



Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

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-España), 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



Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

---

N°. 27

2009

---

**Primera impresión de esta edición: 2009**

**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**

Augusto Sánchez Sandoval

Carlos María Cárcova

Carlos Rivera Lugo

Clèmerson Merlin Clève

David Sánchez Rubio

Edmundo Lima de Arruda Junior

Eros Roberto Grau

Fernando Tenorio Tagle

Jesús Antonio de la Torre Rangel

Joaquín Herrera Flores

Jorge Witker

José Rolando Emilio Ordóñez

Luiz Edson Fachin

Roberto Bergalli

Rogério Viola Coelho

Wilson Ramos Filho

**Consejo de Asesores**

Adolfo Sánchez Pereira (México)

Alejandro Rosillo Martínez (México)

Aníbal D'Auria (Argentina)

Antoine Jeammaud (Francia)

Antonio Azuela (México)

Antonio Carlos Wolkmer (Brasil)

Arturo Berumen Campos (México)

Boaventura de Sousa Santos (Portugal)

Carlos Cárcova (Buenos Aires)

Carlos Herrera (Francia)

Celio Horst Waldruff (Brasil)

Costas Douzinas (Inglaterra)

Daniel Nina (Puerto Rico)

Daniel Sandoval Cervantes (México)

Daniel Vázquez (México)

Enrique Guinsberg (México)

Graciela Bensusan (México)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Brasil)

Jacqueline Ortíz Andrade (México)

**Jorge Luis Ibarra Mendivil (México)**  
**José Ignacio Lacasta Zabalza (España)**  
**Juán José Carrillo Nieto (México)**  
**Juan Ramón Capella (España)**  
**Juán Pablo Rodríguez de las Heras (México)**  
**Manuel Jacques Parraguez (Chile)**  
**Marco Navas Alvear (Ecuador)**  
**María Eugenia Padua (México)**  
**Olga L. Salanueva (Argentina)**  
**Paulo Ricardo Schier (Brasil)**  
**Peter Fitzpatrick (Inglaterra)**  
**Peter Goodrich (EUA)**  
**Regina Macedo Ferrari (Brasil)**  
**Roque Carrión Wam (Venezuela)**  
**Thanos Zartaloudis (Inglaterra)**  
**Víctor Moncayo (Colombia)**  
**Yoel Carrillo García (Cuba)**

**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 Guncen (México, UNAM)**



Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

## ÍNDICE

Índice.....	9
Carta del Director.....	13
Carta de la Secretaría de Redacción.....	14

## CONVOCATORIA

Encuentro Internacional de Historia del Derecho, Filosofía y Sociología Jurídica, en homenaje al Dr. Julio Fernández Bulté.....	17
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

## ARTÍCULOS

¿Cómo piensan los jueces?.....	23
(How do judges think?) <i>Angélica Cuellar Vázquez</i>	
Estado y derecho en el pensamiento anarquista. Una aproximación a Bakunin.....	33
(State and Law in Anarchist Thought: an approximation to Bakunin) <i>Aníbal D'Auria</i>	
El psicoanálisis no domesticado.....	45
(Undomesticated Psychoanalysis) <i>Enrique Guinsberg</i>	

<b>La democracia desde la perspectiva de los procesos populares y nacionalistas en América Latina.....</b>	<b>61</b>
(Democracy from the Perspective of popular and nationalist Movements in Latin America)	
<i>Dionisio Jarrosay Guilarte y Abel Poveda Hernández</i>	
<b>Sobre la legitimidad y la paradoja del Derecho.....</b>	<b>73</b>
(On the Legitimacy and the Paradox of Law)	
<i>Adalberto Núñez López</i>	
<b>Sistema(s) jurídico (s) indígena (s).....</b>	<b>85</b>
(Indigenous Legal System(s))	
<i>José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes</i>	
<b>La huella del miedo en la Filosofía del Derecho. Itinerarios de Hobbes y Kelsen.....</b>	<b>119</b>
(The Imprint of Fear in the Philosophy of Law. Itineraries of Hobbes and Kelsen)	
<i>Laura Cristina Prieto</i>	
<b>Democracia y lucha de clases en nuestra América: la insurgencia de ese saber y ese derecho muy otro.....</b>	<b>127</b>
(Democracy and Class Struggle in our America: the Insurgence of that very Other Knowledge and that very Other Law)	
<i>Carlos Rivera Lugo</i>	
<b>El derecho a la revolución.....</b>	<b>143</b>
(The Right to Revolution)	
<i>Antonio Salamanca</i>	
<b>Democracia en la era neoliberal. Reflexiones multidisciplinares.....</b>	<b>181</b>
(Democracy in the Neoliberal Era. Multidisciplinary Reflections)	
<i>Alfonso S. Silva Sernaqué</i>	
<b>Etnografía constitucional del Perú: sociedad multicultural y tendencias del derecho constitucional.....</b>	<b>203</b>
(Peru's Constitutional Ethnography: Multicultural Society and the Tendencies of Constitutional Law)	
<i>Pavel H. Valer-Bellota</i>	



## ANÁLISIS

### **Weber y la Sociología del Derecho en la crítica de Kelsen...233**

(Weber and the Sociology of Law in Kelsen's Critique)

*Agostino Carrino*

### **A invisibilidade da crítica kelseniana sobre os limites da dogmática jurídica: um senso comum teórico ainda não desvelado?.....247**

(La invisibilidad de la Crítica Kelseniana acerca de los Límites de la Dogmática Jurídica: un sentido común teórico aún no descubierto) (The invisibility of Kelsenian Critique on the Limits of Legal doctrine: a theoretical Common Sense still not unveiled?)

*Luz Vladimir de Carvalho*

### **Weber e Marx, Antípodas? Fragmentos para pensar o direito.....265**

(Weber y Marx, Antípodas? Fragmentos para pensar el Derecho).

(Weber and Marx, Antipodes? Fragments to think Law)

*Edmundo Lima de Arruda Junior*

## RESEÑAS

### **Historia de las ideas jurídicas.....291**

*Humberto Rosas Vargas*

### CARTA DEL DIRECTOR

El año 2008 será recordado por muchas cosas —como todos los años, claro—, pero entre otras por haber ganado las elecciones presidenciales de Estados Unidos, un hombre negro. O mulato, según la nomenclatura latinoamericana. Es el senador Barak Obama, hijo de un inmigrante keniano y una mujer blanca.

Las elecciones transcurrieron sin las sospechas que empañaron la presidencia de Bush, que se comportó como había llegado: como criminal de guerra. Obama llega en circunstancias distintas. Una crisis “como las de antes”, una guerra que le quema las manos, y el apoyo y la esperanza de millones de norteamericanos que creyeron en su discurso centrado en el cambio.

Para la crisis, usará herramientas conocidas desde los años 30 de Roosevelt. Para la guerra en Irak, dijo que sacaría los chicos norteamericanos de allí ... ¡pero para llevarlos a Afganistán! Y de las esperanzas de los pobres, veremos.

Pero ¿qué debemos esperar de Obama en América Latina? Con lo anunciado para la suerte de los soldaditos en Irak, francamente nada. Cuando mucho, que, distraído en el frente interno y en Asia, se olvide de invadir Venezuela vía Colombia. Eso sería, sí, ganancia. Y se sabrá enseguida: los convenios comerciales y militares USA-Colombia, están en marcha desde Bush. Entre las primeras cosas que veremos, estará la respuesta a las esperanzas del presidente Uribe.

Lamentablemente, América Latina depende tanto de Estados Unidos, que la suerte de millones de nuestros hermanos —y nadie está exento— depende del arreglo de los poderes que dominarán la presidencia de Obama —nadie en su sano juicio creerá que él gobierna. Así no son las cosas en Washington. Si la derecha le cobra en América Latina lo que le apoye en el frente interno, habrá intervención. Colombia es la base.

Los juristas, que leen y apoyan a CRÍTICA JURÍDICA tenemos un rol que cumplir, que es el de siempre: la denuncia de las artimañas legales y las ideologías jurídicas, la defensa de los derechos humanos que serán violados mucho más que masivamente si la derecha se le trepa a Obama, la asesoría a sindicatos y vecinos que serán el blanco preferido de la burguesía para que paguen la crisis que ellos no causaron, el apoyo en pensamiento y obra a los gobiernos progresistas y de izquierda en el continente, y muchas actividades más en las que serán indispensables los y las jóvenes juristas que no se rendirán en la lucha por un mundo mejor. Para ellos es la revista, para que se expresen están sus páginas. Los invitamos.

O.C.

### CARTA DE LA SECRETARÍA DE REDACCIÓN

La actividad crítica de los juristas en nuestro país es poderosa y su desarrollo, una realidad creciente que anuncia la permanencia de una mirada distinta sobre el derecho. Estas líneas se escriben un mes después de celebrada la Tercera Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica, la cual tuvo por sedes a la Facultad de Derecho y al Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México. El número de nuestra revista que hoy presentamos, ofrece la versión escrita de algunas ponencias que se incluyeron en la segunda edición de dicha conferencia.

La significación de tan especial evento consiste en la afirmación de un modo particular de entender y practicar la actividad jurídica, cuyos fundamentos y paradigmas son permanentemente cuestionados y puestos a examen por diversos especialistas quienes, en sus distintos ámbitos, trascienden la esfera de dominio del saber jurídico. El carácter predominantemente imperativo del derecho y su auto-referencia epistemológica, son enfrentados a las exigencias de la Sociología, la Psicología, la Economía y la Filosofía: ¿Por qué el derecho dice eso que dice y no otra cosa distinta? ¿cuáles son los presupuestos en la producción del derecho, cuáles las reglas para jugar al juego de la interpretación, cuáles son los fines que se persiguen con la aplicación del derecho?

La trascendencia de este ejercicio determina ya la temática de ciertas investigaciones. En México, y a modo de parangón, no son pocos los juristas que han se involucrado en el tema de la protesta social cuyo centro, debate en el fondo, la defensa de la elección a ejercer el derecho vital a la diferencia. Hoy, inusitadamente, el papel de los jueces, como principales operadores del sistema normativo del estado mexicano, se discute con soberbia profusión y la legitimidad de sus resoluciones es cuestionada al punto del cisma político. La confrontación de las ideologías jurídicas ha llegado a un nivel de paroxismo que exige, a cada uno de los discursos inter-actuales, la mejor argumentación posible para dar cuenta de sí.

En este contexto, las mejores plumas de la tradición crítica siguen favoreciéndonos con sus aportaciones. Es una práctica común a nuestro ejercicio editorial, presentar trabajos inéditos en nuestra lengua de autores de prestigio internacional que constaten la actualidad y la vigencia de la reflexión crítica. En el mismo sentido, las páginas de nuestra revista persisten en el objetivo de acoger a los nóveles escritores. Sí, en un acto de comunión teórica, pero sobre todo, de permanencia en la provocación para generar nuevos y múltiples debates sobre el saber peculiar de los *advocatus*.

México, diciembre de 2008

---

## CONVOCATORIA

---

## **CONVOCATORIA**

### **ENCUENTRO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO, FILOSOFÍA Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA, EN HOMENAJE AL DR. JULIO FERNÁNDEZ BULTÉ**

Del 23 al 25 de febrero de 2010, en el Salón de Actos del Memorial  
José Martí.

#### **Convocan**

Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo

#### **Auspicia**

Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana

#### **Ejes Temáticos**

Historia del Derecho

1. Valor de la Historia del Derecho para la enseñanza, la investigación y el conocimiento del Derecho.
2. Historia del Derecho en Cuba .Grandes juristas cubanos.
3. Influencia del Derecho Romano: Historia y contemporaneidad.
4. Hitos jurídicos en la Historia.

Filosofía del Derecho

1. Conexión de la filosofía jurídica con el sistema jurídico.
2. Influencias de las distintas corrientes jusfilosóficas en Cuba.
3. La enseñanza de la Filosofía del Derecho.

Sociología del Derecho

1. Redescubrimiento de la Sociología del Derecho.
2. Objetivos de la investigación Sociológica – Jurídica.
3. Resultado de Investigaciones Socio Jurídicas

El Encuentro está abierto a profesionales y estudiantes de Derecho, y de las ciencias sociales y humanísticas, y a todos los interesados en los temas convocados.

La presentación de trabajos deberán ser informados al Coordinador del Encuentro hasta el 26 de enero de 2010, indicando: nombres y apellidos del autor, título del trabajo, breve curriculum vitae del autor, institución a la que pertenece; dirección electrónica, número de teléfono o fax. Los trabajos no deberán exceder las 30 cuartillas y serán evaluados por el Comité Académico que se constituya a esos efectos.

El Comité Académico hará saber oportunamente a todos los interesados los trabajos que han sido aceptados para debatir en el Encuentro.

Se solicita a los autores la posibilidad de publicar algunos de los trabajos presentados por lo que se agradece de antemano la cesión gratuita de ese derecho. En caso afirmativo dicha cesión se consignará en el resumen.

El idioma oficial será el español, con la posibilidad de analizar casuísticamente otras alternativas para solicitudes específicas de traducción.

### **Comité Organizador**

Presidente: Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, presidente de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales, profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y abogado de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos. E-mail: ramon.delacruz@infomed.sld.cu

Vicepresidente: Dr. Reinaldo Suárez Suárez, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. E. mail: suarez@fd.uo.edu.cu

Secretario: Dr. Andy Matilla Correa, miembro de la Directiva Nacional de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. E-mail: andry@lex.uh.cu

### **Cuota de Inscripción**

La colegiatura será de 180.00 CUC (pesos convertibles cubanos) y se pagará directamente en efectivo, en el momento de la acreditación. Para los estudiantes de universitarios de pregrado, previa presentación del documento acreditativo, el costo será de 120.00 CUC y para los acompañantes de 90.00 CUC, con derecho a asistir a todas las actividades incluidas en el programa.

Un peso convertible cubano (CUC) es equivalente a 1.0960 dólares estadounidense cuando se realiza la operación por transferencia bancaria o tarjeta de crédito o se utiliza una moneda en efectivo que no sea el dólar estadounidense.

Se le recomienda a los participantes internacionales utilizar preferiblemente tarjetas de crédito o débito no vinculadas a bancos de Estados Unidos, como VISA o euros, libras esterlinas, dólares canadienses o Francos suizos. También se podrán canjear el yen japonés y los pesos mexicanos. Los dólares estadounidenses en efectivo tienen en el país un gravamen del 10% al cambiarse por pesos convertibles cubanos (CUC).

Incluye: Participación en todas las sesiones del Encuentro, entrega de materiales en soporte digital, los cócteles de bienvenida y de despedida, coffee breaks y certificado de asistencia.

### **PROGRAMA GENERAL**

Lunes 22 de febrero

3:00 p.m. – 6:00 p.m. Acreditación en la Sede Nacional de la UNJC (Calle 21, esquina a D. Vedado. Ciudad de La Habana).

Martes 23 de febrero – Universidad de La Habana

9.00 a.m.	Continuación de la acreditación en la Sede Nacional de la UNJC (Calle 21, esquina a D. Vedado. Ciudad de La Habana).
3.00 p.m.	Apertura en el Aula Magna de la Universidad de La Habana.
6.00 p.m.	Cóctel de bienvenida

Miércoles 24 de febrero – Salón de Actos del Memorial José Martí

9.00 a.m.	Sesión de trabajo
1.00 p.m.	Receso para el almuerzo
3.00 p.m.	Sesión de trabajo
Noche	Libre – opcionales

Jueves 25 de febrero – Salón de Actos del Memorial José Martí

9.00 a.m.	Sesión de trabajo
1.00 p.m.	Receso para el almuerzo
3.00 p.m.	Sesión de trabajo
4.30 p.m.	Clausura
5.30 p.m.	Cóctel de despedida

### **Solicitudes de Inscripción**

Las solicitudes de participación se recibirán por escrito en la Sede Nacional de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, mediante los correos electrónicos:

unjc@unjc.co.cu//andry@lex.uh.cu//unjceventos@yahoo.es, fax: (537) 8333382, teléfono u otra vía, con antelación al 15 de febrero de 2010.

Para facilitar la asistencia al evento se han confeccionado paquetes turísticos que podrán ser adquiridos en las agencias de su país vinculadas a los viajes a Cuba, las que tendrán como receptivo a la agencia HAVANATUR.

Los interesados en asistir al evento podrán contactar con las agencias de viajes en sus respectivos países, que trabajen el destino Cuba, las que establecerán comunicación con la Agencia en Cuba a fin de coordinar las reservas de los servicios.

El Comité Organizador le estará muy agradecido a toda institución, agencia, medio de prensa o personas que publiquen esta convocatoria y la divulguen en universidades, colegios de abogados, notarías, entidades jurídicas, bufetes especializados, tribunales, consultoras, centros de investigación y otros que tengan vinculación con las temáticas convocadas.

**Para mayor información contactar a:**

Dr. Andy Matilla Corre  
Coordinador  
Miembro de la Directiva Nacional de la Sociedad  
Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo  
Calle 21 No. 552, esq. a D, Vedado, Plaza,  
Ciudad de La Habana Código Postal 10400  
Tel: (537) 832-9680//832-6209/832-7562  
Fax: (537) 833-3382  
E. mail: andry@lex.uh.cu//andrymatilla@yahoo.es //  
unjc@unjc.co.cu//unjceventos@yahoo.es

Lic. Ibrahim Brull Milanés  
Especialista Comercial, Agencia de Viajes HAVANATUR, S.A.  
Calle 6 No. 117, Entre 1ra. y 3ra. Miramar, Playa, Ciudad de la Habana.  
Teléfono: (537) 204 1974 // 75  
Fax: (537) 204 36 16. E-mail: ibrahim@havanatur.cu



---

## ARTÍCULOS

---

## ¿CÓMO PIENSAN LOS JUECES?<sup>1</sup>

ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ<sup>2</sup>

**Resumen:** En el presente artículo, la autora se concentra en la categoría de experiencia judicial y aborda las decisiones judiciales como acciones sociales. En este acto de interpretación y aplicación de la ley, los jueces utilizan dos tipos de conocimiento: el propiamente jurídico y el denominado como “acervo de conocimiento a la mano”. La conciencia jurídica de cada juez es la suma de estos saberes, los cuales sirven como instrumento pedagógico para determinar el sentido de la práctica jurídica.

**Resumo:** No presente artigo, a autora se concentra na categoria de experiência judiciária e aborda as decisões judiciais como ações sociais. Neste ato de interpretação e aplicação da lei, os juízes utilizam dois tipos de conhecimento: o propiamente jurídico e o denominado como “acervo de conhecimento à mão”. A consciência jurídica de cada juiz é a soma destes saberes, os quais servem como instrumento pedagógico para determinar o sentido da prática jurídica.

**Abstract:** In the present article, the author concentrates herself in the category of legal experience and approaches the judicial decisions like social actions. In this act of interpretation and application of the law, the judges use two types of knowledge: the properly legal and denominated one as “heap of knowledge at the hand”. It brings back to consciousness legal of each judge is the sum of these knowledge, which serve like pedagogical instrument to determine the sense of the legal practice.

**PALABRAS CLAVES:** Sociología Jurídica, Interpretación del derecho, acción social.

**KEY WORDS:** Legal sociology, Legal Interpretation, Social action.

Esta ponencia no pretende hacer un análisis del discurso de los jueces entrevistados. Pretende abundar sobre algunas ideas nacidas cuando trabajé la categoría de experiencia judicial en otro texto.<sup>3</sup> Y a la luz de otras lecturas, fueron surgiendo ideas para esta ponencia<sup>4</sup> que forma parte de una investigación más profunda y larga sobre los jueces en el estado de Puebla en México, realizada principalmente a partir de entrevistas.

La categoría de experiencia judicial busca, por un lado, ser una herramienta sociológica que permita analizar la forma en que los jueces

<sup>1</sup> Recibido el 23 de junio de 2008. Aceptado 25 de agosto de 2008.

<sup>2</sup> Socióloga. Profesora Titular C Tiempo Completo. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional Autónoma de México.

Agradezco a Roberto Oseguera todo su apoyo y colaboración para la elaboración de este trabajo.

<sup>3</sup> Cuéllar Vázquez, Angelica, *La justicia sometida. Análisis sociológico de una sentencia*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM/ Miguel Angel Porrúa, 2000.

<sup>4</sup> Lista, Carlos A., y Ana María Brigido, *La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica*, Córdoba, Argentina, Sima Editora, 2002.

interpretan su mundo inmediato y, por otro, observar las decisiones judiciales como acciones sociales.

Con esta categoría, pretendo observar como tanto en la interpretación de su mundo inmediato, el poder judicial, como en la forma en que interpretan la ley para realizar sus sentencias, los jueces involucran dos tipos de conocimientos. Uno por supuesto, es el conocimiento jurídico que adquieren en las escuelas o facultades de derecho. Este conocimiento se completa en el caso de los jueces a lo largo de su experiencia en el poder judicial. Esta experiencia, como veremos en las entrevistas, es muy valorada por los jueces.

Otro tipo de conocimiento, son todos los conocimientos que se tienen a la mano, que se obtienen de una forma cognitiva distinta y que siguiendo la terminología de Alfred Schütz, denominaremos acervo de conocimiento a la mano, concepto del que hablaremos posteriormente. Ambos conocimientos son empleados para dar sentido a las acciones que realizan los jueces, es decir, son tomados por ellos para emitir sus sentencias y resoluciones.

Para entender mejor estos dos tipos de conocimiento, empezaremos por aquel que los abogados y jueces, adquieren en las escuelas y facultades de derecho. Para saber y analizar de qué tipo de conocimiento se trata, tomaré el concepto de conciencia jurídica acuñado por Carlos A. Lista y Ana Ma. Brigido en su hermosa y sugerente investigación que hicieron sobre la forma en que la enseñanza del derecho y la formación precisamente de esta conciencia en los estudiantes de derecho en la ciudad de Córdoba, Argentina.

Se me permitirá la osadía de utilizar una investigación que no se realizó en mi país, pero creo que los resultados de la investigación, dan para pensar e interpretar otras realidades de las escuelas de derecho, al menos en América Latina.

¿Qué tipo de conocimiento es el que los abogados adquieren en las escuelas y facultades de derecho?. Según los autores citados “Las competencias profesionales se fundan en reglas implícitas y explícitas que fijan lo pensable y lo impensable sobre las que se basa la identidad y la autonomía de una profesión específica. Para la generación de tales competencias resulta necesario definir un área del conocimiento diferenciada de otras (cuanto más diferenciada mayor es la potencialidad de defender su autonomía) y asignar el monopolio de la misma a un grupo social, que se transforma en el guardabarreras del área.”<sup>5</sup> Y continúo citando a los mismos autores: “Es importante entonces controlar la brecha que surge entre ‘lo pensable’ y lo ‘impensable’, ejerciendo una estrecha vigilancia del proceso de reflexión sobre la misma. Uno de los modos de realizarlo consiste en la reproducción de modelos teóricos que fijen lo más claramente posible los límites de ‘lo pensable’, la distancia con ‘lo impensable’ y con ello, la existencia de un grupo profesional que tenga el monopolio de aquél y controle la brecha que lo separa de éste. El formalismo jurídico constituye un ejemplo de estos modelos

---

<sup>5</sup> Ibidem. P.33.

fundantes y reproductores del monopolio de una profesión (la abogacía) sobre un campo específico (el jurídico).<sup>6</sup>

Para los autores, el discurso pedagógico constituye un mecanismo de control de esa brecha a través de la transmisión de lo pensable y la exclusión de lo impensable y esto se logra de acuerdo a Lista y Brigido, mediante las reglas de selección del mensaje educativo, que transmite "...los contenidos legítimos y las habilidades deseables, así como las reglas de comunicación y modos de ser y comportarse. En otras palabras, a través de los discursos instruccional y regulativo, el discurso pedagógico reproduce un código que define una forma de conciencia-identidad; la adquisición del código permite a los participantes en la relación ubicarse en el contexto y con referencia a otros contextos, así como producir el comportamiento adecuado al mismo."<sup>7</sup>

La hipótesis de los autores es que el proceso de instrucción y socialización en la carrera de abogacía es un mecanismo de control que produce y reproduce un tipo de conciencia jurídica. No me puedo extender mucho aquí citando los resultados de la investigación de los autores, sólo tomaré de sus conclusiones la que señala que el discurso pedagógico trasmite un discurso jurídico dominante e imaginario, que afirma que existe un orden jurídico abstracto, armónico, racional y por supuesto separado de la compleja, contradictoria, concreta y aparentemente caótica realidad social, cultural y política.<sup>8</sup>

De acuerdo a estos autores la conciencia jurídica producida y reproducida por el discurso pedagógico en las carreras de abogacía, se caracteriza porque piensa a lo jurídico como el derecho vigente y entiende a éste como el derecho del Estado, fuera del marco de los valores, de la sociedad, de la economía y de la política.<sup>9</sup> Y lo expresan así: "La conciencia jurídica dominante se caracteriza por la definición objetiva del derecho como un orden autónomo y autosuficiente, dotado de racionalidad formal, que aspira a la neutralidad valorativa, adaptable e instrumentalmente útil para canalizar valores e intereses sustantivos de diversa índole."<sup>10</sup> Y más adelante dicen: "La fuerza de las convicciones y creencias que emergen de la socialización jurídica favorece la constitución de una identidad definida, la de un especialista con una racionalidad instrumental y una mentalidad predominantemente normativa y proclive a aceptar e imponer argumentos de autoridad; controlado en su emotividad y sensibilidad frente a sus adversarios, clientes, colegas y jefes; que se caracteriza por cierta tendencia al desempeño ritual y por poseer algún grado de histrionismo y actitudes que evidencian jerarquía, seguridad y autoridad."<sup>11</sup> Y una de las estrategias para el mantenimiento del control sobre el derecho

---

<sup>6</sup> Ibidem. P.34.

<sup>7</sup> Ibidem. P.35.

<sup>8</sup> Ibidem. P.36

<sup>9</sup> Ibidem. PP.159-160

<sup>10</sup> Ibidem. P.278

<sup>11</sup> Ibidem. P.278

continúan, "...consiste en su alejamiento y distanciamiento de lo mundano, cotidiano, contingente, vulgar y corriente. De este modo, la normatividad jurídica es ubicada en el campo de lo extraordinario, permanente y traspasado y elevada a la categoría de dogma, operándose así un proceso de sacralización del derecho y de quienes ejercen maestría sobre él y lo profesan."<sup>12</sup>

De acuerdo a los resultados de la investigación de Lista y Brigido, el derecho al imaginarse separado de los valores, la sociedad, la política, la economía, aparece como un ideal de orden social. El orden social, por tanto, es producto de la aplicación del derecho; el derecho es la garantía del orden.

Por otro lado, tenemos un tipo de conocimiento distinto, conocimiento que adquieren los jueces (y cualquier ser humano) y que tiene otras características cognitivas pues no necesariamente es transmitido en las universidades, sino también en otros muchos espacios de socialización del individuo como son la familia, el barrio, la escuela, etc. Me refiero a lo que Schütz denomina acervo de conocimiento a la mano y lo define así: "Toda interpretación de este mundo se basa en un acervo de experiencias previas sobre él, que son nuestras o nos han sido transmitidas por padres o maestros; esas experiencias funcionan como un esquema de referencia en forma de 'conocimiento a mano'.

"A este acervo de conocimiento a mano pertenece nuestro conocimiento de que el mundo en que vivimos es un mundo de objetos más o menos bien determinados, con cualidades más o menos definidas, entre los cuales nos movemos, que se nos resisten y sobre los cuales podemos actuar. Sin embargo, ninguno de esos objetivos es percibido como si estuviera aislado, sino como situado desde un primer momento dentro de un horizonte de familiaridad y trato previo, que, como tal, se presupone hasta nuevo aviso como el acervo incuestionado -aunque cuestionable en cualquier momento- de conocimiento inmediato. Sin embargo, también las experiencias previas indiscutidas están a mano desde un primer momento como típicas, o sea que presentan horizontes abiertos de experiencia similares anticipadas."<sup>13</sup>

Algo que me interesa remarcar de estas citas de Schütz, es que los conocimientos que se encuentran en este acervo de conocimiento a la mano, son conocimientos que los sujetos dan siempre por sentados, son verdades incuestionables, -aunque en cualquier momento pueden ser cuestionadas-, pero actúan como eso, como verdades incuestionables.

En este punto, quisiera también traer el concepto de Schütz de mundo de la vida, que lo explica así: "Las estructuras del mundo de la vida son aprehendidas como la trama de sentido presupuesto en la actitud natural, el

---

<sup>12</sup> Ibidem. P.279

<sup>13</sup> Schütz, Alfred, *El problema de la realidad social*, Buenos Aires, Amorrotu editores, 1995. P.39.

contexto básico de 'lo indiscutido' y, en este sentido lo 'tomado como evidente' que subyace en toda vida y acción sociales."<sup>14</sup>

Si concebimos las sentencias y decisiones judiciales como acciones sociales que involucran estos dos tipos de conocimiento mencionados, estamos hablando obviamente del significado, del sentido que los jueces dan a sus resoluciones. Este sentido, este significado no se da en la nada ni se da, como lo expresaría la conciencia jurídica, en abstracto, fuera del mundo de los valores, de la cultura, de la política. Esta asignación de sentido se da en lo que el mismo Schütz ha llamado contextos de significado y que los define como la síntesis de vivencias del sujeto.<sup>15</sup>

Por otro lado Schütz enfatiza que la realidad tal como aparece a los sujetos, es una creación subjetiva, y lo expresa así "...el origen y fuente de toda realidad, sea desde el punto de vista absoluto o desde el punto de vista práctico, es subjetivo..."<sup>16</sup>

Lo que observamos en las entrevistas, como se verá más adelante, es que la realidad en la que actúan los jueces, es también una creación subjetiva. Es decir, es una creación imaginaria en la cual dan por sentado que la aplicación del derecho se da fuera del mundo de los valores y de lo que se considera la caótica realidad social. Con esta afirmación no quiero decir que desconocemos las estructuras que de acuerdo a Giddens<sup>17</sup>, constriñen la acción de los sujetos, en nuestro caso los jueces. Hablamos de subjetividades en el sentido de Schütz, es decir, subjetividad en cuanto a que los humanos, -los jueces incluidos- experimentamos la realidad. Hablamos de lo que Enrique de la Garza ha llamado configuraciones subjetivas que son los procesos de incorporación de códigos acumulados para dar sentido a la acción en una situación concreta.<sup>18</sup>

En las entrevistas que realizamos encontramos en los jueces pues, dos tipos de conocimiento que utilizan cuando interpretan su mundo inmediato, el poder judicial, cuando hablan de su percepción de la justicia y la aplicación de la ley, cuando resuelven, cuando sentencian. Estos dos tipos de conocimiento forman parte de la realidad de los jueces, de sus contextos de significado y forman parte de lo que yo he querido llamar para el caso específico de los jueces, la experiencia judiciaria. Como vimos, estos contextos de significado son el cúmulo de experiencias vividas y de conocimientos adquiridos por los sujetos a lo largo de su vida, que les hacen también interpretar el momento y la situación que viven.

---

<sup>14</sup> Schütz, Alfred., y Thomas Luckman, *Las estructuras del mundo de la vida*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1977. P.18.

<sup>15</sup> Schütz, Alfred. *Fenomenología del mundo social. Introducción a la sociología comprensiva*, Buenos Aires, Paidós, 1974.

<sup>16</sup> Schütz, Alfred, *Estudios sobre teoría social*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1976. P.133.

<sup>17</sup> Giddens, Anthony, *La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1991.

<sup>18</sup> De la Garza, Enrique, *Subjetividad, cultura y estructura*, CLACSO, Biblioteca Virtual, 186.96.200.17/ar/libros/méxico/Iztapalapa/garza.rtf P. 4

## II.

Ahora nos detendremos un momento para hablar someramente de las características del poder judicial en el estado de Puebla en México. Como la mayoría de los poderes judiciales locales, el poder judicial poblano reproduce muchas de las formas de organización del poder judicial federal. Es decir, tiene una estructura muy jerárquica y rígida, y una enorme concentración del poder en los presidentes de los tribunales.

Como en muchos países de América Latina, en los últimos años se llevó adelante una reforma del poder judicial federal que en lo sustantivo consistió en disminuir el número de ministros, crear el Consejo de la Judicatura (en el caso de Puebla se le denominó Junta de Administración del Poder Judicial del estado) entre cuyas funciones destacan aquellas relacionadas con el gobierno y la administración de los tribunales, con la preparación, selección, nombramiento y adscripción de jueces y magistrados y las que tienen que ver con la disciplina de los jueces.

“La reforma constitucional de mil novecientos noventa y cuatro creó el Consejo de la Judicatura Federal, como un órgano integrante del Poder Judicial de la Federación, pero con la misma jerarquía que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aún cuando con diferentes funciones, toda vez que el referido Consejo tiene como función primordial la administración de los órganos jurisdiccionales dependientes del citado Poder Judicial.”<sup>19</sup>

Con esta reforma, se estableció por primera vez en el país el concurso de oposición como requisito de ingreso al poder judicial. Anteriormente el ingreso al poder judicial federal se realizaba por la selección que hacían ministros y magistrados del personal que trabajaba en el poder judicial para ocupar los puestos de magistrados y jueces. Ministros y magistrados proponían a sus candidatos y estos eran votados por el pleno de las salas. Esto, como no es difícil pensar, promovió una suerte de clientelas y lealtades internas basadas en relaciones interpersonales, no normadas por la institución, funcionando únicamente al arbitreo de ministros y magistrados. La reforma en México al poder judicial federal, se llevó a cabo en 1994.

