciones respecto de temáticas que representan un enorme campo en el que los estudiosos en el ámbito jurídico pueden desarrollar nuevas conceptualizaciones y construcciones teóricas sobre el derecho.