Esta reforma sin embargo, no fue asumida por todos los poderes judiciales locales inmediatamente después de la reforma federal. Un caso, es el caso del poder judicial poblano cuya reforma se realizó hasta el año de 2003. Y si bien recogió en buena parte la estructura del poder judicial federal, y se creó la Junta Administrativa del Poder Judicial, esta reforma fue muy cuidadosa en preservar sus formas tradicionales de reclutamiento. Es decir, si bien asumieron el concurso para acceder a los puestos del poder judicial, en su ley orgánica definieron que para tener derecho a concursar los postulantes tienen que tener experiencia en el poder judicial. Eso en cuanto lo que se refiere a lo que en la

---

<sup>19</sup> Congreso Constitucional del estado Libre y Soberano de Puebla, *Ley orgánica del Poder Judicial del Estado*, México, 2002, p. 3.

ley se denomina concurso abierto, y el concurso cerrado, podrán concursar los miembros del poder judicial que encuentren en la categoría inmediata inferior. Con esta reglamentación se siguen reproduciendo las formas clientelares y las relaciones interpersonales para acceder a los ascensos y puestos.

“Artículo 150.- Para la selección de los Jueces de Primera Instancia, la Comisión de Vigilancia, Disciplina y Selección, con la participación de la Comisión de Carrera Judicial, Formación y Actualización, deberá convocar a concurso, el que será libre o interno, a juicio del Pleno.

En el concurso libre podrán participar aquellas personas que además de reunir los requisitos exigidos por esta Ley y el Reglamento, hayan cursado la especialización judicial o se hayan desempeñado antes en cargos jurisdiccionales o de estudio y cuenta en los Poderes Judiciales Federales o Locales, o que lo merezcan por su honorabilidad, competencia y antecedentes.

En el concurso interno podrán participar quienes se encuentren en la categoría inmediata inferior, reúnan los requisitos exigidos por la ley y el reglamento, y hayan aprobado el curso de especialización judicial, considerando preferentemente a aquellas personas que presten sus servicios con eficiencia y probidad en la Administración de Justicia.”<sup>20</sup>

En el poder judicial poblano se reproduce la rígida estructura del poder judicial federal y también la enorme concentración de poder en el presidente del Tribunal Superior, y además puede ser reelecto las veces que el pleno lo considere pertinente. También destaca que en lo que se refiere a su relación con el poder ejecutivo, el poder judicial poblano tiene que rendir cuentas al poder ejecutivo. Es decir, la misma ley orgánica del poder judicial crea un vínculo de subordinación con el poder ejecutivo.

### III.

Las entrevistas realizadas a catorce jueces y magistrados del poder judicial en Puebla, se realizaron en sus oficinas. Hay que señalar, que fue difícil acceder a ellos y las entrevistas se tuvieron que hacer en sus lugares de trabajo, en lo que Giddens denomina como sedes, es decir los escenarios que sirven de fondo a encuentros y acciones cotidianas de los agentes.

En las entrevistas realizadas, tratamos de explorar con la categoría de experiencia judiciaria, los tipos de conocimiento que los jueces ponen en juego cuando interpretan su mundo inmediato, el poder judicial, su función como juzgadores; la forma en que perciben la justicia, la aplicación de la ley, la autonomía del poder judicial, entre otros.

Por razones de espacio, no es posible aquí exponer el texto de las entrevistas y haremos entonces un análisis resumido de los hallazgos que nos parecen más importantes.

---

<sup>20</sup> Congreso Constitucional del estado Libre y Soberano de Puebla, *Ley orgánica del Poder Judicial del Estado*, México, 2002, p. 42.



La mayoría de los jueces entrevistados, definieron la justicia como “dar a cada quién lo que le corresponde” y ninguno habló de cómo esa definición se puede llevar a la práctica. Respondieron con un conocimiento que forma parte de su repertorio de conocimientos a la mano.

Con respecto a la autonomía del poder judicial, todos hablaron de que el poder judicial en Puebla es totalmente autónomo. Sin embargo, todos hablaron insistentemente y con agradecimiento, de los beneficios económicos que habían recibido en años recientes por parte del ejecutivo local, el gobernador del estado de Puebla. En particular se refirieron al cambio operado en sus condiciones de trabajo en cuanto a los espacios físicos y prestaciones obtenidas recientemente. Pero al mismo tiempo, como dijimos, defendieron con vehemencia la autonomía del poder judicial con respecto a los otros poderes y a distintas fuerzas sociales y políticas.

Los entrevistados, hablaron de la aplicación de la justicia como un proceso objetivo, desligado por completo de los sentimientos, emociones, situaciones sociales y políticas. Solamente uno, de los catorce entrevistados, reconoció que la política podía influenciar las decisiones judiciales.

El derecho, como lo señalan Lista y Brigido, desde la conciencia jurídica, es visto como algo aislado, no contaminado por la política, la sociedad y los valores. Pareciera que el derecho mismo les otorga la tan buscada objetividad en sus decisiones y otra cosa sumamente importante que mencionaron, la imparcialidad.

El derecho visto así, los protege de las emociones, los sentimientos, las preferencias, los prejuicios. Dijeron que cuando resuelven cien por ciento apegados a derecho, sus decisiones son objetivas e imparciales.

Definieron también al poder judicial y su ejercicio, como un instrumento de orden social. Casi textualmente contestaron que cuando un poder judicial trabaja adecuadamente, hay orden en la sociedad y que cuando una sociedad no está tranquila, es señal infalible de que su poder judicial no está trabajando bien. Es decir, conciben al derecho y a su aplicación como generadores de orden social.

El derecho, en boca de sus operadores, es el instrumento que posibilita no sólo la objetividad y la imparcialidad, sino el orden social. Esta observación, coincide totalmente con lo observado por Lista y Brigido.

De acuerdo a Shcütz, muchas de las preguntas hechas a jueces y magistrados fueron respondidas con el acervo de conocimiento a la mano. Tal fue el caso de su percepción de la justicia, cuando casi todos contestaron que “es dar a cada quien lo que le corresponde”.

Cuando se les cuestionó sobre los mecanismos para incorporar personal al poder judicial, todos hicieron alusión a dos cosas: a la parte formal de la reforma que contempla en su nueva ley orgánica la incorporación del concurso de oposición como un elemento nuevo y hasta moderno. Pero al mismo tiempo todos hablaron de que debían concursar sólo aquellos que tenían una experiencia en el poder judicial e hicieron especial énfasis en la experien-

cia. Un espíritu fuertemente gremialista afloró en las respuestas a esta pregunta. Es decir, por un lado ven bien el concurso de oposición, pero por otro, se aferran a las antiguas formas de reclutamiento basadas en las relaciones personales, en el aprendizaje y la experiencia in situ.

Cuando se les habló de la aplicación del derecho, todos excepto dos igualaron en su discurso lo justo con lo legal, es decir, para la gran mayoría de ellos, las sentencias cuando están fundamentadas correctamente en términos jurídicos, no sólo son legales, sino justas. Como dijimos, sólo dos de los entrevistados hablaron de la contradicción que puede producirse en algunos casos entre lo justo y lo legal.

Por la similitud en la gran mayoría de las respuestas, observamos que los jueces y magistrados tienen esa conciencia jurídica y una experiencia judicial que les hace pensar de manera muy parecida su actuar como jueces, el papel del poder judicial en la sociedad, el desempeño del poder judicial en su localidad.

Prevalece en ellos un pensamiento formal, apegado a las formas de un discurso pedagógico que como vimos con Lista y Brigido permite lo pensable y controla el acceso a lo impensable, como la “contaminación” del derecho con la política o con los valores y preferencias personales.

Ninguno de ellos, ni siquiera el que reconoció que las decisiones judiciales pueden ser influenciadas por la política, reconoció que los jueces y el poder judicial tienen una actuación política en la sociedad.

Nos parece pues que los hallazgos encontrados en las entrevistas son interesantes, quizá predecibles, pero haberlos corroborado en la investigación empírica es importante. También resulta relevante y estimulante la gran cantidad de coincidencias encontradas con la investigación de Lista y Brigido, colegas latinoamericanos que con otras preguntas de investigación, con sus conclusiones, nos proporcionaron un andamiaje rico para nuestra interpretación.

### **Bibliografía.**

Cuéllar Vázquez, Angélica. La justicia sometida. Análisis sociológico de una sentencia. México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM/ Miguel Angel Porrúa, 2000.

Cuéllar Vázquez, Angélica. Visiones transdisciplinarias y observaciones empíricas del derecho. México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM / Ediciones Coyoacán, 2003.

Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de Puebla. Ley orgánica del Poder Judicial del Estado, México, 2002.

De la Garza, Enrique. "Subjetividad, cultura y estructura" CLACSO, Biblioteca Virtual, 186.96.200.17/ar/libros/méxico/Iztapalapa/garza.rtf

Giddens, Anthony. La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1991.

Lista, Carlos A. y Ana María Brigido. La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica, Córdoba, Argentina, Sima Editora, 2002.

Schütz, Alfred. El problema de la realidad social. Buenos Aires, Amorrortu editores, 1995.

Schütz, Alfred. Estudios sobre teoría social. Buenos Aires, Amorrortu editores, 1976.

Schütz, Alfred. Fenomenología del mundo social. Introducción a la sociología comprensiva. Buenos Aires, Paidós.

Schütz, Alfred y Thomas Luckman, Las estructuras del mundo de la vida, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1977.

## ESTADO Y DERECHO EN EL PENSAMIENTO ANARQUISTA: UNA APROXIMACIÓN A BAKUNIN<sup>1</sup>

ANÍBAL D'AURIA

**Resumen:** Como el mismo título refiere, en estas páginas se presenta una aproximación al pensamiento de Bakunin. Inicia el autor señalando que el anti-teísmo de Bakunin es un ataque al principio de autoridad jerárquica originado en el idealismo metafísico, donde la ficción-divinidad es producto del miedo a lo desconocido. Para Bakunin la religión y el Estado son obstáculos de la realización del hombre, por lo que Bakunin en su idea sobre el Derecho, niega todo orden artificial, definiéndolo como la liberación del desarrollo natural de las potencialidades humanas.

**Resumo:** Como o mesmo título refere, nestas páginas se apresenta uma aproximação ao pensamento de Bakunin. Inicia o autor assinalando que o anti-teísmo de Bakunin é um ataque ao princípio de autoridade hierárquica originado no idealismo metafísico, onde a ficção-divinidade é produto do medo ao desconhecido. Para Bakunin a religião e o estado são obstáculos da realização do homem, por isso Bakunin na sua idéia sobre o Direito, nega toda ordem artificial, definiéndolo como a liberação do desenvolvimento natural das potencialidades humanas.

**Abstract:** Like the title suggests, in the following pages an approximation to Bakunin's thought is presented. The author starts by pointing out that Bakunin's anti-theism represents an attack to the hierarchical authority principle, which is originated in the metaphysical idealism, within which the fiction-divinity is a product of the fear of the unknown. For Bakunin, the author argues, religion and state are both obstacles for the realization of Man, this is why Bakunin's idea of Law denies all artificial order, defining Law as the liberation of humanity's natural development potentialities.

**PALABRAS CLAVES:** Religión y Estado, Anarquismo, Bakunin.

**KEY WORDS:** Religion and State, Anarchism, Bakunin.

### 1. Introducción.

Presento aquí una aproximación general al pensamiento de Bakunin. Mi intención es mostrar cómo se articulan su anti-teísmo y su crítica del Estado con sus concepciones sobre la ley y el derecho. Para ello, después de una rápida exposición de su anti-teísmo, veremos cómo, según Bakunin, para afirmar la libertad terrenal del hombre hay que rechazar la mística leyenda del libre albedrío metafísico. Finalmente, cierro el artículo explicando la posición de Bakunin acerca de la ley, la autoridad y el derecho.

---

<sup>1</sup> Recibido el 22 de Septiembre de 2008. Aceptado el 13 de octubre de 2008.

## 2. El anti-teologismo de Bakunin.

En la crítica bakuniana podrían diferenciarse, aunque íntimamente interconectados, distintos niveles de anti-teologismo:

1. La crítica contra los sacerdotes, burócratas explotadores de la ignorancia de las masas y cómplices de los poderosos.
2. La crítica contra las religiones positivas, cosmovisiones dogmáticas, intolerantes, falsas, anti-científicas y adormecedoras de la inteligencia humana.
3. La crítica contra el teísmo filosófico o deísmo, forma lavada y racionalizada del misticismo religioso, tan dogmática, falsa y anti-científica como las religiones positivas.
4. La crítica contra el idealismo metafísico o filosófico, raíz de los otros tres niveles.

El anti-teísmo en Bakunin es entonces, en última pero principal instancia, una polémica contra la metafísica idealista, de la cual emana el principio de autoridad jerárquica y su inevitable derivado: la desigualdad.

Según Bakunin, la idea de divinidad es un producto de la fantasía del hombre y de su ignorancia prematura: lo que el hombre no puede explicar, lo atribuye a fuerzas mágicas que terminan conformando un mundo paralelo, agrandado y divinizado. He ahí el origen del dualismo metafísico donde echa raíces todo idealismo ontológico. Después de inventar ese supra-mundo imaginario, se postra ante él y le adora como fuente de todo ser, verdad y justicia. Pero como el hiato entre el mundo de la divinidad y el mundo terrestre es tan grande, se requiere de la “revelación” para auscultar los misterios de aquel “divino fantasma”; surge así la falsa y nefasta necesidad de los gobernantes y los sacerdotes, ministros del mensaje sagrado.

Pero en realidad -sostiene Bakunin- no hay tal causa primera inmaterial; el universo no es otra cosa que una multiplicidad cambiante de infinitos seres materiales que nacen, se influyen unos a otros, mueren y mutan en otros seres tan materiales como siempre; en medio de esa causalidad universal, el individuo de cualquier especie, pero especialmente el hombre, siente esa pluralidad de fuerzas a que está sometido como dependencia y omnipotencia externa; de ahí el miedo existencial como suelo fértil del sentimiento religioso. Este sentimiento religioso puede observarse también en los animales, según Bakunin<sup>2</sup>; pero sólo en el hombre se hace religión consciente. En efecto, es la capacidad de abstracción (la propia razón, aunque parezca paradójico) la que lleva al hombre a la religión propiamente dicha como primer paso de su desarrollo humano, fuera de la simple animalidad.

---

<sup>2</sup> La devoción y temor que el perro siente y muestra ante su amo no sería otra cosa que un sentimiento religioso incipiente.

La religión es “el despertar de la razón bajo la forma de la sinrazón”, o sea, bajo la forma del error; luego, el progreso y la evolución del hombre es la corrección y alejamiento gradual de ese error o falsedad.

La ficción-divinidad (producto del miedo, la imaginación y la abstracción) no sólo expropia la vida real en favor de la pura y suprema nada; también falsea las más elevadas nociones humanas de justicia, razón y amor. Cuando estos conceptos son atribuidos a Dios, cambian radicalmente su sentido y se presentan como insondables para el hombre: la justicia, la razón y el amor divinos son siempre misteriosos, oscuros e incomprensibles. Por eso, siempre se requiere de “la revelación”, y con ella, de los sacerdotes y el Estado. Así, la religión, que es el inicio de la salida del hombre de su esclavitud bajo la naturaleza, es también el inicio de su esclavitud bajo los hombres. La religión es el origen histórico y real de los Estados.

Pero el Estado moderno se presenta a sí mismo como laico, y pretende derivar su legitimidad de un contrato libremente acordado. Ya no se invoca la “revelación” del bien y el mal, sino que el Estado estipula la distinción entre el bien y el mal, con lo que la moral se reduce a la “razón de Estado”, es decir, el arbitrio de los gobiernos. Por lo tanto, el Estado liberal laico no es menos enemigo de la humanidad que el Estado teológico. La diferencia entre ellos no deja de ser un simple cambio de religión: el Estado laico pregonaba la fe del patriotismo, cuya última excusa es siempre la “razón de Estado”. En su nombre se mata, se roba, se engaña, se traiciona... En pocas palabras: la moral de Estado niega toda moral humana.

En efecto, el Estado, hacia afuera, está siempre en guerra latente o actual contra otros Estados; su sino es la conquista y la dominación, esto es, la esclavitud. Y, hacia adentro, el Estado se asigna la función de “proteger” a sus socios unos de otros, ya que la teoría del Estado, como la religión, supone al hombre esencialmente malo. No hay teoría del Estado –como no hay religión ni teología– que no postule el principio jerárquico de autoridad externa legisferante.

En fin, por más democráticas que sean las instituciones de un país, mientras exista el Estado siempre es una minoría la que gobierna. Y esto, por dos razones, una jurídica y otra psicológica: 1. la “herencia” de fortunas conlleva, a la par de privilegios económicos, privilegios de instrucción, de oficios y de derechos; y 2. el ejercicio del mando siempre corrompe: por más virtuoso y sabio que sea un gobernante, la existencia de un gobierno genera siempre desigualdad y opresión porque el hábito de mandar distorsiona la perspectiva del gobernante, lo torna vanidoso y autoritario y le hace creer que es imprescindible.

Como se ve, en conclusión, el anti-teísmo de Bakunin es en verdad un ataque al principio de autoridad jerárquica, enraizado siempre en el idealismo metafísico que postula siempre una unidad forzada del mundo, emanada de arriba hacia abajo, de un fundamento externo al mismo mundo; así, la “ley” es concebida como algo externo y coactivo, como un corset artificial. De esta

manera, a partir de toda cosmovisión de ese tipo (religiosa, teísta o deísta) se termina indefectiblemente invirtiendo el orden natural de las cosas; se termina encapsulando la vida, que es puro fluir.

El idealismo teísta conllevaría la aceptación, consciente o no, del principio de autoridad, es decir, del Estado, forma social de esa “ley” externa, de ese corset, que viene a poner orden entre los hombres.

Pero en verdad, piensa Bakunin, la lógica y la unidad del mundo son inmanentes a éste (que está en movimiento constante), así como la sociedad tiene (si se la libera) también su unidad inmanente y natural, desde abajo hacia arriba. Por el contrario, la unidad desde arriba (desde Dios al mundo; desde el Estado a la sociedad) es una ficción reaccionaria que conspira contra el progreso y el desarrollo de la humanidad. La única realidad de la religión son los sacerdotes; la única realidad del Estado son los gobernantes y los privilegiados; y siempre, los sacerdotes, los gobernantes y los privilegiados terminan siendo obstáculos a la evolución y al desarrollo de los pueblos.

### **3. Negación del libre albedrío: inocencia y libertad.**

Como se ve, entonces, el anti-teísmo de Bakunin es, en realidad, anti-idealismo: su ataque a la idea de Dios es parte de su crítica más radical contra toda construcción metafísica de supra-mundos. Más precisamente: el idealismo metafísico siempre es teológico en última instancia, a pesar de las pretensiones anti-religiosas que ostente el filósofo metafísico personalmente.

Y este anti-idealismo bakuniano se reduce a poner en evidencia la siguiente disyunción: lo que se afirma como real en un mundo divino (ideal), se niega como real, posible o necesario en el mundo terreno (material); lo que se afirma como real, posible o necesario en el mundo terreno, debe ser negado en la divinidad (ficción fantasmagórica que demora, impide u obstaculiza el curso histórico del hombre hacia su propia realización). De aquí la necesidad bakuniana de negar el libre arbitrio teológico-metafísico. Por el contrario, quienes afirman la libertad metafísica del hombre (inmortalidad del alma/pecado original/caída) necesariamente terminan negando la libertad real, social y política, del hombre.

Por ahora, retengamos que para lograr la libertad en la Tierra, es preciso negar el libre albedrío metafísico. Y esto es exactamente lo que Bakunin hace en las últimas páginas de su inconcluso *Federalismo, Socialismo y Anti-teologismo*:

“Lo único que podríamos afirmar con certidumbre hoy es que todas estas cuestiones se debaten entre dos fatalismos; el fatalismo natural, orgánico, fisiológicamente hereditario, y el de la herencia y la tradición sociales, el de la

educación y de la organización pública, económica y social de cada país. No hay puesto para el libre arbitrio”<sup>3</sup>

Bakunin, al negar el libre albedrío, niega la responsabilidad teológica metafísica del hombre. Y al hacerlo, afirma la posibilidad de su libertad terrena, y con ello, la sola responsabilidad de la humanidad para consigo misma<sup>4</sup>.

El individuo es un producto social, es decir, educado (formado) por las influencias que recibe del contexto en que nace, se cría y desenvuelve. Por ello, no existe otra política criminal honesta que la generación de las condiciones sociales que tornen improbable el crimen. La represión penal siempre es hipócrita, porque no soluciona nada.

Como ya adelantáramos, el Estado liberal moderno, por laico que se auto proclame, también supone, según Bakunin, una concepción metafísica e individualista de la libertad, concepción de claras raíces teológicas. Siempre que se postule una existencia supra-material y pre-social del individuo se terminara negando en la práctica la propia libertad del hombre, tanto colectivo como individual. Y en esto, el liberalismo no resulta esencialmente distinto de la teología, a pesar de los méritos que el propio Bakunin le reconoce en la evolución del pensamiento. En efecto, Bakunin admite que los liberales fueron los primeros en enseñar que el Estado es un mal, y que el avance de la civilización consiste en restarle cada vez más atributos; sin embargo, cuando en la práctica el Estado es seriamente cuestionado en su existencia, los liberales se vuelven tan estatistas y fanáticos como los monárquicos o los jacobinos<sup>5</sup>. Esto, según Bakunin, se debe a dos circunstancias, una práctica y otra teórica. La razón práctica que determina esa actitud contradictoria de los liberales es su situación de clase, ya que por lo general provienen de la burguesía y requieren de la protección que el Estado brinda a sus intereses y privilegios propietarios. La razón teórica, que es la que interesa tratar aquí ahora, es su errada concepción de la libertad individual.

Para los liberales, la libertad individual no es una creación histórica y social, sino un don divino que trae el hombre al nacer; para ellos, el individuo precede ontológicamente a la sociedad. Por lo tanto el hombre-individuo es ya un ser entero y absoluto fuera de la vida social e histórica. Los individuos, según ellos, dan nacimiento a la sociedad, y no a la inversa. De esta forma, los liberales disuelven la naturalidad de la sociabilidad humana. La sociedad, propiamente, no existe: sólo hay esa apariencia de sociedad que se llama Estado. Y aunque saben muy bien que ningún Estado nació jamás de un contrato entre individuos pre-existentes, libres y completos, se aferran a esta ficción como a un dogma religioso<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Bakunin, M., *Obras*, Vol. III: *Federalismo, socialismo y antiteologismo y Consideraciones filosóficas*, Júcar, Madrid 1977; p. 164.

<sup>4</sup> Ibid. pp. 155-156.

<sup>5</sup> Bakunin, M., *Dios y el Estado*, Altamira, Buenos Aires 2000; p. 83.

<sup>6</sup> Ibid. pp. 84-85.



Una vez más, la ficción metafísica invierte sus efectos en la realidad: cuando se postula un contrato tácito o formal (un simple “como si” ficcionalizado, otra mentira idealista) se niega la posibilidad de una sociedad verdaderamente ordenada sobre contratos libres y reales (postura propia del anarquismo en general). Resulta natural que el hombre, tal como lo entiende el liberalismo (y todo el que sostenga la inmortalidad del alma, la libertad innata o el libre albedrío) vea a la sociedad como mero instrumento de sus intereses, pues él es ya-siempre un ser entero y completo fuera de la sociedad. Pero lo peor, en términos teóricos, es que el Estado liberal, planteado en esos términos, es en realidad la negación de la libertad que dice perseguir. En efecto, si los individuos son ya libres antes de asociarse, ese contrato no es otra cosa que una cesión o renuncia a esa libertad previa (punto en que coinciden casi todos los autores contractualistas): el Estado, una vez más, es producto de la pérdida de la libertad.

Por el contrario, según Bakunin, la libertad real es inseparable de la igualdad y la cooperación dentro de la sociedad. El hombre sólo puede llegar a su auto-conciencia como hombre en la sociedad, y sólo por la acción colectiva de ésta. Sólo en sociedad puede emanciparse materialmente del yugo de la naturaleza. Es decir, sólo se desarrolla como hombre a través de la educación y la instrucción, cosas eminentemente sociales e históricas. La libertad del individuo es un logro del aprendizaje histórico-social: el hombre sólo puede ser libre junto a los demás hombres, mediante la reflexión y el reconocimiento mutuos, nunca aisladamente. Sólo la igualdad y la cooperación hacen al hombre efectivamente libre, aumentando sus potencialidades (libertad)<sup>7</sup>.

Así, la negación del libre albedrío metafísico es consecuencia de la negación del idealismo en general. Y, a su vez, esta negación es condición para la efectiva realización de la verdadera libertad e igualdad entre los hombres. Lo mismo ocurre con la consecuente afirmación de la irresponsabilidad metafísica del hombre. Rechazar la responsabilidad teológica del hombre respecto de su “caída”, es afirmar su existencia en el devenir histórico y su consiguiente y gradual descubrimiento de la justa convivencia social. Como siempre, la realización de la humanidad requiere de la negación de todos los atributos depositados en el mundo fantasmagórico y ficticio de la divinidad. Ese supra-mundo habitado por Dios y las almas es un mundo irreal que pervive gracias a la sangre vital que chupa del mundo real y material de los hombres.

#### **4. Ley y Derecho en Bakunin.**

Destaca Bakunin, que usamos las palabras “ley” y “autoridad” de manera insidiosamente ambigua.

---

<sup>7</sup> Ibid. pp. 90-91.

En un sentido estricto, los aplicamos a los efectos necesarios de las cosas y las acciones (causalidad universal), abstraídos mediante el conocimiento científico (leyes científicas sobre la naturaleza); de aquí se deriva la “autoridad espontánea” que le reconozco libremente al especialista (zapatero, médico, etc.). Pero ese sentido de “ley” se refiere a la lógica inmanente del mundo en sus variados e infinitos aspectos; por lo tanto, la “autoridad” que de su conocimiento deriva, surge libre y espontáneamente del conocimiento de ellas o de los méritos que le reconozca al especialista. Uno puede hacer cualquier cosa con la realidad, menos impedir sus efectos. Esas “leyes”, en última instancia, al ser inmanentes al mundo material y al hombre, en tanto parte de ese mundo, constituyen al mismo mundo, son el Hombre.

Pero en otro sentido usamos “ley” para referirnos al mandato bajo amenaza de un castigo proveniente de una “autoridad” externa, un “legislador” artificial (Dios, el Estado, que no son más que ficciones que encubren la autoridad arbitraria de otros hombres que imponen su voluntad al resto). Esta es la esfera del “derecho jurídico” (positivo), opuesto siempre, cualquiera sea su contenido, al “derecho natural o humano”<sup>8</sup>.

Obsérvese que lo que Bakunin llama “derecho natural o humano” no constituye una variante de jus-naturalismo. En efecto, tal como lo entienden los juristas, el jus-naturalismo, religioso o racionalista, postula una conexión necesaria entre moral trascendente y derecho positivo; es siempre platonismo idealista: afirma la existencia de dos realidades: la empírica que debe supeditarse a la ideal. Pero Bakunin niega toda moralidad posible al derecho positivo (así como niega toda moralidad trascendente metafísica)<sup>9</sup>. Incluso cuando la ley jurídica (siempre coactiva) pretende proteger un bien, hace un mal. En las páginas finales de *Federalismo, socialismo, anti-teologismo*, Bakunin escribe:

“El exceso de bien o de lo que se llama generalmente el bien, ¿puede, a su vez, producir el mal? Sí, cuando se imponen como una ley despótica, absoluta, sea religiosa, sea doctrinario-filosófica, sea política, jurídica, social o como ley patriarcal de la familia, en una palabra, cuando un bien que parece ser o que es realmente, se impone al individuo como la negación de la libertad y cuando no es producto de ésta. Pero entonces, la rebelión contra el bien impuesto así, no sólo es natural, es también legítima: lejos de ser un mal es un bien, al contrario, porque no hay bien fuera de la libertad, y la libertad es la fuente y la condición absoluta de todo bien que sea verdaderamente digno de este nombre, pues el bien no es otra cosa que la libertad”<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Bakunin, M., *Escritos de Filosofía Política (compilados por G. Maximoff)*, dos tomos, Altaya, Barcelona 1994; Tomo I, p. 301.

<sup>9</sup> Ibid. p. 302.

<sup>10</sup> Bakunin, M., *Obras, Vol. III: Federalismo, socialismo y antiteologismo y Consideraciones filosóficas*, Júcar, Madrid 1977; p. 165.

Es decir, no hay posibilidad de ley, en sentido jurídico, que sea buena. Todo derecho jurídico (positivo) es injusto porque se apoya en la fuerza; y aunque su contenido pudiera parecer bueno, desde que es impuesto coercitivamente pasa a ser malo: primero, precisamente, porque es impuesto de manera coactiva; pero también porque, al ser coactivo, puede (y suele) alimentar el deseo de hacer, precisamente, lo contrario. Para Bakunin, justicia y derecho jurídico (positivo) son términos mutuamente excluyentes; y es precisamente esto lo que impide verlo como jus-naturalista en el sentido doctrinario de la palabra. Todo jus-naturalismo –por encima de las diferencias entre sus diversas corrientes– postula algún tipo de orden ideal de valores a los que debería sujetarse el derecho positivo para ser tenido como legítimo. Pero en Bakunin no hay nada de eso. Por el contrario, Bakunin denuncia recurrentemente esa connivencia entre idealismo y derecho jurídico (positivo). Ese tipo de idealismo jus-naturalista no sería más que otra fantasmagoría metafísica, tan artificial y ficticia como el derecho jurídico (positivo) al que pretende legitimar o condenar. El derecho natural del que habla Bakunin, por lo tanto, nada tiene que ver con lo que los juristas llaman del mismo modo. “Derecho natural”, en Bakunin, es precisamente natural en el sentido de libre de “ficciones” metafísicas y del empleo de la fuerza; es libertad y espontaneidad plena de las personas para regular por ellas mismas sus mutuas relaciones libres de amenazas externas. A este “derecho natural” Bakunin suele también llamarlo “derecho humano” (ambos son conceptos incompatibles con el derecho positivo, que Bakunin llama “derecho jurídico o político”). Así, el derecho natural bakuniano no es otra cosa que el libre desarrollo de las tendencias que determinan las leyes del universo, es decir, la causalidad universal, sin interferencias artificiosas del idealismo religioso/político: Dios y el Estado son siempre negadores del desarrollo y del orden natural del universo y, en su seno, de los hombres.

Alguien podría objetar que el derecho positivo, desde una perspectiva teórica también positivista, no tiene por qué implicar supuestos o ficciones metafísicas. Sin embargo, Bakunin muestra cómo el derecho jurídico, todo derecho positivo, precisa inexorablemente de esas ficciones idealistas. En efecto, el derecho regula las relaciones de opresión de una clase sobre otra: protege la propiedad de los propietarios, criminaliza la pobreza que se rebela, organiza una burocracia civil y policial para efectivizar su propósito y –punto fundamental del derecho– juridifica (reglamenta) las relaciones familiares a los fines de permitir la acumulación del capital por medio de la herencia. Y la institución de la herencia, pilar de todas las desigualdades e injusticias (puesto que la herencia económica determina también la herencia de otros privilegios culturales, políticos y sociales) no puede sostenerse más que al precio de la ficción –una vez más, metafísica, idealista y religiosa– de la pervivencia de las almas más allá de la muerte corporal:

“Todas las organizaciones políticas y civiles del pasado y el presente se apoyan sobre el hecho histórico de la violencia; sobre el derecho a heredar la propiedad, sobre los derechos familiares del padre y esposo y sobre

la canonización de todos esos fundamentos por parte de la religión. Y todos ellos en conjunto constituyen la esencia del Estado”<sup>11</sup>.

Como se ve, el origen de todas las desigualdades y opresiones es la violencia. He ahí la base real histórica de todo lo que se resume bajo el nombre de “Estado”. Esta violencia se perpetúa por la legitimidad falsa que le aporta la ficción supersticiosa de la religión (y luego, por su sucedánea, la metafísica filosófica; siempre el idealismo). Así, Estado, familia (jurídica), y propiedad, se resuelven en la institución idealista de la herencia.

“Con el Estado debe desaparecer también todo cuanto se denomina derecho jurídico, y toda la organización de la vida social de arriba abajo, por vía de legislación y gobierno; esta organización no tuvo nunca meta alguna, salvo su establecimiento y la explotación sistemática del trabajo del pueblo en beneficio de la clase dominante”<sup>12</sup>.

La violencia y el idealismo mistificante en que se apoya el falso (por aparente) e injusto (por opresivo) orden actual, son lo opuesto al desarrollo de abajo hacia arriba que significaría una sociedad libre. Nuevamente, Dios y el Estado, superstición y fuerza, son socios en la desnaturalización (dehumanización, alienación) del ser humano; son obstáculos a la propia realización del hombre.

Bakunin retoma y radicaliza la teoría proudhoniana de la producción fundada en la fuerza colectiva que surge del trabajo asociado, y por ende, su idea de que la propiedad privada capitalista es un robo a la sociedad. El propietario es un ladrón del producto colectivo<sup>13</sup>. A continuación veremos cómo, según Bakunin, ese robo originario se perpetúa con la institución místico-coactiva (religiosa y estatal) de la herencia.

“El ladrón protegido por la ley (o sea: el propietario) muere. Transmite con o sin testamento sus bienes o capital a hijos y demás parientes. Se nos dice que es la consecuencia necesaria de su libertad personal y su derecho individual; su voluntad debe ser respetada”.

“Pero un hombre muerto está muerto realmente. Prescindiendo de la existencia completamente moral y sentimental construida por los piadosos recuerdos de sus hijos, parientes y amigos (si merecía ese recuerdo) o por el reconocimiento público (si prestó algún servicio real al público), no existe en absoluto. Por lo mismo, no puede disfrutar de libertad, derecho ni voluntad personal. Los fantasmas no debieran regir y oprimir al mundo, que sólo pertenece a los seres vivos”<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Bakunin, M., *Escritos de Filosofía Política (compilados por G. Maximoff)*, dos tomos, Altaya, Barcelona 1994; Tomo I, p. 305.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Ibid. p. 309.

<sup>14</sup> Ibid. p. 310.

Es decir, la voluntad superviviente del muerto sólo es una fantasmagoría más del idealismo, como lo son la ficción religiosa de la perennidad de las almas y su independencia del cuerpo y la ficción liberal de la libertad innata y a-temporal. Estas mistificaciones idealistas no hacen otra cosa que legitimar situaciones de hecho cuyo crudo origen es la violencia y la opresión de unos sobre otros.

Por todo ello:

“El primer día de la Revolución el derecho hereditario será simplemente abolido, y junto a él serán abolidos también el Estado y el derecho jurídico, para que sobre las ruinas de todas esas iniquidades, saltando sobre todas las fronteras políticas y nacionales, pueda surgir un nuevo mundo internacional, el mundo del trabajo, la ciencia, la libertad y la igualdad, mundo organizado de abajo a arriba por la libre asociación de todas las agrupaciones de productores”<sup>15</sup>.

Porque:

“La libertad del hombre consiste exclusivamente en obedecer a las leyes naturales porque las ha reconocido él mismo como tales, y no porque le sean impuestas desde alguna voluntad externa –divina o humana, colectiva o individual” “La libertad del hombre consiste exclusivamente en obedecer a las leyes naturales porque las ha reconocido él mismo como tales, y no porque le sean impuestas desde alguna voluntad externa –divina o humana, colectiva o individual”<sup>16</sup>.

Así quedan, más o menos, resumidas las ideas de Bakunin sobre el derecho. A su enfoque podríamos llamarle “jus-biologicismo” para no confundirlo con lo que los juristas denominan jus-naturalismo. Lo que se conoce como jus-naturalismo es una versión más del idealismo, sea teológico o racionalista, que supone una metafísica del libre albedrío que Bakunin rechaza. Esa metafísica jus-naturalista es en última instancia platonismo, desdoblamiento de la realidad: derecho ideal (arriba) y derecho positivo (abajo y subordinado). La posición de Bakunin (su jus-biologicismo<sup>17</sup>) no es otra cosa que la negación

<sup>15</sup> Ibid. p. 312. Conviene aclarar que Bakunin exceptúa de la abolición de la herencia la transmisión de ciertos pequeños bienes de valor sentimental que no hacen a la acumulación y concentración del capital. Ibid. p. 310.

<sup>16</sup> Ibid. p. 316.

<sup>17</sup> Martín Aldao, me insiste en que el rótulo “jus-biologicismo” aplicado a Bakunin puede llevar a confusión. La palabra “jus” podría dar a entender que Bakunin defiende alguna concepción afirmativa del derecho; y la palabra “biologicismo” implicaría asignarle un tono darwinista que se encuentra recién en Kropotkin pero no en Bakunin. Estas observaciones son pertinentes, pero no creo que sean un obstáculo que no pueda superarse con una buena aclaración del uso de los términos. Primero: Espero que de la lectura del artículo surja claramente que Bakunin no defiende ninguna concepción afirmativa del derecho. No sólo ataca todo derecho positivo, actual, posible o futuro, sino que niega también toda concepción idealista del derecho (suerte de platonismo jurídi-

de cualquier orden artificial de arriba hacia abajo; por el contrario, es la liberación de la sociedad de todo corset idealista y/o jurídico que constriña el desarrollo natural (entiéndase, espontáneo) de las potencialidades humanas.

Así como la religión y los Estados son el despertar de la razón bajo la forma del error (despertar que inicia la libertad del hombre respecto de la naturaleza pero que, a su vez, inicia la esclavitud del hombre respecto del hombre), la muerte de Dios y del Estado iniciará la liberación del hombre respecto del hombre. En última instancia esta liberación no es otra cosa que la liberación del hombre respecto de sus propios fantasmas emanados de sus miedos y su ignorancia.

### **Bibliografía:**

Bakunin, M. (1924): Obras completas, vols. 1 y 2, La revolución social en Francia, Editorial La Protesta, Buenos Aires.

\_\_\_\_\_ (1973-A): El sistema del anarquismo (selección), Proyección, Buenos Aires.

\_\_\_\_\_ (1973-B): Tácticas revolucionarias (selección), Proyección, Buenos Aires.

\_\_\_\_\_ (1975): La libertad (selección), Proyección, Buenos Aires.

\_\_\_\_\_ (1976): La anarquía según Bakunin (selección), Tusquets, Barcelona.

---

co que se conoce como jus-naturalismo en los ámbitos académicos). Segundo: Sin embargo, esta concepción negatoria del derecho, por ello, no deja de ser una concepción sobre el derecho, una postura jus-filosófica, una filosofía del derecho; y es en este principal sentido en que la palabra "jus" aparece aquí. Tercero: Aparte de eso, la palabra "jus" también podría entenderse en el sentido hobbesiano, válido en esto para el pensamiento de Bakunin (aunque la comparación pueda llamar la atención); Hobbes oponía "jus" (libertad libre de trabas externas) a "lex" (trabas externas a la libertad natural, al "jus"); la diferencia entre Hobbes y Bakunin, en este punto, pasaría por el pesimismo antropológico del inglés, que ve en el "jus" sin límites ("lex") una situación de guerra generalizada que sólo puede terminar con la institución del Estado ("lex"); por el contrario, Bakunin parece ver en esa libertad sin límites el auténtico principio de la solidaridad y el aprendizaje social. Cuarto: Es cierto que la connotación darwinista del término "biologicismo" puede remitir más a Kropotkin que a Bakunin, pero no me parece que haya diferencias centrales entre ellos en cuanto a sus filosofía del derecho (salvo el lenguaje teórico general que cada uno emplea); sí hay en Kropotkin algún desarrollo adicional de la misma idea: él dice más explícitamente que Bakunin que el la libertad sin trabas permite un aprendizaje de la ayuda mutua a partir de la observación empírica de vida natural y de la historia; esa observación empírica (científica) muestra que las especies más adaptadas, así como las etapas de la historia humana más florecientes, son aquellas donde prevalece el apoyo mutuo libre por sobre la competencia y la coacción. Por ello, prefiero designar a la concepción de Kropotkin como "jus-naturalismo empírico", ya que sin bien la naturaleza enseña la conveniencia de la cooperación, no se trata de una visión idealista de la naturaleza, sino de la naturaleza en sentido biológico naturista.

\_\_\_\_\_ (1977): Obras, Vol. III (incluye: Federalismo, socialismo y antiteologismo y Consideraciones filosóficas), Júcar, Madrid.

\_\_\_\_\_ (1978): El Estado y la Comuna, Zero, Madrid.

\_\_\_\_\_ (2000): Dios y el Estado, Altamira, Buenos Aires.

\_\_\_\_\_ (1984): Estatismo y anarquía, Orbis-Hyspamérica, Buenos Aires.

\_\_\_\_\_ (1994): Escritos de Filosofía Política (compilados por G. Maximoff), dos tomos, Altaya, Barcelona.

\_\_\_\_\_ (1998): Eslavismo y anarquía (selección de textos), Espasa Calpe, Colección Austral, Madrid.

\_\_\_\_\_ (s/f): Tres conferencias (el nombre del autor figura como Bakounine), Prefacio de James Guillaume, Fuego, Buenos Aires.

## EL PSICOANÁLISIS NO DOMESTICADO<sup>1</sup>

ENRIQUE GUINSBERG<sup>2</sup>

**Resumen:** El estudio en los campos del Derecho, psicología y psicoanálisis fueron, en Argentina, de los más radicalizados en la búsqueda de encontrar posturas críticas; así al psicoanálisis se le dio el nombre de “NO DOMESTICADO”, el cual se desarrolló en un momento álgido, caracterizado por las movilizaciones obreras y populares en ese país. Es una rama de la ciencia que no es aislada, a través de ella se puede complementar la comprensión sociológica y política ubicándola en una estructura social y que siempre buscará una alternativa a los usos tradicionales de la profesión.

**Resumo:** O estudo nos campos do Direito, psicologia e psicanálise foram, na Argentina, dos mais radicalizados na busca de encontrar posturas críticas; assim à psicanálise se lhe deu o nome de “NÃO DOMESTICADO”, o qual se desenvolveu em um momento culminante, caracterizado pelas mobilizações operárias e populares nesse país. É um galho da ciência que não é isolada, através dela se pode complementar a compreensão sociológica e política [ubicándola] em uma estrutura social e que sempre buscará uma alternativa aos usos tradicionais da profissão.

**Abstract:** The study in the fields of the Right, psychology and psychoanalyses were, in Argentina, of but radicalized in the search to find positions critics; thus psychoanalysis was designated like “NOT DOMESTICATED”, which in a while algid development, characterized by the working and popular movements in that country. It is a branch of the science that is not isolated, through her is possible to be complemented the sociological and political understanding locating it in a social structure and that always will look for an alternative the traditional uses of the profession.

Seguramente sorprenderá a los asistentes a esta reunión que dos psicoanalistas participen en esta mesa de un encuentro de profesionales y estudiantes de derecho, así como el título de esta ponencia habla de Psicoanálisis no domesticado, término por supuesto poco conocido. Pero la explicación tiene que ver con el término crítico, que aparece en el nombre de esta reunión y responde a las características del psicoanálisis del que aquí se hablará. Por otra parte, con el organizador de este Encuentro nos conocemos desde hace muchísimos años y no sólo fuimos parte de quienes tuvieron que salir de su país, Argentina, por causa de la represión de la dictadura militar, sino que allí y acá actuamos de una manera muy diferente a la de los sectores tradicionales del derecho y del psicoanálisis, en una postura precisamente crítica, tanto respecto a la dictadura como frente a las indicadas posturas tradicionales de nuestras disciplinas. Postura crítica a las que no renunciamos, como lo indican el sentido de esta reunión y las ponencias de este Mesa.

<sup>1</sup> Recibido el 7 de julio de 2008. Aceptado el 5 de octubre de 2008.

<sup>2</sup> Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco, Revista Subjetividad y Cultura. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Autor de varios libros y numerosos artículos científicos.



De cualquier manera es preciso reiterar algo ya dicho en muchas reuniones y escritos: que el campo psicológico y psicoanalítico argentino, así como el del derecho, fueron los más radicalizados del mundo intelectual de ese país, como se verá en este trabajo respecto al primero, y lo indica también una práctica jurídica importante, donde muchos abogados fueron defensores de presos políticos así como participantes en actividades profesionales diferentes a las clásicas y, por tal razón, también víctimas de la dictadura.

Una segunda razón a señalar es la falacia de creer en la existencia de un solo psicoanálisis, cuando tendría que hablarse en plural en esta disciplina, o sea de los psicoanálisis: No sólo por la existencia de las muchas corrientes teóricas que tiene (freudiana, kleiniana, frommiana, lacaniana, etcétera), sino también por objetivos muy diferentes de profesionales en la praxis de de ellas.

Si bien la mayoría del campo psicoanalítico acepta con orgullo la afirmación de Freud de que el psicoanálisis es una peste, tanto en sentido epistemológico al romper con las ideas de su época (las nociones de inconsciente y de sexualidad son un ejemplo) como por el sentido crítico de su acción, que puede proyectarse en el campo social, la mayoría del mundo analítico y de sus instituciones dice aceptar la primera parte de esa premisa pero no la segunda, por lo que Fromm los definió como domesticados, queriendo significar que se convirtieron en más o menos (o totalmente) aceptantes del poder constituido, perdiendo las características críticas del psicoanálisis, es decir poniéndose al servicio del orden y no de los sectores opuestos al mismo.

No es este el lugar para una discusión sobre estas dos posturas, para lo cual puede consultarse una amplísima bibliografía<sup>3</sup>, sino mostrar cómo ello se pone en práctica, para lo cual se eligió una de sus muestras más categóricas, la realizada en Argentina en las décadas de los 60 y los 70, pero sin olvidar que en alguna medida hubo experiencias anteriores (sobre todo la de Wilhem Reich en la Alemania nazi<sup>4</sup>) y en otros países, México incluido –sobre lo cual algo se dirá al final– aunque con base al peso del movimiento analítico de cada país. Pero siempre mostrando que puede existir una postura alternativa y no solo la ortodoxa tradicional.

---

<sup>3</sup> Múltiples son las obras escritas mostrando esta realidad, pero una se destaca: el libro de Castel, Robert, *El psicoanálisis, el orden psicoanalítico y el poder*, Siglo Veintiuno, México, 3ª ed., 1980.

<sup>4</sup> Wilhelm Reich fue un analista alemán que organizó lo que llamó Sexpol (sexualidad política) así como intentó teóricamente crear un psicoanálisis de izquierda, por lo que se enfrentó críticamente tanto al nazismo como al partido comunista, causa por lo que fue expulsado de este último como de la asociación psicoanalítica. Sobre su obra véase mi artículo “Una recuperación crítica de Wilhelm Reich”, revista *Omagen Psicoanalítica*, Asociación Mexicana de Psicoterapia Psicoanalítica, México, N° 12, 2001. Puede verse también en el libro *Web Escritos desde un psicoanálisis no domesticado*, sitio de Carta Psicoanalítica ([www.cartpsi.org](http://www.cartpsi.org)).

\* La FAP era una organización existente de psiquiatras que no tenía mayor representatividad ni acción, que se convierte en lo que se mencionará luego por la actuación en ella de sectores y psicoanalistas progresistas. Su primer presidente de este período fue Emilio Rodríguez, un connotado analista.

Cuando muy poco después de estallar el golpe militar de marzo de 1976 el Secretario General de la intervenida Universidad Nacional de Córdoba, jefe militar en actividad, dijo que Marx y Freud eran los “delincuentes ideológicos” más divulgados en las universidades argentinas, si bien realizó una caracterización equivocada, mostró cuál era la opinión de las fuerzas armadas sobre la psicología en el país y resultó ser toda una advertencia.

Es sabido que el desarrollo argentino en psicología y psicoanálisis es muy alto –sin duda uno de los más avanzados del mundo entero–. Pero más allá de las causas, lo incuestionablemente real es el citado desarrollo, que ha producido la llamada “escuela argentina” de psicoanálisis y un importante nivel de los TSM (Trabajadores de Salud Mental), que permitieron la aparición de instituciones académicas y gremiales masivas representativas: Federación Argentina de Psiquiatras (FAP)\*, Asociación de Psicólogos de Buenos Aires (APBA) y luego su proyección a nivel nacional, así como de sectores que se separan de la ortodoxa Asociación Psicoanalítica Argentina, no sólo por cuestionamiento a sus lineamientos teórico-prácticos, sino por la crítica conocida a su orientación ideológica”.

El paso de la etapa anterior a la siguiente sólo puede entenderse sobre la base de la situación política de la época. La llamada “revolución argentina” (1966-73) provoca una eclosión política que produce las conocidas insurrecciones populares (cordobazo, rosariazos y otras), el nacimiento de organizaciones obreras clasistas independientes de la corrompida burocracia sindical, el surgimiento de importantes formaciones guerrilleras, movilizaciones obreras populares de todo tipo, etcétera. Pero paralela y consecuentemente –producto de lo anterior y de los efectos de las medidas tanto económicas como represivas de la Junta Militar– se desarrolla una importante radicalización de las capas medias, incluidos amplios sectores intelectuales y profesionales, y entre éstos los TSM, que junto a la participación en las organizaciones gremiales (FAP, APBA, etc.), proyectan tal radicalización a terrenos tanto teóricos como prácticos de su quehacer profesional. Debe también acotarse que frente a la intervención de la universidad y su consiguiente derechización, sobre todo por la renuncia de los docentes que anteriormente estaban, nacen y crecen importantes alternativas de enseñanza, generalmente cargadas política e ideológicamente. Asimismo, si 1968 fue importante en Europa y otros países, sus efectos –unidos a la situación que se vivía en Argentina– repercuten en situaciones políticas y teóricas.

Si bien en este trabajo serán mencionados por separados diferentes aspectos del camino que se recorrió, debe entenderse que el mismo no fue tan separado, sino parte de una constante dialéctica donde la participación práctica en la psicología (o en la militancia política y/o gremial) repercutía sobre la teoría, que a su vez abría nuevos caminos prácticos, y así sucesivamente.

Aunque la crítica al uso de la psicología venía de bastante tiempo atrás sobre todo por parte de sectores de izquierda –lo mismo que a la esclerosis institucional del psicoanálisis de la APA– no cabe duda de que la crisis

que se produjo en esa institución con la salida violenta de cuestionadores internos, provocó una conmoción de incuestionable importancia. Es cierto que había antecedentes de rupturas similares, en la misma época, en países europeos conmocionados por las movilizaciones estudiantiles del 68. Pero mientras éstas pasaron más o menos rápidamente, el desarrollo y crecimiento de la argentina sólo puede explicarse por el contexto político nacional, signado por una movilización no sólo estudiantil, sino básicamente obrera y popular, así como por el auge psicológico en permanente crecimiento, auge que algunos definieron como un verdadero boom<sup>5</sup>.

Uno de los hechos detonantes del estallido abierto del conflicto de la APA —que se estaba gestando en discusiones y por la participación de muchos analistas en la combativa FAP— es todo un símbolo: la distribución en la APA de un volante de la FAP solidario con el "cordobazo" (movimiento crítico masivo en esa ciudad, con fundamentales consecuencias en la política nacional) provoca el repudio del presidente de la organización analítica, que en una carta señala que su Asociación "se opone y se opondrá a todo lo que pretenda coartar, dirigir o marcar un rumbo de pensamiento, sabiendo de sobra que esto puede aparecer edulcoradamente presentado como progresista, lo que a veces dificulta la visión clara de la falsa opción propuesta y de la presión ideológica encubierta que conduce a la acción inmediata y masificada, impidiendo la previa asimilación reflexiva".

Sugiere por tanto y recomienda "enfáticamente que en el futuro, las comunicaciones a la población de la APA sean dirigidas por correo a las direcciones particulares de los colegas (para evitar) un nuevo suceso lesivo, en cuanto sospecha de tentativa de masificación". Los disidentes responden señalando una discrepancia profunda con las premisas anteriores: "...Pensamos que, aunque se lo niegue formalmente, propugnar la dedicación exclusiva de la APA a la ciencia 'pura', implica irremediablemente una afirmación de anuencia al sistema socio-político imperante. Lamentablemente la presión y tutela ideológica que se intentan combatir, pueden ser ejercidas en forma encubierta al invocar un supuesto apoliticismo por la pureza científica".

No se trata en este trabajo de historiar el proceso de la crisis, sino resaltar sus consecuencias. Por de pronto se pone de manifiesto un conflicto que hasta entonces se mantenía en estado latente y comienza una larga polémica, por la cual renuncian a la APA un conjunto importante de sus miembros. Pero, roto el control de la presión institucional, emergen nuevas aperturas y búsquedas de lo que piensan debe ser el psicoanálisis en teoría y práctica, aperturas y búsquedas que serán acogidas no sólo por analistas sino por la FAP y otros ámbitos.

---

<sup>5</sup> Los interesados en conocer el alto desarrollo psicoanalítico argentino pueden consultar dos importantes libros recientes: Carpintero, Enrique y Vainer, Alejandro, *Las huellas de la memoria*, Topía Editorial, Buenos Aires, dos tomos, 2004 y 2005; Plotkin, Mariano Ben, *Freud en las Pampas*, Sudamericana, Buenos Aires, 2003.

Los dos tomos publicados de *Cuestionamos*, "libros de crítica a la ubicación actual del psicoanálisis", son un buen resumen de las propuestas, pero también de las diferentes perspectivas existentes en un conjunto no homogéneo. El primer volumen se abre con una expresión de Marie Langer –compiladora de los trabajos<sup>6</sup>– donde se expresa que "Freud y Marx han descubierto por igual, detrás de la realidad aparente, las fuerzas verdaderas que nos gobiernan: Freud, el inconsciente; Marx la lucha de clases"<sup>7</sup>. Y en el prólogo, la misma analista contesta a la pregunta "¿qué cuestionamos?", diciendo que no "al Freud científico que nos muestra cómo la ideología de la clase dominante se transmite, a través del súper yo, de generación en generación, y vuelve lerdo al hombre en su capacidad de cambio. Pero cuestionamos al Freud ideológico que toma a la sociedad como dada y al hombre como fundamentalmente incambiable. Cuestionamos, además, la institucionalización actual del psicoanálisis y su pacto con la clase dominante". ¿Por qué estos cuestionamientos? "Justamente por una necesidad de integración. Pero también por considerar que el análisis cuestionado, repensado, enriquecido por investigaciones hechas desde un abordaje marxista y con aperturas hacia lo social, puede ser el instrumento más útil en el presente e indispensable en el futuro". Con ello se trataba de terminar con el hecho concreto de que "nosotros, los psicoanalistas, siempre nos consideramos revolucionarios, y es cierto que lo fuimos en una época en el campo psicológico-cultural. Pero no lo fuimos en el campo de la lucha de clases".

Se cuestionaba, en definitiva, porque "la interpretación psicoanalítica puede complementar nuestra comprensión sociológica y política, pero pierde sentido si la emitimos aisladamente, en vez de ubicarla dentro de una estructura social que Marx nos volvió inteligible". Se trataba entonces de "seguir trabajando a fin de desarrollar, hasta sus últimas consecuencias, todas las posibilidades de aplicación del psicoanálisis en la lucha por una nueva sociedad y por la creación del hombre nuevo"<sup>8</sup>. Por último una conclusión categórica que, en otro trabajo, cierra el volumen de *Cuestionamos I*, con referencia al abandono político que decretó la asociación analítica vienesa al llegar el nazismo al poder:<sup>9</sup> "Para que nuestra ciencia sobreviva en la nueva sociedad que se avecina, y para que pueda complementar con su conocimiento

<sup>6</sup> Langer Marie, fue una de las fundadoras de la APA, y si bien durante un importante tiempo dejó sus posturas de izquierda en "estado latente", las retoma cuando se producen los hechos políticos y gremiales aquí narrados. Una historia de su vida y de estos acontecimientos pueden verse en el libro de Langer, Marie, Guinsberg, Enrique, y Del Palacio, Jaime, *Memoria, Historia y diálogo psicoanalítico*, editado por Folios en México, y con otras ediciones y traducciones en el mundo. Marie Langer se exilió en México y fue docente de la UNAM.

<sup>7</sup> Citas tomadas del prólogo de Langer, Marie al volumen de autores varios, *Cuestionamos I*, Granica Editor, Buenos Aires, 1972.

<sup>8</sup> Debe recordarse que esa época estaba marcada por un marxismo multipresente, convertido en marco teórico de los procesos revolucionarios latinoamericanos y mundiales, pero se trataba de un marxismo muy diferente al de los países del campo "socialista", es decir era uno no más o menos abierto y no siempre dogmatizado.

<sup>9</sup> Más adelante se menciona lo ocurrido y se ofrece bibliografía al respecto.

psicológico lo creado en otro nivel, esta vez no renunciaremos ni al marxismo ni al psicoanálisis"<sup>10</sup>.

Sería una ilusión voluntarista creer que lo anterior era realmente compartido por todos los disidentes o que la propuesta llegó a cumplirse en todas sus posibilidades. Marxismo y psicoanálisis no llegaron a articularse de una manera firme, y sigue siendo un problema teórico no resuelto; mientras algunos se dedicaban a la búsqueda exclusivamente teórica (como si fuera posible) merced a una conocida desviación intelectualista, otros marcaban la importancia de la práctica: "de esta manera dimos algunos pasos concretos en el tan debatido terreno de la inter-relación entre marxismo y psicoanálisis, otorgando a la práctica el privilegio que le adjudican Marx, Gramsci y Mao"<sup>11</sup>. Más allá de esta búsqueda, en muchos casos las expresiones verbales no se traducían en modificaciones de una práctica tradicional; más de una vez era perceptible una marcada disociación entre lo clásico del consultorio privado —poco o nada cambiado hasta ese momento— y lo que buscaba hacerse en una aplicación "social" externa a él. Tampoco puede dejarse de lado un tipo de politización de la actividad profesional al estilo de quienes señalaban (e incluso teorizaban) la necesidad de construir una psicología "nacional y popular", que en definitiva no era otra cosa que la aplicación al campo específico del populismo existente en algunos sectores. Menos aún puede dejarse de lado el abandono que pudo haber, sea de la construcción teórica o bien de la misma práctica.

Pero más allá de divergencias y contradicciones, las nuevas propuestas permitieron un amplio campo de búsqueda teóricas y prácticas e incluso político-gremiales. Es muy fácil hacer ahora una crítica a inocultables errores cometidos (de distinto valor y sentido viniendo tales críticas de quienes participaron en el proceso o de quienes lo veían desde el balcón del purismo teórico y profesional), o a las fantasías de aquellos que, entusiasmados, creían que desde allí saldría la psicología revolucionaria o, caso también existente, pensaban que el cambio social podría darse desde la mera aportación psicológica. Pero, si bien es importante hacer la evaluación de lo realizado de lo no realizado), hay que resaltar el hecho de que nunca antes se produjo una conmoción semejante en el campo específico, con las posibilidades —confusas a veces, empíricas otras, ampliamente perfectibles— que lograron una ruptura con lo estático del pasado, y por tanto el intento de encuentro con nuevos ámbitos teóricos y prácticos.

Producida la separación definitiva de la APA de los analistas disidentes, la FAP intensifica su trabajo político como teórico-práctico, con constantes asambleas de discusión y concreción de los planteos. No se quedaron en la denuncia de la represión existente (en el país y en los centros

<sup>10</sup> Langer, Marie: "Psicoanálisis y/o revolución social"; trabajo presentado en el XXVII Congreso Internacional de Viena, 1971. Publicado en Cuestionamos I.

<sup>11</sup> Langer, Marie y Maldonado, Ignacio: *El psicoanálisis al servicio de los aparatos ideológicos del Estado o del cambio social*, trabajo inédito

asistenciales), sino que planteaba alternativas y planes de lucha con sus movilizaciones. Entre sus actividades debe recordarse –poco antes del corto y progresista gobierno del Dr. Cámpora– la concurrencia a la prisión de Villa Devoto y otras para dar atención psicológica a los presos y torturados políticos<sup>12</sup>. Al mismo tiempo se rompen importante medida las fronteras profesionales y psicólogos, psiquiatras, psicoanalistas, psicopedagogos, etc., forman la Coordinadora de Trabajadores de Salud Mental, núcleo gremial-profesional más amplio. Esta, a su vez, crea el Centro de Docencia e Investigación (CDI), que actúa como alternativa a los centros tradicionales de enseñanza, buscando ser "un marco adecuado de confrontación ideológica y científica" cuyo fin será dar a los TSM una formación de opción ante las organizaciones existentes. Claro ejemplo de su cometido era una de sus formulaciones: "El CDI tiene por objetivo posibilitar la formación de los TSM; teniendo en cuenta la necesidad del examen crítico de los supuestos que fundamentan sus prácticas y de las condiciones socioeconómicas concretas en que estas se realizan, se trata de ubicar la problemática de la salud mental en el contexto de una sociedad dividida en clases, con intereses económicos y políticos propuestos y estancada en su desarrollo por la dependencia de los monopolios imperialistas". Es interesante puntualizar que la vieja antinomia psiquiatría/psicoanálisis fue superada y remplazada por otra mucho más válida: psiquiatría oficial/psiquiatría al servicio de las necesidades de las clases explotadas<sup>13</sup>, y Debe recordarse que el CDI comienza a funcionar –antes de tener un lugar adecuado para la cantidad muy grande de concurrentes que asistían a los cursos– en el Sindicato de Obreros Gráficos, organización claramente combativa y enfrentada a la Confederación General del Trabajo oficial y burocrática.

En este contexto –muy esquemáticamente mostrado– los TSM van adquiriendo la noción de los límites de la tarea institucional (hospitales, etc.) y comprendiendo la necesidad de trascender a una dimensión sanitaria: la salud mental del pueblo sólo es concebible desde una política sanitaria global... y ésta no existe en forma independiente de una política general. Por el contrario, está dictada y determinada por él. Una institución moderna no sólo no molesta al sistema (en tanto no constituya un foco de conciencia y aliente la instalación de otras) sino que puede llegar a ser un paliativo social o actuar como vidriera

---

<sup>12</sup> Sin duda se trató de una experiencia pionera, que luego, tras el auge de las dictaduras militares en América Latina, se consolidó en el continente y en otros países del mundo como respuesta a una clara necesidad. Sobre esto ver mi artículo "Psicoterapias con víctimas de las dictaduras latinoamericanas", revista *Subjetividad y Cultura*, México, N° 13, 1°999. Puede verse también en el libro digital *Escritos desde un psicoanálisis no domesticado*.

<sup>13</sup> Braslavsky, Manuel y Bertoldo, Carlos, "Apuntes para una historia reciente del movimiento psicoanalítico argentino. Interpretación crítica de la ideología y de la acción política de un sector de la pequeña burguesía", en Langer, Marie (comp.), *Cuestionamos II*, Granica Editor, Buenos Aires, 1973. Recuérdese que en esta época tuvo un muy importante desarrollo el que se llamó movimiento antipsiquiátrico, con premisas similares, movimiento no opuesto a la psiquiatría sino a las firmas represivas de ésta, y que en Argentina fue sobre todo defendido por analistas.

del eficientismo de un gobierno. Pero los planes sanitarios globales son resorte exclusivo de las clases dominantes, que no pueden aparecer como contradictorios con las políticas que se aplican. Por ello, en esta etapa, el papel de los TSM se transforma y se vuelve irritativo para el sistema, en tanto su quehacer va confluyendo cada vez más con las luchas populares y las reivindicaciones específicas –en indisoluble unión a planteos teóricos cada vez más profundizados– se tornan cada día más incompatibles con los sectores que detentan el poder. Estos planteos –profundización y señalamiento de la importancia del marco social (de su forma capitalista en el caso argentino) y por tanto las limitaciones para la actividad "curativa" e incluso para psicoprofilaxis– se unen a una práctica cuestionadora y concientizadora de las causas de las problemáticas psíquicas (tanto en la patología como en la propia vida "normal").

Esto, a su vez, origina al menos dos cosas: por un lado la salida de los consultorios y hospitales a ámbitos nuevos y más amplios (zonas barriales, participación en actividades vinculadas a organizaciones políticas y populares, sindicatos, etc., así como apertura de centros de salud para sectores obreros, estudios de los efectos del trabajo en la salud mental, etc.); por otro lado, la participación de TSM –no como tales sino como personas– en la militancia política concreta, sea en partidos, actividades o a nivel gremial. Es interesante ver muy rápidamente algunos de esos nuevos campos y sus significaciones.

El trabajo con sectores populares siempre había sido el deseo de muchos TSM, pero generalmente planteado bien como una ilusión que alguna vez debería ser realizada, bien como una práctica que daba experiencia y aprendizaje en hospitales, sirviendo a la vez como expiación de culpa por cuanto el trabajo central era en ámbitos privados y bien pagados. Mucho se ha ironizado al respecto en torno a las formas de trabajo "de mañana" (en instituciones) y "de tarde" (en consultorios privados), haciendo referencia a las diferencias de atención, de técnicas, etcétera. En otros casos, si bien podía existir un interés social por tales sectores, de hecho la práctica era realizada un poco desde criterios profesionales "con conciencia social" e incluso como forma de beneficencia.

De ninguna manera debe creerse que en la experiencia argentina tales cosas desaparecieron por completo, pero es absolutamente válido señalar que sí existieron cosas nuevas y un interés también diferente, si bien no en todos los que participaron, al menos en un importante sector. Por de pronto debe resaltarse que el interés social lo fue no por referirse al lugar de trabajo sino por su contenido, lo que es muy diferente. Ya en 1969 nace el primer servicio de psiquiatría social en el servicio de psicopatología del policlínico de Lanús (institución que ha sido una verdadera escuela de TSM), camino reiteradamente seguido por otras instituciones. Si bien se trataba de responder a necesidades concretas del campo sanitario –lo que de por sí implica un grado de sensibilidad que no escapaba de los límites del humanismo burgués progresista– en muchos

casos no se comprendió las repercusiones que ello traería, es decir que se respondía a una demanda sin darse cuenta de lo que provocaba. Y lo que comenzó por parte de servicios sanitarios –sobre todo ubicados en zonas obreras y populares– fue continuado luego por (o en) organizaciones políticas, sindicatos, etcétera.

Las tareas encaradas eran tanto el trabajo en las mismas zonas populares a niveles de detección de problemáticas, psicoprofilaxis, etc., como la habilitación de consultorios de atención terapéutica, que si bien existieron siempre, en estos casos lo eran con un enfoque dinámico en neta oposición a las técnicas tradicionales de control a través de psicofármacos, etc. En definitiva se trataba de ofrecer a estos sectores lo mismo –adecuado a la situación– que se hacía a nivel privado. Y, sobre todo, con un marco ideológico absolutamente distinto de comprensión de las problemáticas.

En muchos casos esta práctica se desvió del criterio inicial para tomar los nuevos caminos que indicaba la nueva experiencia, buscándose los objetivos del comienzo –ahora ubicados en la realidad concreta– pero también la concientización de la población sobre su situación y sus causas, a través del manejo de la dinámica grupal en auge en la práctica psicológica argentina (camino también realizado luego por organizaciones políticas sindicales, etc., en sus propios ámbitos y en las zonas populares, villas miserias, etc., en muchos casos por TSM que a la vez eran militantes de las mismas). Según palabras de uno de los tantos participantes –utilizando términos de Enrique Pichón Riviere (destacado analista y psiquiatra, verdadero impulsor de las técnicas grupales)– la tarea era favorecer la vinculación con el proceso político que se estaba dando de una manera antes no vista en el país, tratando de analizar los obstáculos que frenaban o impedían esa tarea.

Si lo anterior –descrito de una manera harto general– implicaría un trauma (como lo fue) para los puristas del quehacer psicológico, más lo serían las experiencias de terapias grupales con técnicas analíticas que comenzaron a realizarse en servicios de zonas populares (por ejemplo en el policlínico de Avellaneda, ciudad pegada a la Capital Federal y con población básicamente obrera)<sup>14</sup>. Al respecto es curioso cómo sus realizadores (algunos de ellos eminentes analistas, renunciando de la APA) reconocían que "aprendimos mucho de nuestros pacientes; el trabajo hospitalario nos impuso ciertas modificaciones a nuestra técnica, de las cuales algunas importábamos después a la consulta privada... Prescindíamos de intervenciones sofisticadas, de términos técnicos y de la actitud impasible y 'neutra' que el analista suele aprender en la institución. No cuidábamos ni nuestro lenguaje ni nuestra mímica...".

Si en los trabajos antes citados de las zonas barriales ya había sido comprobada la falsedad de la imposibilidad de trabajo analítico con núcleos

---

<sup>14</sup> Langer, Marie y Siniego, Alberto, "Psicoanálisis, lucha de clases y salud mental", en *Casa del Tiempo, revista de la Universidad Autónoma Metropolitana*, México, N° 80, noviembre-diciembre 1988, p. 38.



populares, esto es aquí reafirmado. En esos momentos existía un amplio debate en relación con las ideas de un terapeuta que sostenía la imposibilidad de utilización del psicoanálisis con esos sectores populares ya que, consideraba, en ellos hay carencia o incapacidad de simbolización y de abstracción, elementos característicos del uso analítico en sus clásicos pacientes (de pequeña burguesía para arriba). Y si esto era planteado invocando la necesidad de búsqueda de otros caminos terapéuticos, de hecho se convertía en algo reaccionario al señalar que lo que se consideraba el marco teórico más valioso y científico no era utilizable para el sector popular. En uno de los pocos trabajos disponibles sobre la utilización analítica en este ámbito se afirma al respecto que "en oposición a los autores que sostienen que los integrantes de la clase o los marginados no pueden ser tratados psicoanalíticamente, ya que les falta nivel de abstracción y de simbolización, pudimos comprobar una gran accesibilidad y permeabilidad a las interpretaciones. Estaban mucho menos definidos por racionalizaciones e intelectualizaciones que en nuestros pacientes de consultorio privado". Es decir que los niveles de menor abstracción permitían precisamente una mayor aprehensión de la realidad (y por tanto facilitaban el proceso de su transformación).

Resulta imposible narrar en detalle las características de experiencias semejantes, pero sí debe resaltarse que se trata de un terreno del cual es posible sacar múltiples cosechas, tanto para el presente como para un futuro distinto. Baste sólo indicar que también eran factibles las terapias sin pago, situación que rompía con todo un "dogma." de la práctica psicológica: "haber trasladado esta afirmación (que es imposible las terapias sin pago) al trabajo institucional, haberla mantenido durante medio siglo, implica una ideologización, cuya base monetaria es evidente. Nosotros, en nuestros grupos tuvimos justo la impresión opuesta: la ausencia de un contrato económico entre pacientes y terapeutas facilitaba la labor y limpiaba el campo transferencial de interferencias<sup>15</sup>. El paciente podía proyectar situaciones múltiples en nosotros, pero nunca sentirse mercancía". Claro que en estas terapias las metas eran también diferentes a las de las largas terapias privadas clásicas: "era, aparte de las mejorías sintomáticas, ayudar a nuestros pacientes a perder, o disminuir, por lo menos, prejuicios sexuales y sociales. Y liberarse de la ideología de la clase dominante. Era también lograr descubrimientos súbitos, al debilitarse la represión y los sentimientos de culpa inconscientes. Era poder adquirir conciencia y una visión diferente de sí mismos y del mundo. Era conseguir que comprendan como habían sido condicionados para ocupar el lugar que la sociedad les adjudicaba...". Esta ampliación del campo de aplicación de terapias a sectores populares y de bajos recursos es también llevada a cabo por la propia Universidad de Buenos Aires a través de la cátedra de Psicología Médica de la Facultad de Medicina, que reunía en su hospital a varios centenares de terapeutas, algunos jóvenes (incluyendo gran cantidad de los miembros de la

---

<sup>15</sup> La transferencia es un concepto analítico fundamental, que hace referencia a cómo los analiza dos transfieren a los analistas sus vivencias, muchas de ellas infantiles.

FAP y del CDI). Aquí tanto se daba terapia a quien la pidiera (y de inmediato, sin largas esperas), como se buscaba la formación de terapeutas en la línea teórico-práctica que se enumera en este trabajo, específicamente la del CDI<sup>16</sup>.

Más allá del terreno específicamente asistencial, otra valiosa experiencia fue la recuperación de un área de actividad como es la psicología del trabajo, que en la sociedad capitalista se encuentra estigmatizada por estar al servicio de la patronal en su búsqueda de mayor producción y plusvalía. En una dependencia de la misma Universidad de Buenos Aires (el Instituto de Medicina del Trabajo) se cambió radicalmente tal perspectiva, realizándose dos tareas básicas: una referida a la asesoría sobre problemas de salud laboral a trabajadores, tanto a través de las direcciones sindicales como por medio de las fábricas; y otras referida a realizar investigaciones sobre problemas de salud laboral, incluyendo detección y tratamiento de enfermedades laborales. Es de destacar que las conclusiones eran revertidas sobre los propios trabajadores, o sea que se convertían –en manos de los gremios combativos, para quienes se dedicaban los esfuerzos– en instrumentos de conciencia y de lucha.

Muchísimas más cosas se hicieron, y siempre vinculadas a la lucha que en ese momento se libraba en el país. Pero de una en particular hay que mencionar algo por las falsedades que se han dicho al respecto, y que, entre otras, merecieron la opinión del militar citado al comienzo. Como, ya se dijo, la acción de organizaciones político-militares fue muy intensa en Argentina, y contaban con un apoyo importante de múltiples sectores, sin que las clases medias fuesen una excepción. No tiene entonces por qué sorprender que también las apoyasen TSM, de la misma manera en que lo hicieron personas de otras profesiones. Es cierto que el clima general del país, así como su señalada radicalización ayudó a que los TSM también participasen, pero en niveles y acciones de muy distinto tipo, las más de las veces sin superar el campo discursivo, o haciéndolo en el terreno concreto pero de manera pequeña o incidental, aunque algunos estudiantes de psicología o profesionales lo hiciesen de una manera mayor, integrando incluso las organizaciones combativas, pero no como integrantes de una profesión sino como militantes.

En ese sentido algunos TSM participaron en equipos sanitarios de sus organizaciones, de la misma manera que los médicos, pero en el campo específico, es decir para aquellas situaciones vinculadas a la “salud mental”, sea para preparar a los combatientes ante la tortura a la que serían sometidos de ser detenidos, como buscando formas de atención en casos de emergencias psicológicas mayores, algo que, por supuesto, no era nada simple. Lo que indudablemente es cierto es que muchos TSM atendían psicológica o analíticamente a integrantes de esas organizaciones armadas, algo que no era

---

<sup>16</sup> Esta dependencia de la Universidad de Buenos Aires estuvo dirigida por el Dr. Miguel Matraj luego exiliado en México y hoy residente de este país. Es codirector de la revista *Subjetividad y Cultura*, así como participante de esta Mesa.

extraño en un país donde los análisis son comunes y nada “raros” o extraños. Aunque las distintas organizaciones guerrilleras tenían posturas diferentes al respecto: mientras la de la izquierda marxista tenía una notoria resistencia, aunque sin llegar a oponerse totalmente, la peronista era más abierta.

Estas atenciones terapéuticas planteaban problemas teóricos y técnicos mayores a analistas y analizados. Como es comprensible, muchísimas veces los analizados no podían cumplir con la regla de asociación libre y de decir absolutamente todo lo que sentían y pensaban, en particular cuando creían que podían informar de cosas secretas y reservadas, o que podían poner en riesgo la seguridad de ellos, otros militantes o de la organización. Y los analistas eran concientes de esta problemática, pero buscaban las formas, por supuesto nada ortodoxas, de encontrar algunas salidas. Se llegó a situaciones, no muchas pero sí se dieron, de que los analistas no tenían datos precisos de la filiación de sus analizados, que éstos no negaban su participación político-militar pero sin dar informaciones concretas de en qué participaban, o incluso de que algunas sesiones se daban en lugares distintos a los consultorios oficiales de los analistas. Lamentablemente poco o nada de esto se ha escrito, con lo que se ha perdido un material invaluable de estos tipos de análisis, que difícilmente se podrá recuperar después de pasado tanto tiempo, aunque sería importante intentarlo y desarrollarlo.

Pero lo importante para este artículo es destacar la participación de TSM en actividades diferentes a aquellas para las que fueron formados, que entraban en contradicción con las normas vigentes, y que de hecho los hacían cómplices con organizaciones que eran señaladas como “subversivas” y por tanto perseguidas por el sistema oficial.

Frente a estas aperturas de un campo que tradicionalmente es entendido como “curativo” en consultorios privados o en hospitales custodiales, donde la “enfermedad” es vista como orgánica o limitada al marco microsocioal de la familia, y que, a lo sumo, puede llegar a una psicoprofilaxis que no cuestione las estructuras dominantes (y por tanto de eficacia ultralimitada), no puede sorprender la imagen de “subversivos” y “peligrosos” que cayó sobre los TSM, con su consiguiente represión. Tanto por el sistema en sí como por los sectores tradicionalistas de la profesión que perdieron algunas posiciones pero nunca cedieron en sus planteos y, obviamente, jamás desaparecieron de la escena.

La represión comienza mucho antes del régimen militar, iniciándose en pleno gobierno de Isabel Perón. La intervención de la Universidad, en 1975, elimina de cuajo tanto lo que desde ella se realizaba como una orientación progresista en la enseñanza de la psicología. Sería muy extenso señalar las consecuencias represivas en detalle; en un documento ya citado<sup>17</sup> se enumeran algunos casos muy gráficos:

“Obviando la descripción de la situación sanitaria paupérrima en el área de la salud mental, interesa presentar los aspectos concretos de la represión que

---

<sup>17</sup> En el citado en una nota anterior.

se desencadena contra los TSM y los propios establecimientos asistenciales, específicamente contra aquellos que realizaban intentos de terapia comunitarias, hospitales de vía, etcétera.

Un ejemplo válido de la brutalidad señalada se da a sólo 15 días de gobierno militar: el 3 de abril de 1976 fuerzas militares equipadas con tanques, helicópteros y armas largas, ocupan el policlínico Posada de Ramos Mejía (Gran Buenos Aires). La intención era demostrar que el hospital era base de operaciones de la guerrilla. Profesionales, enfermeros y trabajadores del hospital son maltratados y arrestados 160 de ellos. Posteriormente –mostrada su no responsabilidad ante las absurdas acusaciones– todos son eliminados de sus cargos, quedando arrestados 3 profesionales y 9 trabajadores, pese a no probarse nada contra ellos.

A partir de allí comienza una verdadera y constante ‘caza de brujas’, donde eliminan gran cantidad de profesionales por ‘presunta o potencial perturbación ideológica’, así como son cerrados, destruidos o descabezados gran cantidad de establecimientos y servicios de salud mental. El Centro de Salud Mental Nº 1 de la ciudad de Buenos Aires –ubicado en intentos de tratamientos psicológicos dinámicos– sufre primero la exoneración de su jefe y una psicóloga; se prohíbe después el ingreso del personal ad honorem, y se culmina con el reinicio de la aplicación de electroshocks. En todos los hospitales de Buenos Aires se suspenden, por orden superior, las actividades docentes y de supervisión, prohibiéndose el ejercicio psicoterapéutico de los psicólogos, autorizándolos sólo para la administración de tests. Todas las separaciones de los cargos realizadas se originan en razones de ‘seguridad’ –sospecha de presuntas actividades subversivas– sin sumario, juicio, explicaciones ni oportunidades de defensa.

Señalar toda la lista de centros asistenciales cerrados o con alteraciones cualitativas –las medidas no alcanzaron a aquellos de signo tradicional manicomial– sería muy extenso. Baste señalar que en la marea represiva cae también el Hospital Aráoz Alfaro, de la ciudad de Lanús, uno de los servicios más prestigiosos de toda América Latina, lugar de formación de muchos TSM argentinos y latinoamericanos, permanente escuela de alto nivel. Primero fueron destituidos su jefe y otros psiquiatras; después detenidos miembros del personal, lo que origina el alejamiento de numerosos profesionales, debiendo emigrar muchos de ellos. No se salva tampoco otro centro reputado, el de Avellaneda, donde su jefe fue eliminado y a los profesionales que trabajaban allí –médicos y psicólogos en número de 75– y lo hacían ad honorem, se les prohíbe el acceso; quedan sólo una psicóloga y una médica (ambas rentadas), reduciéndose la atención diaria de 100 a 8 pacientes, lo que prácticamente significa el cierre de un servicio ubicado en una área muy populosa de 400 000 habitantes, donde era el único completo en sus secciones de familia, alcoholismo, interconsulta, infante-juvenil, etcétera.

En todo el interior del país la situación no es distinta: la eliminación de centros y profesionales es lugar común, elemento de lo cotidiano. En otros casos

el arrasamiento alcanza ribetes dramáticos y enloquecidos: en Cosquín (provincia de Córdoba) la guerra parece llegar de repente cuando en mayo de 1976 tropas del ejército, en número de 150, ocupan el Hospital Psiquiátrico de Santa María, con bazookas, armas largas, perros y aviones. Tal establecimiento alberga 300 pacientes crónicos, otra vez objeto de malos tratos y absoluta falta de respeto. Es arrestado el Dr. Sassatelli lo mismo que dos psicólogas. Uno de los pabellones es utilizado como alojamiento de 200 habitantes de la zona que también fueron detenidos".

Aquí termina la transcripción del mencionado documento. A esto deben agregarse los allanamientos sistemáticos al CDI y a la FAP y la desaparición del primero. Igualmente estallaban bombas en la APBA y son detenidos o desaparecen dirigentes de las organizaciones gremiales de TSM —caso concreto de Juan Carlos Risau, secretario gremial de la FAP, entre otros— así como se van del país infinidad de TSM —a México, Venezuela y España, sobre todo— en virtud de amenazas concretas, clima de intimidación o falta de posibilidades de trabajo libre.

¿Qué pasa en la Argentina actual con los TSM? Por de pronto, como ya se ha visto, la dictadura hizo que el ejercicio profesional en instituciones se restringiera a formas tradicionales y conservadoras, y en cuanto al ejercicio privado no tuvo mayores problemas en tanto se limitó a las formas clásicas previas al desarrollo señalado en este trabajo, pero hubo casos en que se suspensión de la atención terapéutica a pacientes con actividad política (como ocurrió en Viena durante el periodo nazi, al igual que en otros países en la misma situación)<sup>18</sup>. O bien no se pudieron llevarse registros de los pacientes por el peligro potencial para éstos o los mismos terapeutas.

Terminada la dictadura militar por su incuestionable fracaso, el retorno a la democracia formal hizo volver a situaciones anteriores de trabajo. Aunque la reanudación de tareas hospitalarias se produjo, sin duda alguna desapareció en gran medida el desarrollo de todo lo distinto que se menciona en este artículo, aunque continúan de manera reducida sobre todo vinculados a la crisis

---

<sup>18</sup> Ante esa situación las autoridades de la Wiener Vereinigung decidieron que para preservar al análisis, a la En ese aciago periodo europeo hubo arrestos de analistas en Alemania por atender a pacientes que militaban en la oposición sociedad analítica y a sus miembros, se prohibía a los analistas ejercer cualquier actividad política ilegal y atender personas que estuviesen en esa situación. Más de 30 años después este camino no es seguido por TSM argentinos, al menos por los que responden a las características de este trabajo. Pese a esto, es decir a que se aceptaban como pacientes a militantes, la realidad distaba mucho de ser como pretenden presentarla las fuerzas represivas, que colocan a los TSM como miembros de la "subversión" por atender a tales personas, o incluso como consejeros o ideólogos de las organizaciones políticas de izquierda o guerrilleras. \* Respecto al papel del psicoanálisis en Alemania durante el periodo nazi es muy interesante la lectura del trabajo de Hager, Doris, "Psicoanálisis y nazismo", revista *Tramas*, UAM-X, México, N° 11, 1997. En cuanto a Argentina durante el periodo de la dictadura militar, los analistas institucionales y clásicos trabajaron como siempre -por lo cual no tuvieron dificultades (salvo casos aislados y algunas veces por error) más allá de las sospechas indicadas en este trabajo-, lo cual provocó una autocrítica posterior de algunos analistas que puede verse en el libro *Argentina -Psicoanálisis - Represión - Política*, Kargieman, Buenos Aires, 1986.

que se produjo a fines del año 2001, donde algunos sectores psi volvieron a vincularse con sectores populares<sup>19</sup>. Pero por supuesto sin alcanzar los niveles previos alcanzados que, como se dijo, eran producto de un alza generalizada en la combatividad de ese país. Hoy, por el contrario, sobre el mundo psi repercute la situación ideológico-política hegemónica de auge neoliberal, como lo hace sobre prácticamente todos los campos intelectuales y artísticos. Es también importante señalar que existe ahora un apogeo del estudio de la obra de Lacan, lo que no produce escozor en las sensibles mentes militares, como sí lo han producido las labores antes indicadas o incluso tareas muy limitadas. Hay que precisar que, sin discutir la validez de las teorías del psicoanalista francés contemporáneo, las mismas –muchas de ellas incuestionablemente válidas– son utilizadas en general con absoluto marginamiento de la realidad concreta, realidad que incluso pretende a veces entenderse en función de un lenguaje y un discurso, que si pueden ser válidos para la comprensión del inconsciente individual, se convierten en un barato psicologismo de proyectarse a la realidad social. No puede dudarse que la vinculación con lo político ha sido dejado de lado, sirviendo el marco lacaniano como goce de especulaciones teóricas para los críticos intelectuales argentinos, siempre a la espera de la nueva moda francesa.

Evaluar la experiencia argentina es difícil pero necesario. Mucho se exagera si se pretende entenderla como el nacimiento de un trabajo revolucionario en salud mental, pero lo mismo ocurre si se niega que –de manera inacabada, empírica, intelectual en exceso en algunos– se buscó construir, de una manera polémica y no coherente, una alternativa a los usos tradicionales de este campo profesional. Es indudable que cualquier alternativa concreta no puede salir sino de los marcos también concretos de la realidad política en donde se ubique; y si la realidad argentina fue ampliamente polémica y confusa en lo referente a alternativas políticas e ideológicas, sería absurdo pretender que sea clara y diáfana una alternativa psicológica.

Esto al margen de qué se entiende por alternativa. En un trabajo anterior<sup>20</sup> se indicaba que "hay coincidencia prácticamente unánime en que un cambio radical de la psiquiatría y de su práctica no son posibles en las actuales estructuras sociales opresivas, precisándose por tanto un cambio radical de éstas... Pero la pregunta acuciante y concreta que surge es si puede o no hacerse algo en la actual sociedad, qué cosa y con qué límites... Una vez más se presenta la discusión de si la búsqueda de una solución pura y perfecta –suponiendo que pueda haberla– merece desdeñar los caminos no definitivos pero fundamentalmente necesarios y requeridos (dejando al margen lo evidente

<sup>19</sup> Un interesante libro que destaca algunas de las tareas realizadas es el de Fernández, Ana María y colaboradores, *Política y subjetividad. Asambleas barriales y fábricas recuperadas*, Tinta Limón, Buenos Aires, 2006, donde se indican los trabajos realizados por TSM en medio de la crisis, la más importante de la historia del país, así como su participación en las múltiples asambleas y en las fábricas recuperadas por los obreros.

<sup>20</sup> Guinsberg, E., "Límites y posibilidades de una "alternativa" a la psiquiatría: el Encuentro de Cuernavaca", inédito.

de que difícilmente el cambio global sea logable de repente sin la búsqueda de respuestas a necesidades concretas)... Y esta relatividad señala que la alternativa debe buscarse aunque fuere a nivel de lo posible, aunque no coincida enteramente con lo deseable, en vinculación con los sectores populares, sus organizaciones y sus necesidades, convirtiéndose por tanto en arma de lucha política. Tal una alternativa concreta, en tanto implica a asunción de una tarea profesional incompatible que el sistema de dominación asigne al trabajador de salud mental".

Por supuesto lo enumerado no se ha limitado al caso argentino, sino también se produjo en otros países donde hubo un clima rebelde y contestatario que era característico de la época. No es el caso hacer referencia a ellos, salvo indicar que existió en Brasil, Uruguay, etcétera, pero sí mencionar que en México también, aunque el peso psicológico y analítico de este país en bastante menor, así como que no tuvo una conmoción política como la argentina. Pero no puede olvidarse que, así como tuvo la crisis de 1968 y ocurrió lo de Tlatelolco – como tampoco la larga huelga de la UNAM de hace pocos años– el mundo psicológico y analítico sintió sus repercusiones. De esta manera algunas instituciones profesionales y sus integrantes adoptaron lineamientos de aceptación de las incidencias de factores histórico-sociales sobre la subjetividad, y han estado vinculados a situaciones diferentes a las tradicionales. Caso concreto, por ejemplo, de la actuación de TSM en la situación revolucionaria nicaragüense durante el sandinismo, o la participación de analistas en actividades posteriores a los acuerdos de paz firmados por el gobierno y las guerrillas de El Salvador y de Guatemala.

Terminado este artículo, es de esperar que su contenido muestre de manera clara que, en el campo específico psicológico y analítico, no existe una única y exclusiva opción profesional sino que, como en todo ejercicio profesional, siempre puede optarse por donde colocar su práctica y como teorizar lo que se realice. El psicoanálisis puede recuperar su carácter de peste o continuar como domesticado, lo que dependerá por supuesto de las premisas ideológico-políticas de cada profesional pero, y sobre todo, de las condiciones concretas en las que realice sus actividades. La experiencia aquí narrada, que sólo buscar servir como ejemplo, pudo existir por una situación histórica que la fomentó y la permitió, y de manera alguna puede pensarse que fue una excepción. Podrá reiterarse o no, pero claro que dependerá del contexto histórico que exista. De cualquier manera es importante decir que todo psicólogo o analista siempre podrá actuar teórica y prácticamente de manera diferente a la tradicional, como lo muestra no sólo lo aquí escrito, sino múltiples experiencias individuales.

**PALABRAS CLAVES:** Psicoanálisis y derecho, represión, dominación.

**KEY WORDS:** Psychoanalysis and Law, repression, domination.

## LA DEMOCRACIA, DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PROCESOS POPULARES Y NACIONALISTAS EN AMÉRICA LATINA<sup>1</sup>

*MSC. DIONISIO JARROSAY GUILARTE*

*LIC. ABEL POVEDA HERNÁNDEZ<sup>2</sup>*

**Resumen:** El presente artículo ofrece un recuento de los pensadores determinantes en la consolidación del concepto de democracia. Montesquieu y Rousseau se describen como los teóricos de una democracia que, en tanto práctica política, debe garantizar la participación popular en las esferas decisionales. América Latina se mira como escenario propicio para el ejercicio de una democracia más directa y popular.

**Abstract:** The present article offers a count of the determining thinkers in the consolidation of the democracy concept. Montesquieu and Rousseau are described like the theoreticians of a democracy that, in as much practical policy, must guarantee the popular participation in the decision spheres. Latin America is watched like propitious scene for the exercise of one more a more direct and popular democracy.

**PALABRAS CLAVES:** Democracia, participación popular, América Latina.

**KEY WORDS:** Democracy, popular participation, Latinamerica.

### I. Introducción.

La Democracia en nuestro mundo actual se pretende comerciar como tantas cosas que este mundo unipolar y neoliberal persiste en vender, cual si un producto más, que tarde o temprano y por el precio pactado será enajenado al comprador. Y es que hasta a las ideas y a los principios quieren ponerle precios, sin percatarse que estos pilares de la humanidad, ese gran tesoro que son las ideas y principios perduraran para siempre.

Tal es el caso de nuestra Democracia, concepto antiquísimo que vio nacer su más acabado fundamento en el mundo Grecolatino antiguo, más para justificar el poder de las ínfimas minorías esclavistas que para invitar al ejercicio del poder y del gobierno al pueblo, destacando que para ser considerado parte del pueblo, también existía sus requisitos. Se ha pretendido y aun hoy se trata de simplificar su contenido a la mera traducción de sus palabras demos (pueblo) y cracia (poder), concluyendo que se trata, en fin del poder del pueblo, entendiendo como pueblo solo al selecto grupo de los esclavistas o como mínimo de los que podían ser considerados como ciudadanos.

---

<sup>1</sup> Recibido el 24 de junio de 2008. Aceptado el 18 de agosto de 2008.

<sup>2</sup> Universidad Granma, Cuba.



En los siglos posteriores, caracterizados por el nacimiento, desarrollo y decadencia del Sistema Feudal, no existió un profundo análisis de tal término. No es hasta los siglos revolucionarios que se enarbolan los conceptos y definiciones que pretendieron fundamentar un principio o definición de una forma de Gobierno, que diera realce y honor al nuevo tipo de sistemas socioeconómico que nacía de las revoluciones burguesas. Es esta Democracia la que propugna los basamentos del Estado moderno y es hacia estas definiciones que debemos retrotraernos, ante cualquier intento de abordar el tema.

Imposible sería dejar de mencionar a las dos figuras emblemáticas de tal período: Carlos de Secondat, Barón de la Bréde y de Montesquieu; y el célebre Juan Jacobo Rousseau, a partir de ellos se formularon las dos grandes vertientes de la Democracia. En primer lugar la llamada Democracia Representativa con todos sus aditamentos (concepción de soberanía de la nación, supremacía constitucional, tripartición de poderes, necesaria delegación de la soberanía según expediente de la representatividad); la cual fue de amplia aceptación y esquema que se ha pretendido idealizar presentándolo como un modelo a seguir, lo cual sería loable a no ser que lamentablemente se traicionan, por sus propios defensores, los principios que fueron planteados en aquellos gloriosos días del siglo XVIII. En segundo lugar y en franca oposición al modelo defendido por Montesquieu se presentó la tesis de la Democracia Directa, propugnada por el radical y excelso rebelde J.J. Rousseau, quien aspiró y formuló un esquema de Estado Democrático en sentido directo. En esta línea sostenía que la soberanía pertenecía al pueblo, el soberano como tal, y que el soberano no puede ni enajenar ni declinar la soberanía, ni cederla mediante la representación.

Para Rousseau el poder popular- que él diferencia de la llamada soberanía de la nación y nombra soberanía del pueblo- solo puede realizarse verdaderamente de modo directo, mediante el plebiscito público permanente, retomando claramente el modelo democrático Romano.

Por supuesto que los avatares históricos relegaron el radical pensamiento de Rousseau y el mundo abrazó el modelo jurídico-político de Montesquieu, el cual permanece en nuestros días con sus evidentes adaptaciones de un mundo moderno.

Sin embargo la historia está saldando su deuda, los que pusieron sus esperanzas en la vertebración de un aparato estatal con representatividad y medurado por la sabia tripartición de poderes, empiezan a ser asaltados por la inquietud. La Representación es cada vez más formal, inoperante, burocrática y enajenante. En muchos lugares se habla ya de una Democracia participativa, que haga realidad el sueño que se pretendió con la Democracia representativa. Se cuestiona de no poderse hablar en Occidente de Democracia representativa; que en realidad existe una nueva Democracia delegativa. Quizás Rousseau sonría desde su tumba.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Fernández Bulté, Julio, *Filosofía del Derecho*, Félix Varela 2003. pp. 308.

Cabe a nuestra Latinoamérica, el mérito de revolucionar el prisma de observación de lo que debemos entender por democracia. Los movimientos populares, nacidos desde las mismas entrañas de nuestras sufridas tierras, están dando cátedra, de cómo llevar al poder a un gobierno que no solo prometa identificarse con el pueblo y sus miserias, sino que una vez en el poder, se instaure y reafirme un verdadero gobierno popular, que defienda sus intereses, que son los intereses de la nación, que coloquen al pueblo en el lugar cimero, recibiendo el papel protagónico de los cambios políticos, económicos y sociales que necesitan para lograr aquello que enunció Abraham Lincoln, durante la Proclamación de Gettysburg en 1861, la memorable caracterización de la democracia como: “Gobierno del Pueblo, por el pueblo y para el pueblo”<sup>4</sup>. Estos gobiernos a la vez están demostrando la decadencia de la democracia representativa, su inexorable pasado reprochable y abominable y el paso a un nuevo futuro, el futuro de la propia humanidad.

El objetivo de estas líneas es precisamente reflexionar sobre la democracia tanto respecto al modelo que se pretende imponernos, como al que los pueblos comienzan a mostrarnos a través del camino que recorren, fundamentalmente los del Tercer Mundo, y dentro de ellos los pueblos Latinoamericanos, quienes están demostrando que Rousseau no estaba equivocado y que la esencia primigenia del concepto está estrechamente vinculada al pueblo, a los movimientos populares y a la capacidad de participación de ese pueblo en las decisiones políticas, económicas y sociales del Estado. La Democracia debe garantizar la participación popular en las esferas decisionales<sup>5</sup>.

También incursionamos en la relación existente entre Democracia y Derechos Ciudadanos, dada la trascendencia e inequívoca conjugación en el orden del Estado y la materialización del buen gobierno.

## II. Fundamentos Teóricos.

El Democracómetro Occidental expresa una cultura de la apariencia: el contrato de matrimonio importa más que el amor, el funeral más que el muerto, la ropa más que el cuerpo y la misa más que Dios. El espectáculo de la democracia importa más que la democracia.<sup>6</sup>

Yo invito mas que a la conceptualización de un título, a lograr un propósito, el propósito de luchar por un mundo mejor, ya un gigante del Siglo XX sentenció: “Que un mundo mejor es posible”.

---

<sup>4</sup> Citado por Sartori, Giovanni, *Teoría de la Democracia. El Debate Contemporáneo*, tomo I, Alianza editorial, Universidad Madrid, 1988, pg 59.

<sup>5</sup> Ídem, pg 310.

<sup>6</sup> Galeano, Eduardo, “Democracia y Compromiso, apuntes para un retrato de la estructura de la impotencia”, conferencia pronunciada en el *II Encuentro Iberoamericano de Extremadura*, Mérida, 1988, pg 26.

Como señalara satíricamente Eduardo Galeano, uno de los mecanismos de la vasta y complicada maquinaria del Sistema de democracia representativa occidental se llama democracómetro y cumple la función de medir el mayor o menor grado de democracia que existe en un país. Para colmo esta forma de trabajo, o la llamada preocupación de Occidente se pretende patentar y exportar como patrón universal -que en realidad encubre formas de dominación e injerencia- de tal forma que los países receptores deben adaptar su realidad al modelo, so pena de ser considerados Regímenes inapropiados o según la última denominación imperial “Oscuros y apartados regiones del mundo”.

Como también advierte el propio Galeano, lo que es verdad para el Sistema puede ser mentira para las víctimas del Sistema. Sin embargo lo inapelable del veredicto no es sorprendente. Y tampoco su falta de rigor, porque, como sigue apuntando el mismo Galeano:- estamos en plena cultura del envase... La cultura del envase desprecia el contenido. Importa lo que se dice, no lo que se hace; de ahí que para Occidente, la democracia no es lo que es, sino lo que parece.<sup>7</sup>

Como bien afirma el Dr. Julio Fernández Bulté, tales afirmaciones explican lo que ocurre en buena parte de la doctrina occidental en torno a la democracia. Y es que la maquinaria política occidental pretende simplificar el contenido mas profundo y su esencia prístina al modelo de la democracia representativa, aunque todos convengan en que cada vez es menos representativa y algunos empiecen a sospechar que nunca fue democracia. He aquí que debemos remontarnos nuevamente en el tiempo y llegarnos a los albores de la Revolución Francesa. Innegablemente la formulación de un modelo de gobierno que eliminara el despotismo y absolutismo monárquico respondió a una necesidad histórica y basada en un momento de contradicción evidente. La nueva clase que detentaba el poder económico aspiraba ya al dominio político de la sociedad, para lo cual lo primero que debería realizar es destruir las bases de la sociedad feudal y en pos de ello aglutinó e incorporó a las grandes masas, las que darían el carácter radical al movimiento revolucionario, pero la burguesía debía garantizar el control y dominio de la vida política de la sociedad, es aquí donde el modelo de gobierno impulsado por Montesquieu juega su gran papel, la democracia representativa complace a todos, el pueblo decide delegar la soberanía de la nación en los representantes que paradójicamente no harán absolutamente nada por sus representados.

Como bien enseñaba el Dr. Ángel Mariño Castellano, durante su curso de Derecho Constitucional, lo cierto es que cada vez se ensancha más el abismo entre los representados y sus representantes, dado el empeño de estos últimos en desentenderse de los intereses de los primeros. Entonces de que valdría cumplir con las exigencias del modelo Occidental, celebrar elecciones, pluridad política, supremacía del texto constitucional, instituciones de tutela de los derechos ciudadanos, si en definitiva los intereses del pueblo, el reclamo de estos se escapa entre la madeja del Sistema de representación.

---

<sup>7</sup> Ídem.

Lo interesante es que ocurre algo similar a la democracia grecolatina, en principio es un buen sistema, persigue ideales humanistas y la obtención de un buen gobierno, pero tal y como para el mundo antiguo la limitante era que este mundo de posibilidad política, recaía exclusivamente sobre la clase esclavista, en el estado moderno vuelven a ser las minorías del poder económico, las oligarquías nacionales que han señalado varios de nuestros dirigentes latinoamericanos, las que deciden las políticas nacionales y hasta internacionales, baste tan solo citar los tristes ejemplos que le ha tocado jugar a la Organización de Naciones Unidas en los conflictos de Yugoslavia, Irak, Afganistán, la invasión hebrea al Líbano, las actuales presiones a la República Islámica de Irán, y las continuas amenazas de golpes fascistas, desestabilizadores, y magnicidios contra nuestros gobiernos populares de América, todos estos tristes ejemplos en nombre de la democracia occidental.

Aunque es lógico reconocer la necesaria dosis de representatividad en el aparato estatal, nuestro mundo actual está dando muestras de rechazo al modelo de la democracia representativa y está apostando por la solución de los conflictos sociales, económicos y políticos a través de la participación popular en las principales decisiones del Estado. Por supuesto esto ocurre con mayor evidencia en las zonas geográficas, donde el modelo importado ha causado sus estragos y en este caso invito a reflexionar en nuestra América Latina. La región presenta actualmente una extraordinaria paradoja, el brillante orgullo que puede ilustrar tras más de dos décadas de gobiernos democráticos representativos, neoliberales, es la creciente crisis social que heredaron al siglo XXI, las profundas desigualdades, los serios niveles de pobreza, el crecimiento económico ha sido insuficiente y por demás, totalmente desigual, aumentando con ello la insatisfacción ciudadana con esas democracias –expresada en muchos lugares por un extendido descontento popular–, generando con ello la explosión de los movimientos populares que pasaron a la iniciativa revolucionaria. No es casual que el modelo neoliberal halla sido desplomado en Argentina a partir de aquella memorable noche conocida ya en la historia como la noche de los cacerolazos. De golpe y porrazo se expulsó del gobierno a los que apostaban por la idealizada democracia representativa y a la manera de Rousseau, el pueblo argentino decidió el nuevo rumbo de sus vidas, el resultado, un gobierno encabezado por el excelentísimo señor Néstor Kirchner, que apuesta resueltamente por su pueblo y ha dicho NO al saqueo extranjero y a las presiones entre otros del Fondo Monetario Internacional (FMI), pero mas aún el pueblo argentino ha decidido mantener un gobierno de corte nacional, el camino iniciado por Néstor Kirchner, y que será continuado por su esposa, claro ejemplo del ejercicio de la democracia directa al mas puro estilo Rousseau, y esto no solo por el abrumador apoyo a través del voto, sino por el papel otorgado por estos gobiernos argentinos a su pueblo y la consulta permanente con este de las fundamentales decisiones que involucran al país.

Que decir del movimiento revolucionario de Venezuela, encabezado por el compañero Hugo Chavez Frías, proceso donde se ha dignificado nada

más y nada menos que al pueblo, al eterno olvidado por las “democracias representativas anteriores”. El resultado tampoco se hace esperar, el pueblo venezolano toma cartas en el asunto y ante el pretendido golpe militar, orquestado por la oligarquía nacional y la superpotencia occidental, superman de la Democracia, devuelve el orden al país y restaura su legítimo gobierno. Y mientras discutimos nuestras ideas, aquí reunidos, se discute, en todos los rincones de la tierra de Bolívar, la propuesta de reforma constitucional en la hermana república, no solo para buscar la mayoría que continúe legitimando el proyecto bolivariano, también para incorporar en estas discusiones hasta a los que están en contra de este gobierno. Nuestras democracias no son excluyentes, no fomentan el divisionismo, por el contrario invitan al diálogo, a los consensos, a la vertebración en un solo camino de todo el esfuerzo en busca del bien común, del bien nacional, regional, continental. Porque este Gobierno no es otro que del pueblo de Venezuela, de los excluidos, de aquellos que ahora cuentan para decidir como administrar los recursos del estado, por el Estado y en bien de los ciudadanos, para ellos, seguramente no existe mayor democracia, por mucho que chillen los exponentes de Occidente, la incorporación de la propiedad social, comunitaria o la posibilidad de reelección, no son ajenas en las naciones de Europa. El Primer Mundo solo nos endilga la incapacidad de llevar adelante proyectos que beneficien al pueblo, que nos hagan salir de los niveles de pobreza, pero nada se critican que miles de millones de divisas escapen de nuestras naciones por servicio de la Deuda Externa, esa que ellos mismos han logrado aumentar, como denunciaba el compañero Chavés en la recién finalizada Cumbre Iberoamericana, la Deuda es de Europa y de Estados Unidos para con América, porque gracias a los cientos de años de saqueo, aquellos ahora son ricos y aún pretenden seguir explotándonos.

Pero este movimiento no cesa en estos ejemplos, Bolivia y el triunfo electoral de Evo Morales y el Movimiento al Socialismo como fuerza política y sobre todo el apoyo popular a los programas de reformas económicas y sociales impulsadas por el nuevo gobierno, sintetizan nuevamente la participación activa, cual si fuera un gigantesco plebiscito, del pueblo, en este caso el Boliviano. No obstante se trata de toda una corriente y no de casos aislados, Paraguay, Nicaragua, Brazil, Ecuador, perfilan programas políticos populares, en los que se apuesta por el pueblo; y no solo porque los discursos se hagan en nombre de este, sino porque se está invitando a que el pueblo participe en estos programas. Vale resaltar en este caso las ideas expuestas por el presidente Correa, cuando señala que no se puede decir que en Latinoamérica se están exportando Revoluciones; que cada triunfo nacional, de los movimientos indígenas, de los sin tierra, de los desposeídos, es el logro del pueblo y no de élites de poder o de figuras políticas, pues los hombres no son nada sin sus pueblos, y las revoluciones latinoamericanas son resultado de sus propias realidades, contradicciones, luchas. De ahí que estas democracias, también llamadas por él como Movimientos Socialistas del Siglo XXI, son autóctonos, reflejan una identidad, que sin embargo tienen como Común denominador, la oposición y rechazo al Neoliberalismo, a la demagogia del juego político de

la democracia representativa, el rechazo a las políticas económicas y monetarias impuestas por el Primer Mundo, que solo sirven al Primer Mundo, a la dolarización de las economías, al imperio de las guerras y rapiñas imperiales. Estas posturas nos están haciendo ganar fuerzas, tanto en el ámbito nacional como geopolíticamente. La reinserción de Ecuador en la OPEP, el evidente nacimiento de una Institución Financiera en nuestro Sur, las alianzas estratégicas macroeconómicas y los proyectos impulsados a través del ALBA, benefician y beneficiarán a los millones de Latinoamericanos que ya somos parte de estos cambios, de esta, nuestra Democracia. Y es que el pueblo está reaccionando, demostrando que cuentan para los políticos, en México se aglutinan las fuerzas de izquierda para reafirmar que se mantienen en pie de lucha, lo mismo viene ocurriendo en toda Centroamérica, donde es cada vez más incontenible el movimiento de oposición a la firma de los tratados de Libre Comercio bilaterales.

Pero no solo América Latina es escenario de este reanimar el camino del ejercicio de una democracia más directa y popular que las representativas, y ahí están los ejemplos de España y Gran Bretaña. En el país ibérico sencillamente el pueblo español expulsó del gobierno al Partido de Aznar y eligió el mandato de un Gobierno Socialista, ante la inexplicable decisión de enviar tropas militares a Irak pese al abrumador rechazo popular a la intervención de España en tal conflicto; no obstante al llamado voto de castigo en las elecciones, se demostró que uno de los paradigmas de la democracia representativa, se desentendió burdamente de los intereses de sus representados. Algo similar ocurre en tierras británicas donde se logró la renuncia de la actual administración de Anthony Blair. Pero que decir de la vitoreada mejor democracia del mundo, la made in USA, sencillamente la misma historia, el sufrido y noble pueblo norteamericano sufre el divorcio entre ellos (los representados) y su gobierno (los representantes); como sino explicar el absoluto abandono gubernamental cuando los sucesos del Katrina en Nueva Orleans, los oídos sordos a la nación y al Congreso de ese país que reclaman el regreso de las tropas empantanadas en Irak, el Absurdo increíble de negar un pequeño presupuesto para garantizar la salud a los niños estadounidenses, en tanto se gastan miles de millones de dólares en las inservibles guerras del Imperio, de desatender a la calificación de peligrosos terroristas realizadas tanto por el poder judicial, como por los organismos de Seguridad del propio país. Sería bueno recordarle a tal gobierno que nada tienen que ver con la idea de gobierno de los llamados padres fundadores de la nación.

Ahora bien dentro de la amalgama de aristas a que puede invitar el análisis de la democracia, está el concepto que se tenga de pueblo. Como diría Gros Espiell, ahora se trata de definir la democracia no solo en el ámbito puramente gubernativo, de funcionamiento de una estructura determinada de Gobierno, sino en todo el alcance de la sociedad en su conjunto, de forma que asegure la participación y la determinación de las grandes mayorías, del pueblo, en la toma de decisiones no únicamente políticas, sino también

económicas y sociales. Esto traería una nueva dimensión social de la democracia.

El propio Gros Espiell tiene que reconocer esta evolución, y señala que: “La idea de la democracia como gobierno del pueblo, esencial para comprender uno de sus necesarios elementos, no alcanza, sin embargo, para definir la democracia constitucional moderna, ya que no sólo el concepto mismo de lo que ha de entenderse por pueblo y por gobierno de la mayoría han cambiado con el transcurso de los siglos, sino que hoy la idea de la democracia está unida indefectiblemente a lo que es el Estado de Derecho, a la igualdad jurídica de todos los hombres, al reconocimiento de los derechos humanos de todos los individuos y al preciso y necesario reconocimiento de los derechos de todas las minorías”<sup>8</sup>

Sin embargo el concepto de democracia ha venido enriqueciéndose, formándose al calor de las luchas populares, de la verdad y de la realidad histórica y de la inteligencia de los mejores sectores de la humanidad. En este sentido basta advertir que por ejemplo, en la Conferencia del Grupo Regional Latinoamericano de la Comisión de Derechos Humanos, cuya reunión se efectuara en Costa Rica, en Enero de 1993, las organizaciones gubernamentales hicieron formulaciones que dejaron atónitos a los exponentes de la democracia representativa de Europa.

Así por ejemplo, en su declaración final, las ONGs dijeron que los derechos humanos solo pueden cumplirse en un estado democrático o bajo regímenes democráticos, cuya base fundamental es la justicia socio-económica, el pluralismo, el respeto a la diversidad y la eliminación de todas las formas de subordinación y explotación. La democracia debe garantizar la participación popular en la toma de las decisiones que deriven la dirección de un país en sus aspectos decisivos.

De igual forma en aquella memorable reunión se planteó que era una condición para el derecho a un desarrollo democrático: el respeto a la libre determinación de los pueblos y las naciones, fundado en el principio de la igualdad soberana de todos los Estados, incluido el derecho de cada pueblo a elegir su propio modelo de desarrollo, y de ello se desprende a la capacidad de elegir su propia vida política, económica y social.

Es este precisamente el discurso que se defiende para enfrentar profunda y consecuentemente el mundo actual, que la democracia es justamente el derecho de cada pueblo a elegir, ante todo, sus propios sistemas políticos-económicos, así como sus modelos de desarrollo. Postura que asumen cada vez más los pueblos del Tercer Mundo contra la exportación de los mencionados modelos.

Ya en la recién celebrada Cumbre de los Países No Alineados, celebrado recientemente en La Habana, el ilustre señor presidente de la República de Zimbabwe, R. Mugabe, durante su intervención denunció como

---

<sup>8</sup> Gros Espiell, Héctor. Diccionario Electoral, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, primera edición, CAPEL, San José, Costa Rica, 1989. Vocablo Democracia, pg. 199.

para el mundo occidental, Democracia era la capacidad de ellos, de imponer gobiernos afines a sus intereses, a los intereses del Primer Mundo.

Creemos que sería válido citar las letras del profesor Julio Fernández Bulté, en su texto Filosofía del Derecho: “un Estado de Derecho debe asegurar al pueblo, a las grandes mayorías contra cualquier deformación autocrática; (...) debe asegurar el goce de los derechos humanos y de la participación decisiva de los ciudadanos en la toma de las decisiones políticas y económicas. Debe por tanto velar por la justicia social”.

### **III. Relación entre Democracia y Derechos Humanos.**

Es indudable la estrecha relación entre democracia y derechos humanos, prácticamente como una correspondencia imperativa.

Desde su inicial nombramiento la democracia se define no por ella, sino por su adjetivo (partidista, social orgánica, popular, etc.); no obstante consideramos que el principal nominador del termino seguirá siendo el hombre, el individuo visto como ser social, en tanto el ser humano, ya desde los clásicos fue calificado como un animal social y siendo el derecho un fenómeno social, resulta imperativo tomar por referencia a la sociedad, medio en el cual se desenvuelve el hombre y alcanza su magnificencia. Habrá democracia en la convivencia social, habrá derecho-y por ende derechos- en la sociedad en que se convive (sin olvidarnos que en el presente se convive en la humanidad), presupuesto que se contrapone al análisis del concepto desde un punto de vista individual, impidiendo captar otras realidades que no sea esa perspectiva atomista de la democracia y el derecho.

Pues bien, es inconcebible la democracia, ni el derecho mismo, si no es tomado como punto de partida para la existencia de ambos conceptos al grupo humano, al grupo social.

Proclamar la democracia significa aceptar que es el pueblo quien hace las determinaciones fundamentales que afectan al propio pueblo. Y si se proclama la democracia es para acatarla, cumplirla y hacerla cumplir, no solamente para exigirla y, bajo su manto, negarla en realidad. Uno de los problemas que plantea hoy día la democracia de partidos es precisamente que los partidos se han impuesto al colectivo, primando los intereses partidistas sobre los generales, que es lo mismo decir que esa representatividad no funciona y es formal. De allí el reclamo tan actual a la sociedad civil: parece que la sociedad política cansa y frustra.

Democráticamente hay que aceptar los deseos del Grupo, no imponer al grupo los propios, por tanto es una abominación plantearse una guerra de agresión bajo el descarado fetiche de que se va a restablecer la democracia o que se va a imponer una democracia. Es un absurdo plantear que por ejemplo Irak, país ocupado por una fuerza militar externa y agresora, goza de una “democracia”.



Los clásicos revolucionarios de los siglos XVII y XVIII ya enarbolaron la tesis del Contrato Social, donde los hombres pactaban entre ellos para garantizar la creación de una sociedad, donde pudiesen reconocerse como hombres, donde les fuesen reconocidos derechos a los hombres y se pudiesen ejercer los mismos. En fin se alcanza avizorar la dignificación del hombre por la propia labor creativa de este. De tal forma es inobjetable la confluencia de disímiles intereses individuales que deben encarrilarse en intereses colectivos que alcanzan propia voz, cuando se materializan o ejercen, fundamentalmente por los dos modelos antes explicados.

Lo cierto es que el hombre requiere el ejercicio de sus plenos derechos, reconocidos por el ordenamiento jurídico o enarbolados como principios fundamentales o pilares del Sistema, para encarar cualquier cuestión social del grupo humano o de la sociedad en general, estaríamos hablando del ejercicio de la democracia como capacidad de esa sociedad a regular sus problemas y necesidades.

Se corre siempre el riesgo de dejarnos arrastrar por la eterna disputa en el orden jerárquico de los derechos, en cuales de ellos aseguran a la democracia o en ausencia de cuales, ya no es lícito hablar de ello.

Se pudiera partir de los llamados Grupos de Derechos o Libertades políticas, sin los cuales el individuo no se podría considerar “libre”, presupuesto indispensable de la democracia, en tanto el ciudadano no esté subyugado a los intereses políticos o económicos determinados, que le impidan el ejercicio libre de sus derechos, traducido esto en su capacidad de pensamiento, expresión, de palabra, de sufragio.

Y es que la democracia exige capacidad de decisión (para elegir) desde un representante, una forma de estado, legitimar una decisión estatal por medio de plebiscito, organización de la sociedad hasta su capacidad de participar en los medios de comunicación. Las realidades latinoamericanas han ilustrado lo que ya se ha manejado como el cuarto poder dentro del estado. Por tanto la capacidad de divulgar realmente lo que acontece en la vida social, política y económica de un estado, así como el derecho a recibir esa información y participar en la forma de su comunicación se convierte en un derecho de primer orden. Opción a la que democráticamente, debe acceder el pueblo.

También podíamos replantearnos que en este momento de globalización, comienza a ser más escaso el aire limpio y el agua sin contaminar, la supresión de las emanaciones industriales, soldar los polos terráneos, la existencia de la paz y la autodeterminación de los pueblos, como requisito sine qua non de la vida.

Sin ello, de poco nos servirá ensalzar la dignidad de la persona, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a juicio justo, el de libertad de expresión o palabra, etc.; pues no habrá ser humano digno, no será posible personalidad alguna, será problemático escuchar el criterio de los otros individuos o poder juzgar, con justo juicio o sin él, pues no existirán, ya, seres humanos.

Pero terminamos citando a nuestro gran líder: Un mundo mejor es posible.

#### **IV. Bibliografía.**

Fernández Bulté, Julio: “Filosofía del derecho” Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.

Galeano, Eduardo: “Democracia y Compromiso, apuntes para un retrato de la estructura de la impotencia”, Conferencia pronunciada en el II Encuentro Iberoamericano de Extremadura, Mérida, 1988.

Gros Espiell, Héctor: “Diccionario Electoral, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos”, Primera edición, CAPEL, San José, Costa Rica, 1989. Vocablo Democracia.

Castro Ruz, Fidel. “El diálogo de Civilizaciones” Oficina de Publicaciones del Consejo de Estado, La Habana, Cuba, 2007

Publicación: “Conferencia Científica sobre el Derecho” Universidad de Oriente, 6 al 8 de Octubre de 1997, Santiago de Cuba. Editorial El Barco de papel, Mayagüez, Puerto Rico.

SOBRE LA LEGITIMIDAD Y LA PARADOJA DEL DERECHO<sup>1, 2</sup>ADALBERTO NÚÑEZ LÓPEZ<sup>3</sup>

**Resumen:** El autor aborda el tema de la legitimidad del derecho a la luz de la teoría de los sistemas y la teoría de la acción comunicativa. La relación entre el concepto “colectivo” y la construcción jurídica de “mayoría” es analizada a partir de una ética del discurso que permite entender la paradoja del derecho como instrumento y opresor de las aspiraciones colectivas.

**Resumo:** O autor aborda o tema da legitimidade do direito à luz da teoria dos sistemas e a teoria da ação comunicativa. A relação entre o conceito “coletivo” e a construção jurídica de “maioria” é analisada a partir de uma ética do discurso que permite entender a paradoxo do direito como instrumento e opressor das aspirações coletivas.

**Abstract:** The author approaches the subject of the legitimacy of the right in the light of the theory of the systems and the theory of the communicative action. The relation between “the collective” concept and the legal construction of “majority” is analyzed from an ethics of the speech that allows to understand the paradox of the right like instrument and obstacle of the collective aspirations.

**PALABRAS CLAVES:** Legitimidad del derecho, Democracia Latinoamericana, Uso alternativo del derecho, Pluralismo jurídico.

**KEY WORDS:** Law's Legitimacy, Latinoamerican Democracy, Alternative Law, Legal Pluralism.

El tema de la legitimidad ha sido tema recurrente como parte de las discusiones filosóficas y sociológicas sobre el Derecho. Para propósitos de nuestra ponencia partiremos de la premisa de que la legitimidad del Derecho se mide a partir de la posibilidad de participación que tengan los afectados en la elaboración de las normas y procesos del Derecho que les aplique. Esta premisa de por más imperfecta, supone que es legítimo el Derecho expresado como norma jurídica

<sup>1</sup> Recibido el 20 de junio de 2008. Aceptado el 09 de septiembre de 2008.

<sup>2</sup> Ponencia dictada en la Segunda Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica, celebrada en la Universidad Autónoma de México del 26 al 30 de noviembre de 2007, en el Panel: Filosofía del Derecho.

<sup>3</sup> Candidato a Doctor en Derecho, Universidad del País Vasco. Diploma de Estudios Avanzados en filosofía y Teoría del Derecho y del Estado de la Universidad del País Vasco. Doctor en Jurisprudencia (Juris Doctor) de la Universidad de Puerto Rico. B.A. Magna Cum Laude con concentración en Ciencia Política de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras. Ex Decano de Asuntos Académicos y Estudiantiles de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos y es profesor de dicha Facultad, donde dicta cursos en las áreas de: Métodos y destrezas de solución de conflictos y Responsabilidad Civil Extracontractual, y ha dictado cursos en Historia del Derecho, Derecho Arte y Literatura, Clínicas del Centro de Servicio Jurídico, Mediación, Investigación y Pensamiento Jurídico, Derecho Notarial, Derecho Probatorio, Derecho de Menores, Destrezas para el Desarrollo del Pensamiento y Lectura Analítica.

en tanto y en cuanto surja de los procesos formales e informales<sup>4</sup> establecidos por la sociedad afectada y también, en tanto y en cuanto recoja las aspiraciones de desarrollo social y de justicia de dicha sociedad.

Por ejemplo que la premisa nos arroja de plano una amplia problemática, como por ejemplo, el mismo hecho que entabla la dificultad de definir cuáles son las aspiraciones sociales de justicia y desarrollo y cómo esto se fija en determinada sociedad. Además, el mismo proceso de definir y establecer los mecanismos e instituciones formales que crean la norma depende por sí de otros procesos formales e informales, y de aspiraciones concretas o ideales, de un colectivo indefinido, difuso y heterogéneo. Savigni expresa que dondequiera que los hombres convivan siempre se hallan en una comunidad espiritual que en el uso del mismo lenguaje se evindencia, robustece y desarrolla, pero reconoce que los límites de estos Pueblos individuales (como sujeto personal activo que hace Derecho) son poco precisos y mudables; y este estado dudoso se patentiza también en la unidad o diferencia el Derecho por ellos producido. Se cuestiona así si estamos ante un Pueblo o ante varios y que igualmente habrá en cuanto a sus respectivos derecho<sup>5</sup>. En palabras de Kelsen, “No hay interés alguno que, que en tanto interés individual, no se oponga al interés contadictorio de otro individuo. El llamado interés común de todos es una ficción enteramente demostrable siempre que con esto no se entienda un compromiso entre intereses opuestos.”<sup>6</sup>

Dicha problemática parece manifestarse a través de la historia, la cual nos demuestra que las aspiraciones sociales son definidas por grupos de poder, ya fueran económicos, militares o incluso intelectuales, desde donde el colectivo adviene a ser un sirviente o, en el mejor de los casos, un seguidor. En ese sentido las aspiraciones se concretan en un derecho imperfecto que requiere de la fuerza y de una profunda carga ideológica para su cumplimiento. Con el tiempo las generaciones de ciudadanos van aceptando el estado de derecho en que viven, ideológicamente hablando, como lo correcto. Conductas e ideología, ambos son efectos o producto de las funciones del derecho.<sup>7</sup> Nos dice Óscar

---

<sup>4</sup> El Derecho, en sus formas institucionales, se retroalimenta en el movimiento social. Así, las instituciones del Derecho se mantienen, se crean, se construyen y re-construyen en el escenario amplio donde se fragua el movimiento, se alimenta de él y lo construye a la vez, de ahí su efecto constitutivo. En su forma discursiva, el discurso legal trasciende su centralidad institucional y se inserta en forma de poder tanto de las instituciones como fuera de ellas. Su forma de discurso, pues, está presente más allá de los profesionales del Derecho y es usado por otros actores quienes invocarán “el derecho a . . .”, “la fuerza de la ley”, “la ley y el orden” y “el debido proceso” para justificar y legitimar sus reclamos o acciones. El discurso legal, que coincide con otros, reclamará su espacio de legitimidad social, será parte de esa realidad estudiada. Fontánez Torres, Erica, *La presencia del Derecho en el movimiento de rescates de terreno en Puerto Rico: rescatando entre leyes, tribunales y el discurso legal*, UMBRAL, Universidad de Puerto Rico, 2006.

<sup>5</sup> Savigni, 1949, “Los fundamentos de la Ciencia Jurídica”, en *La Ciencia del Derecho*, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, Argentina, pág. 38-40.

<sup>6</sup> Kelsen, Hans, *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, 11va impresión, 2006, Fontamara, S. A., México, pág. 34-35.

<sup>7</sup> Correas, Óscar, *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena*, Fontamara S. A., México 2003, pág. 31 y ss.

Correas que “la producción, conservación y transmisión de ideología, la construcción de la conciencia del dominado, es otra de las funciones del derecho; que los efectos de ese discurso se extienden más allá del simple control social que se consigue con la promoción de conductas por medio de la amenaza de la violencia; que el control social o dominación incluye la formación de la conciencia del sujeto de derecho” (Énfasis en el original). Incluso el derecho alternativo tiene su sentido ideológico, pues aunque la normas de esa organización popular puedan no cumplirse o ser ineficaces, el uso de esas normas puede desarrollar cierta conciencia, y en tal caso el sentido ideológico de tales normas cumple una función subversiva.<sup>8</sup> Así pues, el “pacto social” adviene a ser un fenómeno a a, producto de la imposición más que del contrato. No en balde las revoluciones políticas y sociales que han afectado significativamente el Derecho han sido precedidas por un desfase ideológico entre las esferas del poder y el resto de la ciudadanía, lo que significa, según nuestro planteamiento, que el colectivo ya no se identifica con las aspiraciones de los grupos de poder y control a través del Derecho que los regía. (No digo con ésta sea la causa de las revoluciones, más bien es un síntoma de la necesidad del cambio social).

Allí donde el colectivo contiene diversidad de grupos sociales, no sólo heterogéneos, sino perfectamente diferenciados, como es el caso de los países donde comparten distintas nacionalidades (a modo de ejemplo “occidentales” e indígenas) el problema es aún mayor, pues los grupos de poder se convierten en una cadena de dominación jerárquica cada uno con su propia conciencia definida a partir de la clase dominada. Así por ejemplo: Poder económico sobre poder militar; ambos sobre el pueblo hispano parlante en general; el pueblo hispano parlante sobre los pueblos indígenas. Además, dentro de cada grupo: los blancos sobre los negros; los ricos sobre los pobres; los intelectuales sobre los analfabetos, etc.<sup>9</sup> El Derecho común del país responderá siempre a las más altas esferas de poder, pero no será posible evitar un derecho segregado entre las diferentes jerarquías, ya sea formal o informal. Podemos encontrar así formas o combinaciones de “pluralismo jurídico”, “derecho alternativo” o “uso alternativo del derecho”. Según nos lo define Óscar Correas:

---

<sup>8</sup> *Ibíd.*

<sup>9</sup> Estos grupos se autodefinen no sólo a partir del grupo dominado, sino a partir de sí mismos, a manera de autopoiesis según definido por Niklas Luhmann en su aplicación a las relaciones sociales del concepto desarrollado por Humberto Maturana y Francisco Varela. Es decir, en cuanto a la capacidad de los sistemas de reproducirse a sí mismo, de carácter autorreferente, creando o destruyendo elementos de su propio sistema, Lima Vianna, Tulio, “Da Ditadura dos Sistemas Sociais: Uma Crítica à Concepção de Direito como Sistema Autopoiético”, *Revista Crítica Jurídica*, no. 22, Jul/Dez, 2003, pág. 67-78.

Pluralismo jurídico: la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas distintos (ya sean dos sistemas de normas reconocidas, o donde el Estado mismo es hegemónico sobre otras formas, como por ejemplo, el derecho indígena no escrito).

Derecho alternativo: sistema normativo cuyas normas obligan a producir conductas que, conforme al sistema hegemónico, constituyen delito o formas menores de faltas (Conforme a esto un sistema alternativo lo es respecto a otro dominante. El derecho alternativo puede implicar la existencia del pluralismo jurídico, pero no necesariamente a la inversa).

Uso alternativo del derecho: “Uso” del sistema hegemónico de manera que se consiga la producción, por parte de ciertos funcionarios públicos, de decisiones —normas— favorables a los intereses de ciertos sectores sociales a los cuales el sistema normativo desea en realidad desproteger.<sup>10</sup>

A nuestro juicio es imposible el consenso relativo a cuáles son las aspiraciones sociales y de justicia social. Luhmann nos explica desde el punto de vista de la teoría de los sistemas que el consenso es una coherente generalización de expectativas normativas de comportamiento. Así pues, el sistema social está compuesto de acciones que se estabilizan mediante estructuras que por códigos de comunicación prefiguran relaciones entre comportamientos y acontecimientos sociales, hasta determinar expectativas (de todos realizables) y simplificar la coordinación. En este escenario el derecho asegura la estabilidad de las insituciones y de los códigos de comportamiento. El Derecho generaliza las expectativas normativas haciéndolas independientes e indiferentes a los cambios contingentes y coordina los instrumentos que tienden asegurar el orden o la cohesión social, sobre todo cuanto mayor es la institucionalización del consenso (presunción de que las instituciones reguladas jurídicamente gozan del mayor consenso posible). Por su parte Jürgen Habermas considera que los procesos de legitimación no son del todo formales (dependientes de procedimientos, entendido en el sentido luhmanniano como efecto de la adquisición por parte de los sujetos de roles prefigurados en el funcionamiento del sistema), sino que también se basan sobre alguna visión de valores aceptados y, por tanto, sobre hipótesis de justicia.<sup>11</sup> Sin embargo, siempre habrá un grupo dominante que podría imponer su perspectiva concerniente a tales aspiraciones. Incluso Kelsen acepta que “[e]l derecho no puede ser separado de la política, pues es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas, es

<sup>10</sup> Correas, Óscar., *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena*, ob. cit., pág. 37-38.

<sup>11</sup> Luhmann, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, traducción Javier Torres Nafarrete, editorial Herder, México, 2005; Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de una teoría del discurso*, editorial Trotta, Madrid, 2005. Palombella, Gianluigi, *Filosofía del Derecho, Moderna y Contemporánea*, editorial Tecnos, Madrid, 1999, Cap. VI. Para una crítica sobre la dogmática jurídica en la obra de Luhmann ver Sahuí Maldonado, Alejandro, “Dogmática Jurídica y Sistema social: Breve aproximación a través de la obra de Niklas Luhmann”, *Revista Crítica Jurídica*, no. 21, Jul – Dic, 2002, pág. 217 y ss.

decir, funciones determinadas por juicios de valor.”<sup>12</sup> El análisis sobre quiénes componen los grupos de poder y cómo advienen a serlo está fuera del alcance de este escrito; baste aceptar como premisa que los juicios de valor prevalecientes en una sociedad, desde el punto de vista jurídico, reflejarán los valores particulares del grupo dominante. La aceptación —incluso la legitimidad— de estas dependerá del grado de coincidencia entre el grupo y el colectivo y el grado de representación que signifique la voz de uno para con el otro. De modo que a mayor coincidencia, mayor representación y por tanto, mayor legitimidad. Ello implica a priori mayor control de los miembros del colectivo sobre sus representante y, por tanto, de sus decisiones. De ser así, el grupo dominante se convierte en una entidad difusa de la sociedad que provoca en consecuencias una elite del poder igual de difusa y coincidente y, de hecho, más legítima. Ejemplo de esto pueden ser los casos de Venezuela, y de los Zapatistas. El colectivo de ve así reivindicado como dueño de los procesos dirigidos al logro de sus aspiraciones comunes. Como ya indicamos el colectivo es un grupo difuso y heterogéneo; el consenso no se refiere a la definición académica en cuanto a que es un acuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo o entre varios (Diccionario de la Real Academia Española, 21 Edición), sino a la coherente generalización de expectativas normativas de comportamiento (Luhmann). Por lo tanto, el concepto “colectivo” debe remitirse necesariamente a la construcción jurídica de “mayoría”, y “grupo dominante” a las teorías sobre el “poder”, que pueden o no coincidir en determinado momento histórico. Así pues, la “coincidencia” de perspectivas sobre las aspiraciones de la justicia social la entendemos a partir de la teoría de la acción comunicativa de Habermas, como acción orientada a la comprensión del sentido, al entendimiento entre participantes en un discurso conducido en una situación “ideal”, a la que se accede con iguales oportunidades de habla, compartiendo criterios discursivos comunes, sobre la base de la disponibilidad a aceptar la lógica del “mejor argumento”.<sup>13</sup> Ello implica por tanto que a mayor coincidencia entre el “colectivo” y “el grupo dominante” mayor es la coincidencia social, económica o ideológica entre ambos, sobre todo si tomamos en cuenta que la acción comunicativa está orientada a la comprensión y presupone una racionalidad interna que permite el debate entre diversos juicios de valor, a partir de una “ética del discurso”.

Supongamos por un momento un proceso ideal, en que “el colectivo” (un colectivo, como unidad histórica y cultural, de vínculos intextricables, tales como sociales, familiares, económicos, políticos, históricos, culturales, educativos, etc.) decide lograr sus aspiraciones comunales. Tales aspiraciones pueden ser: 1) materiales y básicas, i.e., de sobrevivencia, tal cual es la salud, la alimentación, la vivienda y la seguridad; 2) espirituales, como la educación y la religión; 3) ideales, en conceptos como la libertad, la igualdad, y

<sup>12</sup> Kelsen, Hans, *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, ob. cit., pág. 29. Énfasis nuestro.

<sup>13</sup> Palombella, Gianluigi, *Filosofía del Derecho, Moderna y Contemporánea*, ob. cit.

la felicidad. Luego de un largo debate determinan por mayoría las “formas” jurídicas por las cuales canalizarán el logro de sus objetivos<sup>14</sup>; eligen así mismo y por mayoría sus líderes, a quienes delegan la estructuración de sus formas jurídicas. La imposibilidad de que todos, literalmente, participen en la toma de decisiones sin que sea a través de representantes conlleva un déficit inherente de democracia. En palabras de Dussel: “Se “delega” a alguien el poder para que represente” en el nivel del ejercicio institucional del poder a la comunidad, al pueblo. Esto es necesario, pero al mismo tiempo, ambiguo. Es necesario porque la democracia directa es imposible en las instituciones políticas que involucran a millones de ciudadano. Pero es ambiguo porque el representante puede olvidar que el poder que ejerce es por delegación, en nombre “de otro” . . .”<sup>15</sup> Los referéndum, aunque son indispensables en el origen, tienden a ser cada vez menos frecuentes con el tiempo; incluso en el origen han sido raros, como lo demuestra la historia.

Con la elección de los líderes y la delegación para estructurar las formas jurídicas comienza un deterioro continuo de representatividad y legitimidad, por lo que nuestro proceso ideal comienza a deteriorarse. Los líderes electos presentan al colectivo una constitución cuya legitimidad dependerá qué tanto se aleja o se acerca a las aspiraciones articuladas inicialmente por el colectivo. No obstante, tendrá dicha constitución que reflejar los principios articulados y no articulados de los propios líderes, y de las estructuras de poder a las que respondan, ya material o ideológicamente. Sometido a referéndum y aprobado, el estado de Derecho representa la voluntad del colectivo, pero igual la sustituye en un inexorable proceso de desfase entre pueblo y Estado, fruto de la burocracia, la profesionalización política y administrativa y las influencias de los grupos de poder para dominar esa “voluntad” colectiva atrapada en el Derecho.

El Derecho se ha convertido entonces en instrumento para alcanzar aspiraciones colectivas, pero a la vez arma en contra de éstas. Si seguimos a Kelsen en cuanto a que el Estado, en tanto ordenación de la conducta humana, sólo puede ser un orde coactivo y por consiguiente un orden jurídico, que por lo tanto todo estado es, en sentido amplio, un Estado de derecho y que la

<sup>14</sup> Supongamos la democracia, desde el punto de vista rousseauniano. Como nos dice el Dr. Rivera Lugo en “Democracia y elecciones en Cuba”, *Periódico Claridad*, semana del 25 al 31 de octubre de 2007: “Ahora bien, existe otra manera de concebir la democracia, anclada fundamentalmente en la concepción de Rousseau para quien el Estado existe en función de procurar el bien común, es decir, la felicidad y el progreso de todos. La más plena y efectiva libertad, igualdad y justicia son sus ejes centrales. Especial énfasis pone Rousseau en la igualdad, ya que difícilmente puede fructificar la democracia donde existe desigualdad social y la riqueza se concentra en pocas manos. Bajo esta concepción, el ser humano es el sujeto privilegiado de lo político. De ahí la centralidad de su participación protagónica en todos los asuntos públicos, único sentido que puede tener la soberanía del pueblo, estrictamente hablando, no se puede enajenar, delegar o representar. La administración sustitutiva —de la voluntad general del pueblo. De ahí que el control democrático de las ejecutorias gubernamentales constituye un proceso que cesa con la elección del oficial sino que requiere de una periódica rendición de cuentas.”

<sup>15</sup> Dussel, Enrique, *20 tesis sobre Política*, siglo XXI editores, México, 2006, pág. 38



palabra “estado de derecho”, según el uso tradicional de la palabra, significa un orden coactivo solo relativamente centralizado que prevé ciertas garantías típicas para la juridicidad de los actos a aplicación del derecho...”<sup>16</sup>, se produce así lo que llamaremos la paradoja del Derecho, que se convierte a su vez y a la postre en parálisis paradigmática. El Derecho es, o pretende ser, bajo estos postulados, motor y freno del cambio social y del desarrollo; protector a la vez que detractor de la justicia, tanto en sí misma como en sus dimensiones de igualdad y libertad. Por lo tanto, no es extraño encontrar leyes para proteger el ambiente en el mismo estado de Derecho que promueve la industrialización masiva al margen del desarrollo sostenido; de igual forma, encontramos leyes de reconocida justicia social que promueven los derechos civiles, al lado de otras que los niegan. Hay innumerables ejemplos históricos y actuales que ilustran dicha información. A modo de ejemplo y remitiéndonos al caso de Puerto Rico, podemos mencionar el movimiento social de rescates de terreno que se desarrolló en las décadas de los sesenta y setenta del siglo veinte. Fue un movimiento social por el cual más de diecisiete mil familias que no tenían una vivienda propia o apropiada rescataron, mediante la invasión, un sinnúmero de terrenos públicos y privados que no estaban siendo explotados para actividad alguna para construir allí sus viviendas. Como era de esperarse la reacción del gobierno fue violenta, protegiendo la propiedad privada (reconocida como derecho constitucional) sobre el derecho a la vivienda (también reconocida como derecho constitucional). El balance del movimiento, cuyo impacto aún se siente en la actualidad, y en términos jurídicos, fue el reconocimiento legal sui generis de la propiedad a favor de algunos rescatadores, frente a la inclusión (1972) de las “invasiones” como delito en los artículos 317 y 519 del entonces vigente Código Penal de 1937. (Artículos 177 y 178 del Código Penal de 1974 y artículos 205 y 206 del vigente Código Penal de 2004).<sup>17</sup>

En el caso de los derechos humanos, nos dice el Dr. Correas:

“Como el discurso de los derechos humanos es el discurso propio del mundo moderno, su utilización es ambivalente; por una parte el usuario del mismo se instala en el espacio ideológico hegemonizado por el sistema jurídico estatal; por otra parte, en tanto que todas las aspiraciones populares que este estado no quiere satisfacer son vividas como derechos humanos por los sectores oprimidos, el uso de ese discurso se constituye en una práctica contradiscursiva, contestataria, cuya eficacia atenta contra la hegemonía del derecho estatal.”<sup>18</sup>

Añade que: “Por una parte los derechos humanos, los derechos subjetivos, son el discurso propio de la atomización de los individuos, enfrentados al estado que es, ni más ni menos, una creación del uso de ese

<sup>16</sup> Kelsen, *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, ob. cit., pág. 36.

<sup>17</sup> Para un análisis socio económico y jurídico de este movimiento social ver Cotto Morales, Liliana *Desalambrar*, editorial Tal Cual, San Juan, Puerto Rico, 2006.

<sup>18</sup> Correas, Oscar, *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena*, ob. cit., pág. 43-44

mismo discurso que luego aparece como dador o reconocedor de esos derechos. Por otra parte, precisamente por eso, los sectores oprimidos no pueden instalarse en un espacio discursivo distinto del creado por el derecho moderno. De modo que su utilización para exigir lo que el estado no quiere dar, se convierte en un contradiscurso cuya eficacia, ideológica, es subversiva.”<sup>19</sup>

Por eso en cuanto al derecho alternativo y su eficacia contra el orden hegemónico, nos dice corras, lo que explica la seriedad con que los funcionarios del estado se dedican, más que ha reprimir los delitos, a cooptar a los funcionarios alternativos con el objetivo de destruir esa eficacia que es subversiva. “Cuando la cooptación tiene resultado —concluye— la alternativa deja de ser subversiva, es decir, de disputarle hegemonía al sistema estatal.”<sup>20</sup>

Esta paradoja del Derecho y la parálisis paradigmática que conlleva tiene un contenido ideológico de mucho peso, al nivel de poder enajenar, al colectivo, no sólo de sus procesos formales e informales de producción del derecho, sino también de la implantación y la aplicación de ese Derecho. Por tanto la reivindicación social se acepta sólo dentro del estado de Derecho, por los canales reconocidos y “concedidos” por el mismo Estado. Lo demás se considera pues, subversivo al orden y puede ser objeto de represión. Esta carga ideológica es tal que incluso movimientos sociales de avanzada piden la reivindicación mediante legislación protectora dentro del mismo estado de derecho que los reprime, reproduciendo a veces, sin querer, las mismas formas que combaten.<sup>21</sup> De modo que, por ejemplo un Tribunal del Pueblo constituido por la sociedad civil para juzgar violaciones ambientales e infracciones al patrimonio histórico cultural que pida que su laudo se “legitime” (o legalice) en el sistema de tribunales oficial del Estado, lo único que conseguirá, por definición, será la propia des-legitimación de su aspiración de pluralismo jurídico o incluso derecho alternativo. Así mismo, las protestas del movimiento ambientalista que ha clamado y conseguido sendas leyes civiles y penales en protección del ambiente por parte del Estado liberal, quedaron atrapadas en el esquema legalista y burocrático que dichas leyes crearon y que

---

<sup>19</sup> Ibíd.

<sup>20</sup> Ibíd.

<sup>21</sup> Correas, Oscar, *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena*, ob. cit., pág. 49 nos dice: “Cuando estamos frente a textos que ‘conceden’ derechos que en realidad el estado no quiere conceder, como el derecho a la vivienda o el salario remunerador, estamos, no frente anormas, sino a ideologías que acompañan otras normas del mismo discurso, por ejemplo el constitucional. La eficacia de estos sentidos ideológicos del derecho no es precisamente la alternatividad, sino todo lo contrario: incluyéndolos a sabiendas de que no se pueden exigir por las vías normales del derecho, se intenta lo contrario de la subversión, que es la sumisión; el efecto perseguido es la producción de la ideología del dominado como conforme con un estado “bueno” que le promete casa y salario digno”. Reconocemos, sin embargo, la particularidad que representan ciertos movimientos de reivindicación social, sobre todo a través de la desobediencia civil, cuyo propósito, en palabras de Habermas, no es poner en cuestión el conjunto del ordenamiento jurídico, sino apelar a la capacidad de razonar y al sentido de justicia de la mayoría, cuando ésta ataca libertades inviolables que están más allá del alcance legítimo de la mayoría, Portela, Jorge Guillermo, 2003, *La obediencia al Derecho y otros ensayos*, EDUCA, Argentina, págs. 165-171.

favorecen precisamente a los grandes intereses económicos que logran solventar la marejada de reglas y reglamentos, ya con su poder económico o político.

Nos preguntamos entonces, si una verdadera reivindicación se puede dar dentro de un estado de derecho opresor, o necesariamente hay que partir del cambio revolucionario de éste. Tomemos por ejemplo a los Estados Unidos de Norteamérica, cuya lucha por la independencia representó sin duda alguna una revolución en el Derecho, al menos constitucionalmente hablando y a pesar de la naturaleza burguesa y terrateniente de sus promotores. Sin embargo, su movimiento de derechos civiles ha sido en esencia reformista aunque sus principios se encuentren en la Constitución. Fue a través de la jurisprudencia que esos principios se desarrollaron sensiblemente, provocado por amplios reclamos sociales y políticos, en la segunda mitad del siglo XX, pero sus resultados fueron circunstanciales a la composición ideológica de los jueces del Tribunal Supremo. En la actualidad esos logros están perceptiblemente amainados y es la nación norteamericana uno de los países con mayor índice de violación de tales derechos. Hay que reconocer no obstante, que los derechos civiles en Estados Unidos no son necesariamente equivalentes a derechos humanos. En la tradición anglosajona los derechos humanos constituyen límites al poder, frente a la tradición francesa en la cual los derechos humanos constituyen un programa de gobierno.<sup>22</sup> Para la América latina la cuestión de los derechos humanos es una cuestión política, tienen que ver con la supresión de la pobreza y la redistribución de la riqueza.<sup>23</sup> De modo que a pesar de que los derechos humanos constituyen un discurso propio de la sociedad burguesa o capitalista y que la defensa de los derechos humanos reproduce el discurso jurídico burgués, toda aspiración humana en general, latinoamericana en particular, debe ser enunciada en términos de derechos humanos, como derecho humano.<sup>24</sup>

Venezuela por otra parte, requiere de una revolución paradigmática que impulsaba la propuesta de una nueva Constitución.<sup>25</sup> Para ella el reformismo no es una opción en tanto y en cuanto su estado de derecho continúe como una

<sup>22</sup> Ansaldi, Waldo, citado por Oscar Correas en *Acerca de los Derechos Humanos: Apuntes para un ensayo*, ediciones Coyoacán, México, 2003, pág. 42.

<sup>23</sup> Correas, Oscar, *Acerca de los Derechos Humanos: Apuntes para un ensayo*, pág. 121.

<sup>24</sup> *Ibíd.*

<sup>25</sup> Según el Ingeniero Haiman El Troudi, uno de los intelectuales adscritos al Centro Internacional Miranda, una especie de “tanque de ideas” encargado de contribuir a la investigación y difusión del proceso revolucionario que se vive en Venezuela, ya la luz del “Socialismo del Siglo XXI”, en Venezuela el socialismo bolivariano aspira, entre otras cosas, a la redistribución del ingreso nacional; la disminución de la pobreza; la construcción de un nuevo tejido productivo estatal-popular; el incremento de la participación en los procesos productivos; la puesta en marcha de una reforma agraria con carácter colectivo; la adopción de presupuestos participativos; y la planificación centralizada y democratizada. Ahora bien, insiste también en que el socialismo del Siglo XXI no puede ser, como algunas experiencias del pasado bajo el “socialismo real”, un capitalismo de Estado o un Estado totalitario, y menos ateo, populista, unipartidista o castrador de la participación democrática plena del pueblo en todos los ámbitos de la vida económica, social y política, Rivera Lugo, Carlos, “El socialismo bolivariano”, en periódico *Claridad*, semana del 25 al 31 de octubre 2007.

mera institución de poder económico de la burguesía y los intereses económicos, criollos y extranjeros.<sup>26</sup> Bolivia, por su parte, parece encontrarse en una encerrona cuya salida dependerá, a nuestro juicio, de lograr una revolución en el Derecho, como causa y efecto de la satisfacción de sus necesidades sociales y económicas.<sup>27</sup> Los movimientos indigenistas, los relativos a la formación de un derecho alternativo, funcionan —o funcionarán— desde el punto de vista revolucionario del que hablamos, al margen del estado de derecho oficial, idealmente sin la necesidad de reconocimiento de éste. Sin embargo, para entender y poder trabajar con la complejidad de la realidad indígena en Latinoamérica hay que remontarse al comienzo de la conquista misma. Los conquistadores encontraron una diversidad amplia de pueblos y culturas, desde avanzadas civilizaciones hasta tribus que aún hoy en día, pertenecen a un desarrollo social equivalente a la edad de piedra. Nos dice Rabinovich-Berk-

<sup>26</sup> El Troudi distingue tres periodos en la reciente historia venezolana:

(1) 1999-2001: Etapa nacional-popular en que no existe ningún proyecto claro de cambio pero en que se aspira a cerrarle el paso al modelo neoliberal. Ante la falta de una teoría clara, de experiencia y de cuadros, se apeló a una especie de populismo, es decir, a un asistencialismo del Estado para mitigar los problemas más apremiantes. Esta etapa se agota con el intento golpista de noviembre de 2001.

(2) 2001-2006: Etapa de estructuración revolucionaria en la que se toma el control efectivo de los hidrocarburos y la renta procedente de ambos. Va tomando forma el proyecto revolucionario a partir del fervor participativo de la gente en los asuntos públicos. El soberano popular se va apoderando políticamente. A esto habría que añadir que, además, los elementos opositores pierden cualquier viso de legitimidad democrática y ven reducido significativamente su poder de convocatoria.

(3) 2006-presente: Etapa de transición al socialismo que se espera dure, por lo menos, una generación. Bajo ésta se aspira a emprender esa transformación cultural sin la cual no puede superarse efectivamente el modo de producción capitalista, pues éste anida no sólo en las relaciones sociales de producción sino que también y sobre todo en las conciencias de venezolanos, Rivera Lugo, Carlos, "El socialismo bolivariano", ante.

Sobre esta última etapa estuvo en proceso las enmiendas propuestas por el gobierno del Presidente Hugo Chávez a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Al margen del debate sobre la posibilidad de la elección indefinida del Presidente, que creó la preocupación por una posible dictadura, lo más importante de las propuestas enmiendas eran lo relativo a la transición ordenada y constitucional al socialismo. De manera muy prudente, a nuestro juicio, las enmiendas proponían un cambio de paradigmático social y jurídico que se da en convivencia con el anterior paradigma de la propiedad privada o, más precisa, del capitalismo. Así, la "revolución", o como cambio dramático, se cualificaba, en tanto y en cuanto se da sin transgredir de inmediato instituciones económicas, sociales y culturales muy arraigados en las mentes de los ciudadanos. Estas propuestas fueron rechazadas en referéndum del 2 de diciembre de 2007.

<sup>27</sup> En agosto de 2006 fue inaugurada la Asamblea Constituyente, que enfrentó profundas divergencias ideológicas internas y el hostigamiento de las autoridades regionales. Dicha Asamblea Constituyente tiene el objetivo de "refundar" Bolivia para reducir la desigualdad social y política, pero las disputas entre la Paz y Sucre (cuyos líderes civiles son opositores al gobierno de Evo Morales y pretenden que la capital se establezca allí), las demandas regionales e indígenas por autonomías territoriales administrativas y políticas y la reelección ilimitada del presidente se han convertido en los principales escollos. A nuestro juicio hay una valoración histórica equivocada de equiparar la elección de Evo Morales con lo que sucede en Venezuela bajo el mando de Hugo Chávez. Las condiciones históricas y sociales son muy distintas aunque ciertamente pueden coincidir en muchos ámbitos a partir de la conceptualización de la explotación, marginación y pobreza latinoamericana, pero es evidente de que una revolución en el derecho al modo venezolano en Bolivia es, por lo pronto, prematura.

man que a la llegada de los españoles y portugueses existían numerosos ordenamientos jurídicos, basados principalmente en los usos, costumbres o ordenamientos jurídicos, basados principalmente en los usos, costumbres o prácticas, es decir, como un derecho consuetudinario. Sin embargo, este derecho no estaba ni nunca fue escrito, y mucho menos existió una ciencia o teoría del Derecho. Es el Derecho continental el que se impone desde los inicios de la conquista y adviene a ser un instrumento fundamental en el proceso de transculturación, junto con el idioma y la religión. El problema actual, no obstante, no proviene sólo de la dicha transculturación. Los indígenas, además de perder su cultura, pierden igualmente sus tierras y medios de producción de riqueza; proceso éste que se acentúa después de lograda la independencia por parte de los países latinoamericanos de España.<sup>28</sup> La pregunta es entonces ¿Puede existir una reivindicación de los derechos de los indígenas SIN una reivindicación de sus tierras y riquezas? Un cambio en el Derecho para el reconocimiento de los derechos de los indígenas, sin una verdadera oportunidad de desarrollo económico se convertirá en una mera declaración de principios y en un estado de derecho folklórico, sin más consecuencias que el lavado de conciencia de unos y la ilusión de libertad de otros. A nuestro entender, de hecho, la historia de nuestra América Latina, aparte de las revoluciones políticas, ha sido una embarcada en reformas, cuyas consecuencias ya sabemos, salvo quizá México y Cuba antes de la “institucionalización” de sus revoluciones.<sup>29</sup>

### Conclusión

Al final del camino nos enfrentamos de nuevo con la paradoja del Derecho y nos preguntamos cómo evitar una nueva parálisis paradigmática, pues una vez que la revolución se institucionaliza el Derecho se transforma otra vez en promotor y opresor. Otra vez, de representar la voluntad colectiva se mueve a sustituirla. Quizás sea un largo proceso con el cual se vayan afinando los vínculos sociales hasta llegar al mundo ideal, donde la voluntad colectiva y el Derecho coincidan en plenitud. Nos planteamos entonces como pregunta abierta para discusión posterior, cómo afrontar un proyecto político de liberación en el cual se evite reproducir las formas de poder que intentamos superar. Es más imperativo de lo que parece. Se suele justifi-

---

<sup>28</sup> Rabinovich-Berkman (2006), *Principios generales del Derecho Latinoamericano*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, p. 225-227.

<sup>29</sup> En términos del proceso democrático en Cuba para la elección de los gobernantes no hay duda de que su proceso es ampliamente democrático. (Para una descripción de éste ver el artículo del Dr. Rivera Lugo antes citado en la Nota 6). Sin embargo, existe un evidente desfase en la práctica que la sola razón y el sentido común nos dicta: Es imposible que en 45 años no hay surgido en el pueblo cubano alguna figura de liderazgo capaz de sustituir al presidente Fidel Castro, no ya para cambiar la política pública socialista cubana, ni siquiera para darle seguimiento. Nos cuestionamos seriamente que los procesos democráticos estén siendo efectivos a la hora de elegir las figuras cimeras del gobierno cubano.

car la opresión desde el punto de vista de la “voluntad de la mayoría”, y eso es independiente del régimen que intenta justificarlo. Es decir, suponiendo un sistema cuyos procesos en su origen son lo suficientemente democráticos para permitir que la “mayoría” decida los postulados filosóficos e ideológicos. Ello supone que esos postulados filosóficos e ideológicos puedan cambiar, incluso radicalmente, mediante los mismos procesos democráticos que contiene el sistema. Supongamos, no obstante, que ante la posibilidad de un cambio filosófico e ideológico y ante una pujante “minoría” que avanza en ese sentido, la “mayoría” resuelve prohibir no sólo los cambios filosóficos e ideológicos, sino incluso la mera discusión de esa posibilidad, ¿Es legítima esa decisión por ser de la mayoría o de quienes ejercen el poder? ¿Se legitima la minoría para la desobediencia civil o el acto revolucionario? Como vemos se crea un contrasentido, una paradoja, en que el derecho permite la acción democrática, pero la acción democrática anula a través del derecho la misma democracia que ejerce. En ese sentido Dussel nos llama la atención de la necesidad de la transformación, que según él es creación institucional y no simple toma de poder. En ese sentido las esferas de transformaciones posibles se encuentran dentro del ámbito estricto del alcanzar la liberación de un estado de cosas opresivo o excluyente. . .” Unidos a los otros postulados de la Revolución burguesa que se enunciaban con la proclamación de “Igualdad, Fraternidad, Libertad”, debemos transformarlos en la rebelión de los pueblos oprimidos y excluidos de la periferia en sus luchas por la Segunda Emancipación, en el nuevo postulado: “Alteridad, Solidaridad, Liberación”.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Dussel, Enrique, *20 Tesis de Política*, ob. cit., pág. 158.

## SISTEMA(S)<sup>1</sup> JURÍDICO(S) INDÍGENA(S)<sup>2</sup>

JOSÉ EMILIO ROLANDO ORDÓÑEZ CIFUENTES

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. UNAM

**Resumen:** El autor ofrece un análisis comparativo de las estructuras sociales de los sistemas jurídicos que permite caracterizarlos, en su pluralidad, con las contribuciones de la sociología y la antropología. Los sistemas jurídicos indígenas se erigen como una imagen de la cosmovisión de los pueblos indios frente al positivismo formal del derecho del estado.

**Resumo:** O autor oferece uma análise comparativo das estruturas sociais dos sistemas jurídicos que permite caracterizá-los, na sua pluralidade, com as contribuições da sociologia e a antropologia. Os sistemas jurídicos indígenas se erigem como uma imagem da [cosmovisão] dos povos indianos frente ao positivismo formal do direito do estado.

**Abstract:** The author offers a comparative analysis of the social structures of the legal systems that allows to characterize them, in his plurality, with the contributions of sociology and the

---

\*Recibido el 7 de octubre de 2008. Aceptado el 4 de noviembre de 2008.

<sup>1</sup> “Système, it, sistema, i.,system, System. (Del lat. Systéma, y éste del gr. Σύστημα, de σύν, junto, e hístemi, poner.). Conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí. // Conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto. // Medio o manera usados para hacer una cosa: tiene su propio sistema de trabajo. Filos. Conjunto de proposiciones o teorías que constituyen un todo orgánico en razón de su coherencia intrínseca En sentido amplio sistema es un conjunto de elementos relacionados entre sí funcionalmente, de modo que cada elemento del sistema es función de algún otro, no habiendo ningún elemento aislado.” Diccionario Enciclopédico Espasa, t. 21. P. C 10703. “Conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente entrelazados entre sí”. “inquisitivo. Der. El que, a diferencia del acusatorio, permite al juzgador exceder la acusación y aún condenar sin ella”. *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Real Academia Española, 1992, pp. 1338 y 1339.

<sup>2</sup> Hay quienes no aceptan tal proposición: “Para la selección del material nos basamos en el concepto de costumbre jurídica, distinguiéndolo del de “sistema jurídico indígena”, propuesto éste por Raúl Araoz y Augusto Willimsen y que comprende, implícitamente, la existencia de una concepción diferente del mundo, una cultura distinta y una manera de regular normativamente su existencia. Pero si bien tales aspectos se encuentran con frecuencia entre los pueblos indios, para establecer la definición del derecho indígena como “sistema”, diferenciado o no, requiere del análisis de su relación con el derecho nacional vigente. Mientras tanto, conceptualizar el derecho indio como “costumbre” permite avanzar en su registro, análisis y conocimiento en tanto sea reconocido como “sistema”, ya sea desde el punto de vista teórico o legal”. Valdivia Dounce, Teresa (coord), *Costumbre jurídica indígena. Bibliografía comentada*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1994. Seguramente el criterio es propio del denominado indigenismo integracionista. “Pronto nos dimos cuenta de que el universo que pretendíamos aprehender era más amplio, o por lo menos más ambiguo, que un sistema de derecho indígena, y nos acomodamos mejor a la denominación “costumbres jurídicas indígenas”. Ituralde, Diego, “Orden Jurídico y control social”, *Cuadernos de Antropología Jurídica*, 6-1, México, Instituto Indigenista Nacional, 1994, p. 12. Este cuaderno contiene un conjunto de textos, preparados con ocasión de las II Jornadas Lascasianas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

anthropology. The indigenous legal systems are elevated like an image of the figure of the world of the Indian towns against the formal ways of the right of the state.

**PALABRAS CLAVES:** Sistemas jurídicos, Pluralismo Jurídico, Antropología Jurídica.

**KEY WORDS:** Legal Systems, Legal Pluralism, Legal Anthropology.

En el marco estrictamente jurídico, con influencias positivistas, se considera sistema jurídico, al conjunto de normas e instituciones que integran un derecho positivo y que rigen en determinada colectividad. Se señala además, la existencia de un Estado soberano.<sup>3</sup>

Desde la perspectiva de las ciencias sociales, en términos metodológicos, el análisis comparativo de las estructuras sociales de los sistemas jurídicos tiene sus raíces históricas en el estudio del derecho comparado, y propone la posibilidad de trazar una distinción analítica entre dos disciplinas. El análisis estructural comparativo es un empeño sociológico. La materia objeto de su estudio es la organización de la actividad jurídica y el carácter variable de los grupos y de los papeles sociales envueltos en el proceso jurídico; su fin primario es el descubrimiento y exposición de regularidad en las estructuras y el desarrollo institucional. El derecho comparado, por su parte, es un estudio de carácter jurídico y sus cultivadores se hallan interesados en el contenido normativo de diversos sistemas jurídicos y se mueven frecuentemente por el deseo de buscar los medios más justos y eficaces, ordenar las relaciones jurídicas de los hombres. Con todo, no debe de pasarse por alto la íntima conexión entre los dos campos. Así, el elemento sociológico es especialmente importante en una rama del derecho comparado: los estudios de la historia del derecho comparado han aceptado generalmente la proposición de que los conceptos jurídicos y las formas del pensamiento jurídico reflejan un subyacente entramado de organización social. Por ello, los historiadores del derecho han contemplado a menudo su contenido normativo desde una perspectiva sociológica.<sup>4</sup> Sin embargo, esta proposición metodológica que vincula al derecho y la sociología, deja de lado, la vertiente antropológica de la cuestión, o sea, las construcciones culturales y/o étnicas, digamos las cosmovisiones de los pueblos étnicos; pero además, de que manera los hombres producen y

---

<sup>3</sup> Castán Tobeñas, José, *Los sistemas jurídicos del mundo occidental*, Madrid, Reus, 1957, p. 5. Como advertiremos en el mapeo sobre sistemas jurídicos, algunos refiere a familias jurídicas que desbordan las fronteras de la nación: Véase Familia del Common Law, Familia Neorromana, etcétera, y refieren también a sistemas mixtos como los de Israel, Japón, India, Filipinas y Sudáfrica. Véase Sirvent Gutierrez, Consuelo y Guadalupe Margarita Villanueva Colín, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Harla, 1998. Adelante trataremos las propuestas del pluralismo jurídico.

<sup>4</sup> Sills, David L., *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, México, Aguilar, vol. 3, 1974.



reproducen su vida económica y social, y como en la superestructura política y jurídica se manifiestan.

A propósito, F. J. Caballero, en su artículo “La sociología jurídica en los planes de estudio”, apuntó:

¿Debe ser el jurista o el sociólogo quien se ocupe de la sociología del derecho? Mi parecer a este respecto es claro y contundente: Ni el jurista ni el sociólogo por separado, ya que ninguno de los dos tiene credenciales suficientes para exigir la exclusividad, sino ambos conjuntamente en estrecha colaboración [...] En definitiva, entre el sociólogo y el jurista, en el espacio de la sociología del derecho, no deben existir exclusiones ni interferencias sino complementariedad y trabajo en equipo.

Si bien el jurista y el sociólogo, conjuntamente, deben ser los actores principales en los trabajos de investigación de campo de la Sociología del Derecho, no debe olvidarse que necesitan la colaboración de psicólogos, psiquiatras, profesores, jefes de policía, asistentes sociales.<sup>5</sup>

Así, la propuesta del análisis de los sistemas jurídicos y particularmente en países multiétnicos, necesariamente tiene que ser interdisciplinaria, pero además, confrontado en forma plural, en cuanto a las construcciones paradigmáticas que lo interpreten y los condicionamientos históricos, sociales, económicos y culturales que los sustentan.

De lo anterior, resulta pertinente la propuesta de Humberto Cerroni, en el sentido de legitimar una ciencia social integral y a certificar una ciencia social. Quizás por ello, su ensayo sobre la “Posibilidad de una ciencia social” tiene como pensamiento inspirador: “Llegará el día en que la ciencia natural abarque la ciencia del hombre, al tiempo que la ciencia del hombre abarcará la ciencia natural: no habrá más que una sola ciencia” (Marx)<sup>6</sup>.

En las V Jornadas Lascasianas, Ignacio Cremades, de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (España) hizo las siguientes observaciones, replicado la propuesta de considerar al sistema jurídico indígena simplemente como una costumbre, propuesta formulada por los expertos del Instituto Indigenista Nacional de México, participando en ellas, dos destacadas investigadoras, Magdalena Gómez y Teresa Valdivida, quien argumentó:

1. Ante el reconocimiento de diferentes regímenes jurídicos dentro de un Estado-nación creo que el mejor camino para nuestro propósito es el afirmar el actual derecho indígena como derecho particular o propio, *ius proprium*, y no como costumbre jurídica respecto al derecho general del Estado. Es decir, se le debe reconocer su carácter de sistema de derecho completo, autóctono,

---

<sup>5</sup> “La sociología jurídica en los planes de estudio”, en Ruiz Olabuénaga, J. I. y F. J. Caballero, *Materiales de sociología jurídica*, España, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1984, p. 74 y 80.

<sup>6</sup> *Introducción a la ciencia de la sociedad*, México, Crítica-Grijalbo, 1978, pp. 11 a la 89.

que responde a unos principios generales y desarrolla sus consecuencias. Pero esto habría que demostrarlo, al menos mínimamente. No sería obstáculo el que su desarrollo pretérito y actual por circunstancias de todo conocidas haya quedado dificultado e incluso truncado. La ardua tarea de su revitalización habría que afrontarla.

2. Su carácter de derecho particular negaría que pudiera ser considerado como *ius introductum*, una norma de carácter excepcional dentro de un régimen de derecho común. Todo derecho indígena sería un sistema coexistente con el sistema general.

3. Su carácter de derecho particular le valdría el de derecho común respecto a su territorio, sin perjuicio de la existencia dentro de ese derecho común de normas de carácter especial o excepcional.

4. El caso de reconocimiento de autonomías políticoadministrativas indias, ese derecho particular quedaría absorbido por el derecho autonómico indio como una parte del ordenamiento autonómico.

5. Mientras, su carácter de derecho particular y común a un territorio no le eximiría de la existencia de un derecho general a todo territorio del Estado-nación, por lo que hay que resolver el problema de la compatibilidad o no de la conducción supletoria de ese derecho general respecto al derecho indígena y, si la respuesta es negativa, parcial o totalmente, se plantearía, por lo tanto, la cuestión de cómo el derecho indígena puede, y en qué medida autointegrarse, conscientes de que por la sola costumbre nueva que genere ello es imposible a corto plazo por definición. Tampoco se vería libre de esta cuestión del derecho estatal como supletorio el derecho de las autonomías indias en caso de que éstas se reconocieran.

6. Su carácter de derecho particular negaría su condición de privilegio personal, la cual, debe otorgársele, es decir, dejar la sumisión a uno u otro derecho a la elección de los ciudadanos indígenas, disminuiría la fuerza jurídica del derecho indígena casi tanto como su conceptualización como costumbre.

7. Por eso su condición de derecho particular, se tenga o no autonomía político-administrativa, exige su carácter territorial. Precisa además que se delimite un presupuesto de aplicación –quiénes están sometidos al derecho indígena y quiénes no (*ius saguinis*, *ius soli*)– que sirva también para determinar la ley personal (por ejemplo, capacidad, estado civil derechos y deberes de familia y sucesión por causa de muerte) aplicable en los conflictos de derecho interregional. Esta circunstancia del status debería poderse hacer constar en el registro civil. Además es preciso establecer normas conflictuales de derecho interregional.

8. Los conflictos entre derechos indígenas entre sí y de éstos con el general estarían regidos, por consiguiente, por el principio *iura novit curia*, al

consistir en conflictos interregionales y no internacionales. Nadie, pues, estaría obligado a acreditar el contenido y vigencia de su derecho.<sup>7</sup>

En los debates desarrollados en nuestras Jornadas Lascasianas, en torno a considerar al derecho indígena como un sistema, Mercedes Gayosso y Navarrete, destacada romanista e investigadora de la Universidad Veracruzana, formuló dos observaciones:

La primera, resumiendo, establecidas las características de la cosmovisión del mundo indígena, al que estudié a través de las fuentes nahuas, éstas satisfacen los requisitos de un desarrollo filosófico, con todas sus implicaciones, conceptos y supuestos; los cuales enfrentados al concepto de sistema jurídico y subsistemas, resulta que se puede asegurar que existió un sistema jurídico náhuatl, si bien aún sin precisarse. Este sistema sobrevive y plantea una discusión real al derecho positivo formal, creando un problema de falsa posición frente al concepto de soberanía, porque tanto el sistema jurídico indígena como la coexistencia de diferentes derecho en un mismo Estado, no vulneran la categoría de soberanía;

La segunda, “que los elementos que conforma el sistema jurídico mexicano es el romano-canónico y el indígena”.<sup>8</sup>

Sobre la influencia del derecho indígena, Floris Margadant, estima, por un lado, que en algunas regiones de México han sentido poca influencia de la nueva civilización, traída originalmente por los españoles y pone como ejemplo a los lacandones, los indios de la sierra alta de Chiapas, en Quintana Roo y algunas regiones remotas de Yucatán y Campeche, entre los tarahumaras y los yaquis, los seris, etcétera. Dice que buscaría en balde en la legislación oficial de las entidades en cuestión. Es de suponer que se trata de supervivencias del derecho precortesiano. Por otro lado, que el derecho precortesiano sobrevive, no al margen de la legislación oficial, sino incorporado a ella.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Cremades, Ignacio, “Etnicidad y derecho: aproximación jurídica al derecho indígena de América”, en *V Jornadas Lascasianas. Etnicidad y derecho un diálogo postergado entre los científicos sociales*, México, UNAM, 1996, pp. 170- 172.

<sup>8</sup> “La cosmovisión de los nahuas, punto de partida para una interpretación sistemática de su derecho”, *Revista Crítica Jurídica*, México, núm. 14, 1992, pp. 74 y 79. La idea que el derecho indígena influenció al derecho mexicano actual lo retoma de la apreciación que para América Latina sostiene Pierangelo Catalano según informa. También para esclarecer lo de sistema jurídico y tradición, retoma a “Merryman, que prefiere utilizar tradición, porque para él “un sistema jurídico” [...] es un cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas” (aquello que en la primera posición enunciada se identifica como ordenamiento formal o derecho estatal o nacional) y afirma que, en cambio, “la tradición jurídica relaciona al sistema jurídico dentro del ámbito cultural”, *La tradición jurídico romana canónica*, trad. de Carlos Sierra), México, FCE, p. 13.

<sup>9</sup> Margadant S., Guillermo F., *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, Editorial Esfinge, 1986, pp. 25 y 26. Que varios ecos de esas costumbres jurídicas precortesianas son mencionadas en el estudio de Aguirre Beltrán, G y R. Pozas A., “Instituciones indígenas en el México actual”, México, *Memorias del Instituto Nacional Indigenista*, núm. VI, 1954, pp. 173 y ss.

El Instituto Colombiano de Antropología, realizó investigaciones de campo entre los pueblos étnicos Tukano, Chami, Guambiano y Sikuani, sobre sus sistemas jurídicos. En la Guía metodológica para la elaboración de las tipologías de los sistemas jurídicos, el equipo de trabajo, sostiene:

Por definición, un sistema jurídico comprende el conjunto de normas de actuación que una cultura posee para mantener o retomar a los ideales de comportamiento colectivamente interiorizados, para lo cual existen los siguientes medios sancionados por la cosmovisión, por la costumbre inveterada o por el acuerdo de las colectividades: un conjunto de normas “sustantivas” de prevención o corrección, un conjunto de autoridades que deciden sobre las conductas a seguir y garantizan su implementación y un conjunto de procedimientos específicos tendientes a su cumplimiento.

Sin embargo, ello no es suficiente para caracterizar los sistemas jurídicos. Esta tarea se logra a través de la comprensión de la forma específica en la cual una cultura maneja la concepción de su cosmos a partir de la dinámica de la dicotomía de las categorías caos/orden. Para ello es necesario responder a las siguientes preguntas: ¿Existe un cosmos entendido como un orden que por virtud de los actos humanos se pueda convertir en caos, evento en el cual es necesario tomar una serie de medidas, culturalmente establecidas, para retomar el orden natural de las cosas, bien se enmarque en ellos en el contexto social o en la interacción con fuerzas de la naturaleza o de carácter sobrenatural?<sup>10</sup>

Para Raúl Aráoz Velasco, los pueblos indígenas son portadores de un sistema, ya que:

Un sistema jurídico es el conjunto de principios y normas jurídica que se formulan y aplican en una o varias regiones geográficas, que tienen una determinada concepción del mundo y una manera de vivir y de hacer su vida. En otros términos, es el conjunto de la visión del mundo que tiene un pueblo o varios pueblos de la humanidad, su manera de vivir y hacer su vida y su forma y manera de regular normativamente su existencia”.<sup>11</sup>

Aráoz estima que el sistema jurídico indígena tiene:

1. Una concepción diferente del mundo y sobre el particular, recuerda el Manifiesto de Tiawanacu de los indios de Bolivia, cuando dicen: “No se han respetado nuestras virtudes ni nuestra visión propia del mundo y de la vida, que en síntesis, tiene los siguientes principios: La naturaleza es un orden universal, digna de respeto y no de dominación; el hombre es naturaleza, convive en la

---

<sup>10</sup> Perafán, Carlos César, Azcárate García, Luis e Hildur Zea Sjöberg, *Sistemas jurídicos Tukano, Chami, Guambiano y Sikuani. Informe final presentado a COLCIENCIAS, Proyecto No. 0196-10-149.95*, Bogotá, Colombia, septiembre de 1996, pp. 341 y 342.

<sup>11</sup> *Temas jurídicos andinos. Hacia una antropología jurídica*, Bolivia, Centro Diocesano de Pastoral Social de Oruro, 1996, p. 39. Aráoz, señala que su construcción parte de las ideas de David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, París, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1973.

naturaleza, la sociedad, es la convivencia comunitaria entre hombres y éstos con la naturaleza.

2. Una cultura diferente: los indios tienen una cultura diferente, o sea una manera de vivir o hacer su vida y señala que conforme sus investigaciones en el pueblo de Resurrección, esa manera de vivir y hacer su vida, conceptualmente se expresa: “en el trabajo en la tierra, en la familia preferentemente extensa, en la unidad doméstica de producción y en la reciprocidad. Elementos que integran su vida económica, social, religiosa y normativa, constituyendo sus elementos de supervivencia en su relación de conflicto permanente con la sociedad mayor.

3. La visión del mundo y la cultura propia de los indios, se expresa objetivamente en bienes y valores los mismos que se protegen y se garantizan normativamente. Esta normatividad consiste en normas morales, religiosas, de trato social y en normas jurídicas. A manera de ejemplo, señala que en la cultura popular de Bolivia y de todo el mundo andino, el *ayni*, principio de reciprocidad, también es un principio jurídico concepto general de derecho que regula básicamente la vida económica y social de sus pueblos. También señala que en Bolivia y México, los hijos son indispensables pero que cuando no se tiene descendencia procede a la adopción de hijos, generalmente entre los hijos de sus parientes, cumpliendo solamente dos requisitos: integrarlos al hogar como tal y presentarlos a la comunidad como hijo suyo, con el consentimiento de sus padres y del niño, sin recurrir a las complicadas normas de adopciones establecidas en el derecho positivo.<sup>12</sup>

Ascario Morales, en sus estudios sobre las comunidades Kunas de Panamá, frente al pretendido estatismo del desarrollo del derecho indígena y considerarlo como sistema, observa que:

1) En las comunidades indígenas de la Comarca Kuna Yala, existen autoridades tradicionales encargadas de administrar justicia, de acuerdo con las normas consuetudinarias vigentes. Pero también observamos, la evolución y el dinamismo en la estructura judicial indígena tanto en el aspecto cuantitativo como cualitativo.

2) El cambio profundo que sufre la sociedad indígena debido a factores endógenos y exógenos, ha obligado a sus autoridades tradicionales a reorganizar la estructura judicial, de acuerdo con la realidad y la necesidad imperativa de la sociedad en general, roles importantes para esta evolución lo han desempeñado los intelectuales kunas y las organizaciones indígenas.<sup>13</sup>

Jorge González Galván, retomando las mismas fuentes doctrinarias de Aráoz, estima que es un sistema jurídico, y señala tres elementos: es dere-

<sup>12</sup> Aráoz Velasco, *Resurrección: estrategias de un pueblo campesino*, Tesis de Maestría en Antropología Social, Universidad Iberoamericana, México, 1987, pp. 193 y ss.

<sup>13</sup> “La administración de justicia en las comunidades Indígenas Kunas y conflictos con el derecho positivo”, *Law e Antropology*, Viena, Austria, núm. 6, 1991, pp. 242 y 243.

cho es consuetudinario y recuerda que en la Mesoamérica prehispánica fue escrito.<sup>14</sup>

Considera además, que son indígenas, en el sentido de que son culturas jurídicas milenarias que corresponden a pueblos originarios. Que su característica actual es su consuetudinariad porque desde hace quinientos años se produce y reproduce de manera no escrita sino oral y en relación estrecha con las fuerzas de la naturaleza, y que el derecho indígena es la manifestación de la intuición de un orden social fundado en reglas no escritas concebidas en comunión con las fuerzas de la naturaleza y transmitidas, reproducidas y abrogadas de manera, esencialmente corporal. Sugiere el autor, que las características que presentan dichos derechos en la actualidad son de dos tipos: el primero, es de carácter práctico: corresponde a su organización político-jurídico-religiosa. Y el segundo, es de carácter conceptual: corresponde a su concepción del mundo y que esa concepción esta enraizada en la época prehispánica.<sup>15</sup>

Sobre el particular, como fruto de las reflexiones en la especialidad sobre derecho indígena, en la Universidad de San Carlos de Guatemala, con el apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, en tesis de grado presentada por Antonio Elias Quic Cholotia, de ascendencia maya-zutuhil, argumenta en las conclusiones:

Que el pueblo maya se rige por un Sistema Jurídico como una construcción conceptual propia enmarcado en una visión cosmogónica que ordena la vida del hombre como parte de la comunidad, como un ser dentro de un orden espiritual, su relación con la naturaleza no como centro de la misma sino como parte de ella, con normas no coactivas sino consensuadas y de tipo ético o moral. Que la comunidad maya Tz'utujil conserva sus prácticas jurídicas, cuya construcción conceptual y razonamiento es cosmogónico, sustentado en lo ético y los principios de lo Sagrado, el equilibrio, la armonía y el respeto. Sobre esta base se desarrollan sus prácticas normativas, instituciones y procedimientos. Que dentro de las instituciones de la comunidad investigada se evidencian la existencia de Autoridades indígenas a cuyo cargo corresponden la aplicación y observancia del Derecho Maya Tz'utujil. Que la regulación jurídica de este pueblo está en un proceso de readaptación y recreación en respuesta a los drásticos cambios sociales, políticos, religiosos y económicos de esta región.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> "Derecho consuetudinario indígena", *IV Jornadas Lascasianas. Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*, México, UNAM, 1994, p. 74. "Cada derecho constituye de hecho un sistema: emplea un cierto vocabulario, correspondiente a ciertos conceptos; agrupa las reglas en ciertas categorías; comporta el empleo de ciertas técnicas para formular las reglas y ciertos métodos para interpretarlas; esta ligada a una cierta concepción del orden social que determina el modo de aplicación y la función misma del derecho". David, René y Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, París, Dalloz, 1988, p. 20.

<sup>15</sup> *Panorama del derecho mexicano. Derecho indígena*, México, McGraw Hill-UNAM, 1997, p. 53.

<sup>16</sup> *Derecho consuetudinario maya tz'utujil*, Guatemala, Tesis para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos, 2000, p. 45.

Por su parte, Oscar Correas, propone que un sistema jurídico se compone:

de normas que se organizan alrededor de distintas reglas de reconocimiento. México es un país en el que sucede este fenómeno: existen comunidades que obedecen normas que no han sido dictadas por el Estado mexicano organizado alrededor de la norma fundante que dice “es obligatorio obedecer la constitución dictada por los constituyentes del 1917 y posteriormente por el constituyente permanente autorizado por esa primera constitución”. Existen muchísimos grupos que “tienen costumbres” –como dicen los antropólogos con las leyes que chocan con las leyes del Estado mexicano. Y no sólo indígenas: la historia reciente muestra casos insólitos de comunidades que, como algunas universidades, se rigen por normas que provienen de fuentes distintas que las leyes universitarias del Estado mexicano.<sup>17</sup>

Nótese, el autor se refiere a costumbres.

También desde la perspectiva sociológica, algunas considera que el derecho indígena, es un sistema, y basan su fundamento en la obra de Niklas Luhmann, en la medida que el citado autor entiende el derecho como la estructura de un sistema social que garantiza la generalización congruente de las expectativas del comportamiento. Asegurando una congruencia selectiva de las expectativas del comportamiento, el derecho satisface la necesidad fundamental de la seguridad de los sujetos, facilita las relaciones sociales y es por lo tanto, se dice, un instrumento esencial de la evolución, en el entendido que en la construcción Luhmanniana se entiende por sistema, cualquier entidad constituida por elementos correlacionados entre sí, definida por determinados confines y en relación de interacción con el sistema externo. Lo expuesto independientemente que uno se adhiere a las propuestas de tan distinguido sociólogo de Bielefeld.<sup>18</sup>

Pero más allá de las observaciones propiamente jurídicas, dentro de la antropología encontramos, reconocimientos importantes en Stavenhagen y José del Val. Dice este último: Es indudable que el denominado derecho consuetudinario expresa la articulación estrecha o laxa entre la cosmovisión indígena y las normas de convivencia entre los pueblos indios. Esto puede demostrarse mediante una acumulación paciente de hechos etnográficos en el terreno de las prescripciones y las proscripciones sociales específicas y la estructura mítico-ritual de los mismos. Con una adecuada metodología que podría partir de la reflexión estructuralista se encontraría el sistema de transformaciones que articularía cosmovisión y prácticas jurídicas. No

---

<sup>17</sup> *Introducción a la sociología jurídica*, México, Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, 1994, pp. 110 y 111.

<sup>18</sup> Zolo, Danilo. “El léxico de Luhmann” y “Entrevistas Luhmann por Luhmann” realizadas por Javier Torres Nafarrate y Guillermo Zermeño Padilla, Víctor Alarcón Olguín y Antonella Attili, en *Las sociedades complejas. Ensayos en torno a la obra de Niklas Luhmann*, México, FLACSO, 1997, pp. 197 a 264.

obstante, nos encontraríamos frente a un campo cerrado, me explico. Esta correlación, por más estrecha que fuera, expresaría la concurrencia contemporánea de unas historias particulares en las cuales las prácticas jurídicas de los pueblos indios se encuentran subordinados a los espacios limitados de lo que Aguirre Beltrán llamó “regiones de refugio”.<sup>19</sup>

Rodolfo Stavenhagen, define que lo “legal” o lo “jurídico” en las sociedades indígenas consiste en:

normas generales de comportamiento público; mantenimiento del orden interno, definición de derechos y obligaciones de sus miembros; reglamentación sobre el acceso a, y a la distribución de, recursos escasos (ejemplo: aguas, tierras, productos del bosque); reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (por ejemplo, herencia, trabajo, productos de cacería, dotes matrimoniales; definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos con otros individuos y los delitos contra la comunidad y el bien pública; sanción a la conducta delictiva de los individuos; manejo, control y solución de conflictos y disputas; definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública. Afirma que esa lista no agota los elementos posibles.<sup>20</sup>

Para algunos, una diferencia fundamental en torno a los dos sistemas jurídicos, es la inexistencia de un “Estado Indígena”, en el sentido político-jurídico, por lo que la salida es el reconocimiento del pluralismo jurídico tratándose de sociedades pluriétnicas y pactando la vigencia común de los derechos fundamentales y la jurisdiccionalidad de su aplicación.

Pero lo anterior tiene que pasar necesariamente, por una reformulación del Estado nacional, dándole un carácter pluriétnico, pues los propios indígenas no proponen tampoco crear otro estado, no existe el reclamo del derecho a la secesión. Es proponer, ni más ni menos, el fin del colonialismo interno, del monismo jurídico y el derecho pleno a la ciudadanía pluricultural.

Esto último, en reflexiones de Boaventura de Sousa, implica que:

La Declaración Universal de 1948, elaborada sin la participación de la mayoría de los pueblos del mundo; en el reconocimiento exclusivo del derecho colectivo a la autodeterminación, el cual, sin embargo, se restringió a los pueblos subyugados por el colonialismo europeo; en la prioridad concedida a los derechos cívicos y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales; en el reconocimiento del derecho de propiedad como primero y durante muchos años, único derecho económico. Pero también hay otro lado en esta cuestión. En todo el mundo millones de personas y millares de ONG han luchado por los derechos humanos, muchas veces corriendo grandes riesgos, en defensa de clases sociales y grupos oprimidos, y en muchos ca-

<sup>19</sup> “Cosmovisión, prácticas jurídicas de los pueblos indios”, en *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios. Memorias de las IV Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, 1994, p. 112.

<sup>20</sup> “Introducción al Derecho Indígena”, en *I Jornadas Lascasianas. Derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, UNAM, año VI, núm. 17, mayo-agosto de 1991, p. 306.



sos victimados por estados capitalistas autoritarios. A menudo los objetivos políticos de tales luchas son explícita o implícitamente anticapitalistas. De forma gradual se fueron desarrollando discursos y prácticas de derechos humanos contrahegemónicas, se fueron proponiendo concepciones no occidentales de derechos humanos, se fueron organizando diálogos interculturales de derechos humanos. En este dominio, la tarea central de la política emancipatoria de nuestro tiempo consiste en transformar la conceptualización y práctica de los derechos humanos de un localismo globalizado en un proyecto cosmopolita”.<sup>21</sup>

Pero, por otra parte, encontramos a las sociedades tradicionales en Norteamérica, en las partes tropicales selváticas y en el cono sur del Continente Americano, caracterizadas por un rasgo común muy importante: la inexistencia total de un Estado. En ellas existe un sistema de orden social, el cual generalmente funciona basándose en principios muy distintos a aquellos que funcionan en el Estado europeo moderno. La vida social se basa en la dinámica de balances y mecanismos, los cuales no permiten los establecimientos de centros de poder bien definidos. El comportamiento depende no tanto de reglas sociales explícitas, sino más bien de la autoresponsabilidad del individuo por su comportamiento adecuado en una cierta situación. No se conoce ni se reconoce una autoridad de la cual emanen las normas legales obligatorias. Los conflictos sociales, cuando los hay, se resuelven por medio de mecanismos de arbitrio, de reconciliación y también por la separación física –transitoria o definitiva– de las partes en conflicto. En general, un conflicto no está definido como un asunto de dos individuos, sino por el contrario, la esencia del asunto es la participación de precisamente la comunidad completa. El fin del conflicto depende mucho de la movilización de una opinión “pública” a favor de una solución tomada, y no de un Poder Ejecutivo.<sup>22</sup>

En los estudios realizados en Guatemala algunos autores proponen también que el derecho consuetudinario indígena constituye un sistema; veamos como se vienen desarrollando. Es conveniente hacer notar que también en el mundo periodístico, se desató una fuerte polémica en torno a la legalidad del derecho indígena, previo a la denominada consulta sobre los derechos de los pueblos indígenas, realizada en 1999.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> *Por una concepción multicultural de los derechos humanos*, México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 1998.

<sup>22</sup> Kuppe, Rene, *Instituciones indígenas*, op. cit., pp. 45-46.

<sup>23</sup> “Tocando el tema que planteamos, pretendemos hacer un análisis Psicosocial sobre los diferentes criterios planteados en los medios de comunicación, escritos por columnistas, juristas y otros que están en favor y en contra de la legalidad del sistema jurídico maya, logrando así evaluar prejuicios que conducen de una o de otra manera a la existencia de un racismo solapado que no permite ver la igualdad de unos a otros, respetando la diversidad étnica y cultural de nuestro país” Araujo S, Jorge Haroldo, *Análisis psicosocial en la prensa escrita sobre la propuesta de la legalidad del sistema jurídico maya*, Tesina presentada para optar la Especialidad sobre Derecho Indígena, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales/USAC e Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 1998, p. 1.

Flavio Rojas Lima, que junto con Julio Hernández Sifontes, son precursores de los estudios de antropología jurídica en Guatemala, dentro de sus últimas publicaciones, refieren que:

en Guatemala se puede hablar, con suficiente base empírica, de la existencia prolongada de un sistema de normas consuetudinarias que encajarían en los distintos campos del moderno derecho occidental. Se trata de un sistema debidamente vertebrado, institucionalizado de la manera como corresponde a un Derecho Consuetudinario, con sus órganos jurisdiccionales peculiares, sus normas sustantivas y adjetivas de conocimiento generalizado e inclusive con los mecanismos punitivos correspondientes.

Y que igual que otras de las expresiones superestructurales en las relaciones interétnicas, tal como estas se producen a lo largo de los periodos colonial y republicano, el Derecho fue utilizado activamente por los sectores dominantes de un lado y por los indígenas del otro.<sup>24</sup>

Hernández Sifontes, hace también, en su tesis de grado en derecho, una interesante observación que va más allá del sentido religioso que se le quiere dar también al derecho indígena:

hay efectivamente normas que se obedecen, pero que no tienen carácter religioso. El trasgresor no se le conmina con ninguna sanción de tipo sagrado o mágico. Son reglas que se obedecen a fuerza de la convivencia con humanos. Satisfacen estrictos intereses personales y se exige reciprocidad. Hay un derecho-ambiente frente a una causa-ambiente y la relación puede advertirse. Malinowski insiste en que debe estudiarse detenidamente la ley obedecida, y no la ley quebrantada. No lo sensacional sino lo cotidiano. Esta ley civil está bien desarrollada y regula varios aspectos de la organización social y muestran una bien definida existencia, fácilmente distinguible de las otras normas morales, religiosas o artísticas.<sup>25</sup>

En investigación in situ, en Santa Catarina Ixtahuacan, Sololá en 1969, se advirtió que la justicia se administra bajo dos sistemas: el institucional reglado, régimen de legalidad vigente y el otro bautizado con el nombre de justicia popular salomónica, recurriendo a los principales indígenas del lugar, al Chuch Cajau, y a personas que en la comunidad ejercen gran ascendencia, a quienes se designa con el nombre de Catat Cachuc (Padre-Madre) o Nima-Cajau.

<sup>24</sup> *El Derecho Consuetudinario en el contexto de la eticidad en Guatemala*, Guatemala, Procuraduría de los Derechos Humanos, 1995, pp. 5 y 6. Dentro de sus primeras incursiones en el tema, tenemos: *El derecho guatemalteco como hecho social*, Tesis de Graduación como Abogado y Notario, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1975.

<sup>25</sup> *Realidad jurídica del indígena guatemalteco*, Tesis para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los Títulos de Abogado y Notario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1965, p. 109.

Son ellos los que en forma muy particular resuelven toda clase de problemas de carácter jurisdiccional o administrativo, resoluciones que se toman de conformidad con la equidad y sus costumbres y no es raro que posteriormente a esa forma de resolverlos, recurran ante la autoridad civil para darles visos de legalidad o inclusive ante la fe publica notarial.<sup>26</sup>

Desde otra perspectiva, dentro de las características sistémicas, en investigaciones realizadas con los Ka`njob`al, en Santa Eulalia, a finales de 1960 y principios de 1970, Huhuetenango, se observó:

En efecto uno de los temas que destaco en este trabajo es la persistencia de un estado de derecho en Santa Eulalia, que podría denominar “dual” o “paralelo”, y surge de un contexto maya tradicional y legal a nivel nacional. Las muestras más claras de lo anterior son la persistencia del concepto tierra como un “regalo de los antepasados” (incrustados en la ideología que rodea la categoría nativa de tierra, la de stx`otx`jichman) y el uso aún vigente del mecanismo de lajtí` (o consenso) para resolver disputas por tierras y alcanzar acuerdos comunitarios o intrafamiliares en Santa Eulalia.

En otra parte dice:

Mi impresión es que mientras la gente continúe hablando sus idiomas vernáculos, estos sistemas tradicionales (con todo lo que implican en términos de cosmología, ética y sociedad) seguirán disponibles como modos alternativos de concebir la tierra, sus cualidades religiosas y espirituales y los significados sociales asociados en las áreas indígenas de Guatemala.<sup>27</sup>

Los elementos señalados, son propios de sociedades agrarias en donde la tierra tiene además de su significado económico, un sentido de vinculación espiritual: la madre tierra. Por otro lado, es significativa la observación en cuanto al papel que juega el idioma, no sólo diríamos como

<sup>26</sup> Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Una comunidad indígena guatemalteca frente a la ignorancia del derecho*, Tesis para optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos de Abogado y Notario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. La tesis fue asesorada por los profesores, German Scheel Aguilar y Jean Loup Herbert, 1970, pp. 83-86. Recientemente en “Doce proposiciones en torno al denominado derecho consuetudinario indígena, una paradoja colonizadora”, *Memorial del Seminario-Taller y Foro Público La Conciliación en la solución de conflictos en la administración de justicia en los pueblos indígenas*, Guatemala, ASIES-Comisión de Fortalecimiento de la Justicia- Universidad Rafael Landívar y Banco Interamericano de Desarrollo, 2 y 3 de julio de 1997, pp. 9-29.

<sup>27</sup> Davis, Shelton Harold, *La tierra de nuestros antepasados. Estudio de la herencia y la tenencia de la tierra en el altiplano de Guatemala*, Guatemala, Centro de Investigaciones Regionales de Mesoamérica, 1997. Tesis doctoral presentada para el Department of Social Relations de la Universidad de Harvard en 1970, pp. VIII-X. El autor cuando hizo su investigación advirtió: “estos sistemas tradicionales experimentaban tensiones enormes como resultado de cambios religiosos y políticos (por ejemplo, nuevas formas de creencias religiosas, introducción de partidos políticos, educación formal y escolaridad, entre otros) que tuvieron lugar en la región de los Cuchumatanes y en todo el altiplano guatemalteco en los años recientes”. Esto lo apunta en la introducción a la edición en español que sirve de referencia a la nota de pie.

medio de comunicación sino en la posibilidad de la expresión de su propia cosmovisión. De esa suerte, desde la perspectiva del derecho oficial, resulta difícil tener una comprensión exacta de lo conceptual del derecho indígena, pues va más allá de la simple traducción que en algunos casos puede no tener conceptos y categorías equivalentes con relación al derecho oficial guatemalteco.

Con relación al apego a la tierra y tradiciones, esto tiene que ver con la estructura agraria minifundista que se vive en la región, en tanto que en los departamentos del altiplano occidental del país: Quiché, Quetzaltenango, Sacatepequez, San Marcos, Huhuetenango, Totonicapán, Chimaltenango y Sololá, que constituyen la región de mayor población indígena del Guatemala, puede presuponerse a partir de investigaciones realizadas, que el indígena tiene una mayor raigambre a su tierra, a su medio, a sus tradiciones, a su cultura.<sup>28</sup>

En el informe denominado *Entre la ley y la costumbre*, coordinado por Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde, para el caso guatemalteco se sostiene en forma particular, que:

Sin abordar este tema de manera exhaustiva, hacemos ver nuestra coincidencia con aquellos autores como Ballón (1989) o Chase-Sardi (1988) que ven en el derecho consuetudinario un verdadero sistema jurídico, aunque en el caso de Guatemala éste se encuentra subordinado al sistema jurídico promulgado por el Estado. Desde el punto de vista del positivismo jurídico, que el derecho basado en la costumbre puede considerarse como un conjunto sistematizado de preceptos normativos, aunque obviamente no se encuentre inscrito ni codificado, y para su elucidación se requiere de la realización de trabajo de investigación de campo. En forma preliminar, sin embargo, que el mismo no es un contraderecho (no es un sistema paralelo que se oponga al sistema legal vigente), y que es evidente que el sistema de normas estatales es utilizado por la población indígena en forma alternativa, sobre todo cuando se ha agotado los recursos internos; los indígenas deben adecuar sus conductas a estas normas cuando el estado interviene en sus comunidades por razones de índole administrativa o militar, o bien cuando imponen sanciones penales en procesos que son de conocimiento de los tribunales correspondientes.<sup>29</sup>

Augusto Willensem Díaz, lo denomina:

Sistema jurídico propio de los pueblos indígenas, el cual es perfectamente armonioso, tiene un orden jurídico articulado dentro de un conglomerado

<sup>28</sup> *Estructura agraria, dinámica de población y desarrollo capitalista en Centroamérica*, Costa Rica, Educa Editorial, 1978, p. 113.

<sup>29</sup> Padilla, Luis Alberto, "La investigación sobre el derecho consuetudinario indígena en Guatemala", *Entre la ley y la costumbre*, México, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 257.

humano organizado y la denominación de consuetudinario que se le ha dado es con intención descalificadora.<sup>30</sup>

Para el equipo de investigadores de la Universidad Católica Rafael Landívar (1998), contiene:

- a) Normas que regulan el comportamiento social y que si se infringen, requieren de sanciones seculares.
- b) Autoridades propias y reconocidas por la propia comunidad, entre las cuales hay responsables de aplicar las sanciones.
- c) Procedimientos jurídicos, cuyos como ponentes son las maneras de formalizar los actos jurídicos y las formas recurrentes de aplicar sanciones.

Tomando en cuentas estos elementos arguyen que:

Se puede afirmar que existe un Sistema Jurídico maya, el cual por ser producto de un proceso histórico, incluye rasgos de los sistemas prehispánicos, colonial y republicano, además ha funcionado paralelamente al Sistema Jurídico Oficial, por la fuerza de la costumbre, por el nexo que existe con los valores de la cultura maya y por las deficiencias institucionales del Sistema Oficial.<sup>31</sup>

El marco teórico de referencia para estimar que el derecho indígena es un sistema, se inspira en Malinowski, en el sentido de que hay sistemas jurídicos en todas las sociedades, y en Seagle, Readcliffe Brown y Redfiel, que sustentan el criterio que se encuentran rasgos y sistemas jurídicos en sociedades que aún carecen de códigos escritos, de autoridades que impartan justicia y de un Estado, en el sentido actual y occidental del término. Siguiendo a estos últimos autores, pero además, a Pospisil y Bohannan, quien es el que trabaja a estos autores, advierten: “deben examinarse cada caso, puesto que la existencia de un orden jurídico no es un asunto de todo o nada sino de grado”.<sup>32</sup>

Estas mismas orientaciones se siguieron en el material educativo del Seminario sobre la Realidad Jurídica y Social de Guatemala, que se realizó en la propia universidad en el segundo semestre de 1998.<sup>33</sup>

Raquel Irigoyen Fajardo, considera que el derecho indígena, es un sistema legal y tiene como funciones:

---

<sup>30</sup> Conferencia impartida en la Especialización en Derecho Indígena, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos, Ciudad de Guatemala, 20 de mayo del 2000.

<sup>31</sup> *El sistema jurídico maya. Una aproximación*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 1998, pp. 91-92.

<sup>32</sup> “Aproximación al sistema jurídico maya. Reflexiones jurídicas”, Folleto, Guatemala, 1999, p. 4 y 5.

<sup>33</sup> Reyes Calderón, José Adolfo y John Schwank Durán, *Derecho maya. Seminario sobre la realidad jurídica y social de Guatemala*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 1999.

- a) Una función normativa o de regulación de la vida social,
- b) Una función de resolución de conflictos, a la que también se le puede llamar función jurisdiccional o de justiciabilidad.
- c) Una función ejecutiva general y de organización del orden particular, y;
- d) Una función interna de funcionamiento. Esto es la capacidad propia de definir cuándo, cómo, quién, donde se pueden cambiar las reglas de validez y legitimidad de lo que el propio sistema, a lo que Hart, dice llamar: “reglas para crear reglas”.

Agrega además que la condición de existencia de un sistema jurídico o derecho que debe tener un grado de eficacia y legitimidad.

Al considerar al derecho indígena como sistema, es porque supone:

la existencia de normas o criterios para la creación de y cambios de las normas mismas, de sus instituciones, y autoridades. Dicho sistema en su conjunto debe estar “garantizado” en el sentido de que las normas deben tener un cierto nivel de eficacia (vigencia efectiva) y legitimidad (aceptación social) en la regulación de la conducta social. Para la perspectiva pluralista, no necesariamente las normas deben ser escritas generales e invariables. Puede tratarse de principios normativos y directrices para la acción concreta. Si bien es necesario que las normas estén garantizadas, la forma depende de cada contexto, cultura y modelo social.<sup>34</sup>

A propósito del modelo social, recordemos el carácter colectivista y/o comunitario indígena que José Carlos Mariátegui apuntó en sus Siete ensayos sobre la realidad peruana, y su vinculación con el socialismo,<sup>35</sup> que permite apreciar la interpretación del fallecido antropólogo mixe (Oaxaca/México) Floriberto Díaz, que más que referirse a expresiones, debe entenderse que se trata de un derecho comunitario, en la medida de su ámbito territorial y su práctica social. Afirmación que es recogida, en ese sentido, por dos distinguidas antropólogas pioneras en México, Carmen Cordero de Durand, quien realiza sus estudios en Oaxaca, que le denomina con base a sus observaciones Ley del pueblo, y Collier, en Chiapas, Justicia Popular.

André Hoekema, cuando aborda la denominación, en búsqueda de una salida frente al desprecio terminológico del derecho indígena, y en su propuesta de lo que denomina el pluralismo jurídico social:

<sup>34</sup> *Justicia y pluralismo legal en Guatemala*, Tesina para optar la Especialidad en Derecho Indígena, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales/USAC e Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, Guatemala, 1998, pp. 3-7.

<sup>35</sup> Lima, Perú, Ediciones Peisa, 1973; “José Carlos Mariátegui: Precursor ante el problema agrario y el problema del indio, en Gómez González Gerardo y José Ordóñez Cifuentes (coords.), *Derecho y poder: La cuestión de la tierra y los pueblos indios*, México, Universidad Autónoma de Chapin-go, 1995. Edición en español e inglés.

se refiere a la coexistencia de dos o más sistemas de derecho en su sentido social lo cual no ha sido reconocido en el derecho oficial (salvo la posibilidad de que jueces tomen en cuenta sentimientos, opiniones, obligaciones sociales derivadas de normas de folk law sin mando formal de parte del derecho estatal), constituyendo una situación que de hecho existe en muchos países.

A lo que apuntamos para el caso, al tenor de nuestro hilo conductor, es que por su naturaleza socio-económica, lo reduce a su concepto clave de “folk law”.<sup>36</sup>

Desde una perspectiva filosófica, Carlos Lenkeersdorf, en sus estudios sobre los mayas/tojolabales, como fruto de su convivencia e identificación, arriba a las siguientes conclusiones entorno al sistema de justicia:

En conclusión y a diferencia de la justicia de la sociedad dominante, la justicia del nosotros no es ni punitiva ni vengativa sino restitutiva y socialmente curativa. No se trata pues, de una justicia consuetudinaria sino de una justicia que va mucho más allá de las costumbres. En cada caso tiene que decidirse las medidas que hay que tomar conforme los lineamientos del nosotros. Por eso, en las comunidades se hacen revisiones periódicas de la tradición del nosotros y, criterios del mismo nosotros, se forman nuevas reglas idóneas y adecuadas para garantizar la equidad nosótrica de los comunitarios de ambos géneros, de las familias y de los familiares. Simultáneamente, se enfoca la temática de la salud social dentro de la comunidad nosótrica. Es decir la justicia curativa entra en acción. En resumidas cuentas, la JUSTICIA DEL NOSOTROS no es ni idealizada ni utópica, sino representa relaciones sociales muy exigentes [...]

Conclusión: Hemos llegado al final de nuestra exposición. La concepción particular de la justicia por los tojolabales confirma el tema presentado. La justicia, pues, no es una sola sino que hay pluralidad. Esta se ha manifestado en nuestro trabajo por sólo dos tipos de justicia, uno de los cuales es muy diferente y, por lo general desconocida en el contexto mexicano, tanto por especialistas cimi por no estudiosos de la materia. La justicia tojolabal y K'anjolal (Guatemala) además, no representa una concepción primitiva y anacrónica sino radicalmente diferente, pero bien fundamentada que, a nuestro juicio, cuestiona la justicia existente y practicada en la sociedad dominante.”<sup>37</sup>

Pero veamos como los pueblos indígenas perciben su propio derecho, frente a las políticas que aspiran a la disolución de las civilizaciones dentro de la civilización occidental, o sea, lo que Robert Jaulin, llama la práctica de una civilización-cementerio:

---

<sup>36</sup> “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en *América indígena*, México, vol. LVIII, núms. 1-2, enero-junio de 1998, pp. 266-269.

<sup>37</sup> “Pluralidad de la justicia. El caso maya”, *Juez. Cuaderno de investigación del Instituto de la Judicatura Federal*, México, vol. I, núm. 2, 2000, pp. 19-34.

de una civilización de la soledad o de la no comunicación humana, cual sucede con los muertos, quienes no sostienen ni relaciones de residencia, ni relaciones de consumo, ni relaciones de producción, ni relaciones amorosas; cuyas relaciones orden y constituyen los problemas “universales” a los cuales toda la vida, en su dimensión naturalmente colectiva, responden para poder ser.<sup>38</sup>

Advertir como los propios pueblos indígenas ven su desarrollo cultural actual, es importante para una construcción dialéctica que por cierto nunca acaba pero permite contestar la pregunta que se va afirmando en ese momento de la historia de Guatemala, como lo propuso en los setenta Jean Loup Herbert: ¿Quién es el ladino? ¿Quién es el “indígena”? que no son según su interpretación, etiquetas culturales, sino seres profundamente sociales e históricos.

Volviendo con Herbert, para los primeros,

sin embargo, hasta la fecha se ha excluido de los histórico, propiamente dicho, lo prehispánico, al considerarlo como un elemento pasivo, dejando lo dinámico al componente español. A estas razones se agrega otra más inmediata y urgente: la necesidad de criticar los prejuicios impuestos por la conciencia colonizadora.<sup>39</sup>

Dentro de las investigaciones realizadas por los propios intelectuales indígenas en Guatemala, tenemos el libro colectivo sobre Derecho indígena, que fue fruto del Seminario Internacional sobre el Sistema Jurídico de los Pueblos Originarios de América, que se orientó a promover el reconocimiento gradual para su cumplimiento en los sistemas estatales. Asimismo, conocer e intercambiar los estudios recientes sobre la evolución de los sistemas jurídicos en las sociedades originarias de América antes del arribo de los europeos y después del choque cultural con el fin de proveer el espacio propicio para hacer un balance del desarrollo en el campo del sistema jurídico.<sup>40</sup>

Para la Coordinación de Organizaciones del Pueblo Maya de Guatemala, Saqbíchil-Copmagua, el sistema de derecho indígena se apoya en:

- a) Una filosofía y base cultural propia, que se refleja en conceptos y categorías que se arraigan en la cosmovisión de los Mayas;
- b) Normas generales, que establecen los elementos centrales que rigen el actuar humano y las relaciones entre la persona y la familia, la

<sup>38</sup> *La des-civilización. Política y práctica del etnocidio*, México, Editorial Nueva Imagen, 1974, p. 14.

<sup>39</sup> Herbert, Jean Loup, “Sociedad precolonial. La sociedad autóctona guatemalteca antes de la colonia”, en *Guatemala: Una interpretación histórico social*, México, Siglo XXI, 1972, pp. 5 y 164. 99 Centro de Estudios de la Cultura maya, *Derecho indígena, sistema jurídico de los pueblos originarios*, Ixmulew, Guatemala, Serviprensa, mayo de 1994.

<sup>40</sup> Centro de Estudios de la Cultura maya, *Derecho indígena, sistema jurídico de los pueblos originarios*, Ixmulew, Guatemala, Serviprensa, mayo de 1994.



persona y la comunidad, y la persona y su hábitat o territorio, y las relaciones entre comunidades;

c) Prácticas cuidadosamente apegadas a los conceptos y filosofía, que se constituye en modelos de actuación de los distintos actores y circunstancias en los que se aplican, articuladas con y fundamentadas en las normas generales;

d) Regulaciones y procedimientos que se derivan de la filosofía y de las normas, y que son aplicadas por el sistema propio de autoridades comunitarias, elegidas con la participación de todos los vecinos;

e) Una instancia de reflexión y reformulación de las normas, constituida por la asamblea comunal y encabezada por las autoridades, que sistemáticamente actualiza las normas y verifica su aplicación con estricto apego a la equidad.

f) Un sistema de autoridades encargadas de aplicar las normas, que se forman en procesos de servicio a la comunidad de carácter jerárquico, en lo que la persona gana experiencia y prestigio a la vez que aprende el contenido y significado de las normas.

En resumen: el derecho indígena está constituido por normas y regulaciones de distintos niveles que delimitan el comportamiento personal y comunitario, pero en realidad lo más importante son los principios rectores del mismo, y el proceso de reflexión que desata, así como el involucramiento personal de quien lo aplica.<sup>41</sup>

Como se advierte, implica el acercamiento a su caracterización y funcionamiento específico.

En la experiencia de la Defensoría Maya de Guatemala, que utiliza la expresión derecho maya, es el conjunto de principios, normas, procedimientos, leyes que regulan la vida social, económica, política, cultural, educativa, jurídica, de salud y otros aspectos de las familias, comunidades y pueblos, identificados como parte del pueblo maya. El derecho maya se concibe como la forma de participar en todos los procesos de desarrollo de vida de la comunidad, la facultad de establecer las formas de comportamiento para solventar problemas o conflictos, criterios de relación interpersonal, interfamiliar e intercomunitaria y que su funcionamiento como sistema jurídico es dinámico y creativo, en el sentido de que las autoridades al solucionar los problemas utiliza la sabiduría y la experiencia que dan como resultado soluciones sabias que satisfacen a las partes en conflicto y que la administración de justicia maya resuelve diversos problemas y en diferentes ramas, no solamente los problemas menores, como califican los abogados o juristas del

---

<sup>41</sup> *Más allá de la costumbre: Cosmos, orden y equilibrio. Resultado de las investigaciones en las regiones Achí, Chuj, K'iche', Mam, Multiétnica Ixcáán, Multiétnica Petén, Q'eq'ch' y Tz'utujil.* La investigación fue posible gracias al apoyo financiero de los Gobiernos de Suecia y Dinamarca, a través de la Misión de Naciones Unidas para Guatemala (MINUGUA), Guatemala, 1999, p. 218.

derecho oficial. Para la Defensoría Maya, el derecho indígena posee elementos suficientes que lo caracterizan como un sistema desarrollado, el cual nace y se fortalece en la cosmovisión indígena para normar y dirigir la convivencia comunitaria de los distintos pueblos indígenas.<sup>42</sup>

Para la Defensoría Maya, los elementos del sistema de justicia maya son:

- a) Flexibilidad, que se encuentra en la metodología o en los pasos para el arreglo de los problemas;
- b) Dinamismo, Este término hace referencia a la intervención de varias autoridades y familiares en la solución de un problema aunque también se escucha a los directamente involucrados; y
- c) Circulación, el derecho maya se aplica a todos los períodos de la vida del ser humano, haya o no conflicto o desajuste en la relación. Se puede considerar un derecho preventivo.<sup>43</sup>

Estos elementos se manifiestan en la expresión y comportamiento del pueblo maya, el cual reconoce que la vida se guía en base a principios y que esos principios son:

- a) Dualidad: “Los contrarios se complementan vida/muerte, el día/noche; b) Procesualidad: “la vida es un camino que hay que recorrer para aprender”; c) Complementariedad: Este principio va unido al principio de dualidad y su principal expresión es la unión del hombre y la mujer; D) Respeto: “dañar al otros es dañarse a uno mismo”; e) Consenso, f) Participación, g) Aporte o contribución: “Por ejemplo, dar un pésame cuando alguien ha muerto no se manifiesta con palabras sino con el acompañamiento a los dolientes, con solidaridad colectiva” y h) escucha: “Este principio se fundamenta en el sentido de que no todo esta terminado, por el contrario la escucha permite llegar a conclusiones consensuadas y reflexionadas en grupo, es decir, se actúa entonces desde un verdadero criterio reconstruido, porque la escucha permite obtener más información sobre lo que se va a discutir; permite hacer consultas internas al grupo, en la casa o en la comunidad”.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> 101 Véase *SUK'B'ANIK. Administración de justicia maya. Experiencia de la defensoría maya y RI QETMBÁL CHE RI SUK'B'ANIK. Experiencia de aplicación y administración de justicia indígena*, Guatemala, Serviprensa, 1999. La Defensoría Maya fue creada el 8 Noj (19 de octubre de 1993).

<sup>43</sup> La Defensoría Maya ha venido estudiando los procesos de justicia que tradicionalmente se han manifestado en las comunidades indígenas. Estos principios fueron trabajados en las experiencias de sensibilización de la defensoría. Véase Ela Tatine'. *Construyendo el pluralismo jurídico*, Alb' Isuchl, Guatemala, 2001.

<sup>44</sup> *Nociones del derecho maya*, Guatemala, Defensoría Maya Guatemala. Material educativo maya, apoyado por ACDI-Peace Building Co-Development- Canadá.

A propósito de esa filosofía que se plantea, acudiendo al Pop Vuh, y del personaje denominado Siete Vergüenzas, para algunos conforma un conjunto de antivalores, de acciones socialmente rechazadas, trasgresoras de las normas establecidas que rompe con el equilibrio y la armonía (soberbia, ambición, codicia, orgullo, ira, crimen e ignorancia) sugiriendo una posible incursión comparativa del Padre Ximénez, que traería a colación los Siete Pecados Capitales, como indica Adrián Inés Chávez,<sup>45</sup> en su versión del libro sagrado. Estas vergüenzas también se combinan con la grandeza, jactancia, usurpación, vanidad y engaño.

Para quienes rescatan la idea expuesta (forma de pensar y razonar, de hablar o expresarse y de conducirse o comportarse de siete vergüenzas) lo que envuelve al personaje, son acciones que derivan de una actitud individual, la cual no es aceptable, es reprochable, son acciones no lícitas de realizarse, pero al afectar a una colectividad también ofenden al Creador y a sus manifestaciones, en la medida, sostienen, que al desafiar al Creador, mediante su comportamiento se torna intolerable ante sus ojos y se torna necesario reestablecer el equilibrio y la armonía inicial, el cual le es encargado al cerbatanero Shbalaké (manifestación del Creador) que derrota a Siete Vergüenzas.<sup>46</sup>

En el informe Alcaldes comunales de Totonicapán, se consideró que pese a los efectos de la transculturización, Totonicapán ha mantenido sus valores culturales, su forma de vida y su organización social, con énfasis en la forma de nombrar o elegir a sus autoridades y en la delegación de poder, de generación en generación. También se han apropiado de instituciones jurídicas estatales para beneficio común y que la autoridad indígena se sigue caracterizando en su elección, por el consenso comunal y anteriormente con apego a los dones espirituales (día de nacimiento en el calendario maya y preparación para ser funcionario) que se ha transformando con el transcurrir del tiempo, convirtiéndose en una sana competencia en la que el valor del servicio comunal legitima la autoridad, convirtiéndose últimamente en una instancia en la cual tiene acceso: quienes mejor sirven, quienes tienen liderazgo y quienes hacen la carrera voluntaria o nombrada (iniciando desde el papel más bajo hasta el más alto).

Las autoridades indígenas mantienen un sistema estructurado de normas, denominadas consignas, que se transmiten de generación en generación oralmente.

---

<sup>45</sup> Iniciador y fundador de la Academia de la Lengua Maya Kiché. Las XI Jornadas Lascasianas Internacionales que trataron el “Derecho a la lengua de los Pueblos Indígenas” celebradas en la Ciudad de Totonicapán, Guatemala del 10 al 12 de octubre, signaron la Declaración de Totonicapán, sobre el Derecho de los Pueblos a la Lengua, que lleva su nombre.

<sup>46</sup> Coy Tení, Juan Francisco, Pop Ac, Amilcar, Baquix, Modesto, García, María Salomé y Pacay Fredmann, *Razonamientos y conceptualizaciones jusfilosóficas y socioantropológicas que constituyen el derecho indígena*, Guatemala, Tesina de Especialización sobre Derecho Indígena, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM y Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC, abril del 2000, pp. 6 y ss.

Las consignas sirven de base para quienes cumplen funciones anualmente, estructuradas así:

- a) Sobre bienestar y servicios comunales,
- b) Educación,
- c) Organización,
- d) Representación,
- e) Política y fiscalización,
- g) Administración comunal y de justicia,
- h) Coordinación y
- i) Comunicación.

Las consignas, “se basan en valores o sean ideas fundamentales o principios que orientan o dirigen la vida del pueblo. Son el fundamento de las concepciones del mundo, hombre y vida del pueblo indígena”.<sup>47</sup>

Resultando de esa manera que para atender correctamente la práctica del derecho indígena descrito y su vinculación con el derecho institucional reglado, resulta importante:

El estudio de relaciones interétnicas y de clase en sociedades en donde se tejen y entretejen ropajes identitarios diferenciados y en relación asimétrica permite observar no sólo los diferentes encuentros y desencuentros sociales entre étnicas y clases sociales, sino también procesos históricos de larga duración como el proyecto de Estado/Nación.<sup>48</sup>

El Pueblo Kaqchikel de Sololá, en su trabajo sobre Autoridad y gobierno,<sup>49</sup> afirma que el derecho maya se sigue practicando en el Municipio de Sololá, tratando de darle forma nuevamente (dado el impacto de la violencia sufrida en los años de la contrainsurgencia) y se mantiene la estructura de autoridad indígena, con otra modalidad que no corresponde exactamente a la estructura original de autoridad Maya, pero su esencia se mantiene: consulta de decisiones colectivas, selección de autoridades en base a cualidades y otros elementos que fortalecen las acciones y participación directa de las comunidades. La existencia del derecho maya y la estructura de la autoridad indígena contribuye a generar iniciativas y esperanza de volver a la armonía y respeto profundo por los valores del pensamiento y cosmovisión de su pueblo

---

<sup>47</sup> Tzaquitza, Efraín, Pedro Ixchú, Romeo Tíu con la colaboración de Alcaldes Auxiliares de Totonicapán, *Alcaldes comunales de Chwimiq'ina'*, Guatemala, Serpiprensa, 2000. El informe fue posible gracias a la colaboración de la Unión Europea y la Secretaría de Coordinación Ejecutiva de la Presidencia de la República.

<sup>48</sup> Ordóñez Mazariegos, Carlos Salvador, *Relaciones interétnicas y de clase en San Miguel Totonicapán/Chuimekena. Un pueblo de los altos de Guatemala a finales de milenio*, Tesis doctoral en Antropología Social, Facultad de Filosofía y letras, UNAM, 2003, p. 192.

<sup>49</sup> Guatemala, Editorial Cholsamaj, 1998. Con apoyo de la Agencia Financiera Diakonia de Suecia.

y advierten que la consolidación del sistema jurídico maya y su aplicación sistemática, permitirá la pluralidad de la justicia jurídica de Guatemala.

Frente a la problemática de la lucha post armada en Guatemala, resultan importantes los modelos de la nueva organización social indígena, en lo que se ha denominado cosmovisión ciudadana, que es una rica experiencia de un pueblo atormentado en Guatemala: Santiago Atitlán, (Departamento de Sololá) que resulta un libro testimonio apasionante para entender como lo indica sus editores “para entender mejor las experiencias de descentralización, poder local y conflictos municipales, luego de que en 1996 se firmaran los Acuerdos de Paz en Guatemala”.<sup>50</sup>

Dentro de la problemática de la guerra, es menester recordar también las experiencias de las Comunidades de Población en Resistencia que fueron asentamientos constituidos por población civil, en su mayoría campesinos indígenas y también ladinos pobres que surgieron como consecuencia de la ofensiva generalizada del ejército de Guatemala a finales de 1981 y principios de 1982, que se caracterizaron por la saña y el nivel de brutalidad con que los soldados y oficiales actuaban según el testimonio de las propias víctimas.

Lo valioso de la experiencia, es su sistema de organización que les permitió sobrevivir cohesionadamente como grupo social perseguido en donde las formas de organización comunitaria y el trabajo colectivo fueron parte fundamental para lograr su supervivencia.<sup>51</sup>

En la parte conclusiva del trabajo, refieren:

Crearon y practicaron el uso de “normativas” en la resolución de conflictos, acerca de los cuales podemos hacer las siguientes observaciones:

- 1) Son una fuerza que regula la conducta del grupo donde prevalece la seguridad y el bienestar colectivo.
- 2) Responden a las necesidades concretas de la población y al practicarse mantienen su vigencia.
- 3) La obligatoriedad se la impone la decisión de la mayoría.
- 4) Refleja el sentido de dicha mayoría aún en la diversidad de concepciones.
- 5) Su fuerza nace del interior de las comunidades y no de sectores en instancias ajenas a las CPRs.
- 6) En caso de conflictos no previstos, quienes los resuelven son las autoridades que a diferentes niveles reconocen como Comités Locales, CPI, etc.

<sup>50</sup> Macleod, Morna, Santiago Atitlán, *Omblijo del universo Tz'uutujil. Cosmovisión y ciudadanía*, Guatemala, Cholsamaj, 2000. Proyecto apoyado por Oxfam Gran Bretaña y Oxfam, Australia.

<sup>51</sup> La descripción de la experiencia fue posible gracias a Herrera Villatoro et. al., *Las comunidades de población en resistencia CPR del Ixcán Guatemalteco: una forma inédita de organización para la vida*, Tesina presentada en el Diplomado Etnicidad, Etnodesarrollo y Derechos Humanos, San Cristóbal de las Casas, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Centro de Investigaciones sobre Mesoamérica y el Estado de Chiapas, agosto de 1997.

En la investigación realizada por Herrera Villatoro y compañeros, se narran circunstancias patéticas como estas, sólo para citar dos ejemplos:

Ocurrieron cambios también en la naturaleza de los animales y cultivos. Así el maíz que no producía, más que en una época del año, logró adaptarse a ser sembrado en diferentes meses. Otro testimonio explica: Hasta los animales y el maíz han desarrollado esa capacidad. Hay gallinas que ya no cantan porque se acostumbraron a la guerra y ya saben que si cantan, mueren. Antes a los gallos les pasaban un alambre por el pescuezo para que no cantaran, ahorita hay gallos que no saben cantar. Hasta la naturaleza se ha acostumbrado a la guerra, sabe sobrevivir a la guerra.

Si una pareja quería casarse por las leyes de la CPRs, debía tener primero seis meses de noviazgo, después se redujo a tres por acuerdo de la Asamblea. Se realizaban las bodas frente a toda la comunidad y era el CPI quienes declaraban a los novios: compañero y compañera. Se bebía arroz con leche y si se podía se comía pan para celebrar el acontecimiento. Pero era organizado tomando como base la seguridad de la población, así es que la fiesta empezaba a las 20 horas y puntualmente terminaba a las 24 hrs.<sup>52</sup>

La Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya, Oxlajuj Ajpop, plantea que el derecho maya surge y se sustenta en cuatro fuentes fundamentales:

1. La naturaleza;
2. El cosmos;
3. La divinidad, y
4. La humanidad.

Que de estas fuentes se cimientan también los principios y valores filosóficos, étnico-morales y espirituales que los mayas practican en la vida y que les permite preservar la armonía en la comunidad y con el entorno en general. Que las cuatro fuentes de Pixab (derecho maya), arriba citadas, son entidades en la filosofía maya k'iche, como cuatro diferentes niveles o escalas de vida. Cuatro realidades existenciales. De allí que la cuatriedad, sumada a la dualidad, el treceísmo y la veintena, sean los principios básicos que sustenta la cultura maya, en la cual la ciencia no está desligada de la religión y la cultura en general.

En la portada del libro, representa a la naturaleza, por la selva y el río.

Representa el cosmos, por las constelaciones, estrellas y el espacio infinito.

Ve la divinidad reflejada a través de los veinte anuales en su representación figurada (los veinte animalitos), cada cual relacionado de manera

---

<sup>52</sup> Lo valioso de la tesina es que la información fue recogida in-situ y se apoyo en información dada por las propias víctimas además del material hemerográfico y documental. Pp. 234 y 29.

directa, con los veinte días del calendario maya, siendo éstas: Bätz',E, Aj, I'x, Tzikin, Ajmaq, No'j, Tijax, Kawoq, Appu, Ixmox, Oq', Aqáb'l, K+at, Kan, Keme, Kej, Q+anil, Toj, Tz'í+. El mono significa Bätz': el maguey se refiere al E; el cañaveral es el aj; el tigre o jaguar el I'x, el ave es el Tzikin; el tecolote, el ajmaq, el cerebro el, el no'j; las piedras, el tixax: las rocas, el kawoq; la flor, el ajp+u; el cocodrilo y el agua, el imox; el aire, el iq', la pirámide, el aq'abal; la iguana o lagartija. El kát, la serpiente, el kan; el esqueleto, el keme; el venado, kej, el conejo, qánil; el fuego, el toj; y el lobo el anual tx'í'.

Encuentra en la humanidad, representada por la pareja de personas. Es el entorno completo. Es la fuente integral de vida, y la manifestación y reflejo integral de la misma vida.<sup>53</sup>

El pixab' o derecho maya es un código de comportamiento, un conjunto de principios, normas enseñanzas, consejos y valores espirituales, morales y éticos con función educativa, formativa, preventiva, orientadora y correctiva en la vida, transmitida de generación en generación en las comunidades de lo que denominan la nación maya k'iche'. Mediante la tradición oral se inicia en el hogar, en la familia, en la relación entre padres e hijos, entre abuelos y nietos, entre maestros y alumnos. El ejemplo y testimonio de vida que es la base fundamental del pixab, pues es la experiencia y la práctica lo que otorgan credibilidad y solvencia moral a quienes transmiten las enseñanzas. El pixab' tiene como finalidad orientar al individuo respecto a todo lo correcto y lo incorrecto, lo bueno y lo malo, lo positivo y lo negativo, lo constructivo y lo destructivo en las formas de vida individual y colectiva.

Para el caso de los indígenas refugiados en México, resulta un documento interesante el Reglamento Interno de las Autoridades del Campamento el Porvenir, en el estado de Chiapas, México, de septiembre de 1996, con la participación de ACNUR/México, y se le dio una amplia participación en su elaboración a las mujeres del campamento, organizadas en una Casa de la Mujer y se considera entre los principales problemas detectados en el campamento: evitar el machismo.

La Fundación Menchú, en ponencia celebrada en las IV Jornadas Lascasianas celebradas en México, como resultado de sus investigaciones de campo, en torno a la cosmovisión y prácticas jurídicas indígenas, estableció que para el mundo indígena:

1. El derecho se refiere a algo que le pertenece, que sale de su cultura, de sus costumbres. De esa manera cuando alguien está cumpliendo con las normas del derecho indígena, se dice que está entendiendo y poniendo en práctica el derecho.
2. Que en una cultura comunitaria, cuya raíz es la vida colectiva, el derecho individual es una excepción.

<sup>53</sup> Uxe'al Pixab'Re Kiche', *Fuentes y fundamentos del derecho de la nación maya k'iche.*, Guatemala,, Serviprensa, 2001. Publicación financiada por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

3. La definición misma de derecho lleva implícita la idea de consenso, del acuerdo y del respeto por las normas establecidas por las comunidades. Desde este punto de vista, es evidente que, mientras la cosmovisión de los mestizos, marcada por la preeminencia del individuo sobre el grupo, requiere de una normatividad que orienta la búsqueda del bien común, en el caso de los pueblos indígenas esta visión está en la raíz de su concepción del derecho, lo que resulta extraño a la mentalidad ladina.
4. La base fundamental de esta idea del derecho se establece con el concepto de equilibrio. Porque la comunidad es un todo social que se autorregula: Allí están las faltas, pero también está la madurez y la sabiduría para restablecer el equilibrio.
5. La aceptación de la diversidad como una característica fundamental de la naturaleza y de la sociedad, ha permitido que las culturas indígenas puedan compaginar esta concepción del derecho con la mestiza. Sin embargo, han sido duras las condiciones aplicadas a la sociedad indígena durante su historia como cultura subalterna –desde el genocidio hasta la violación reiterada de todos sus derechos– lo que ha permitido que, combinando su criterio de diversidad de la naturaleza con el proceso de resistencia que le ha permitido sobrevivir dan por resultado una posición en la que las comunidades indígenas han combinado ambas concepciones, sin que se genere confusión, con respecto a ellas, y sin que se pueda decir, propiamente que se han generado prácticas marcadas con el sincretismo cultural.
6. Así frente a esta definición pragmática, los pueblos indígenas se han visto en la necesidad de entender los dos códigos culturales, las dos visiones del derecho, y aplicarlas de acuerdo al caso, entendiendo que su eficacia es lo que cuenta. Entendiendo, en la práctica del derecho ladino, un espacio que le permite sobrevivir y lograr sus objetivos.
7. Este entrelazamiento, para la Fundación Menchú, de las prácticas indígenas y ladinas del derecho ha sido el resultado de un largo aprendizaje, acumulado por siglos de tradición oral, en los que de una generación a la siguiente se ha consumado la apropiación de los mecanismos de funcionamiento del sistema jurídico propio y el externo a la comunidad.<sup>54</sup>

En las propuestas de Reformas Constitucionales, que lamentablemente no prosperaron, desde la perspectiva indígena se planteó:

---

<sup>54</sup> Fundación Vicente Menchú, “Cosmovisión y prácticas jurídicas indígenas”, en Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coord.), *IV Jornadas Lascasianas. Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indígenas*, México, UNAM, 1994, pp. 67-72.



El Estado reconoce el derecho consuetudinario indígena, entendido como las normas, principios, valores, procedimientos, tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas para la regulación de su convivencia interna; así como la validez de sus decisiones, siempre que la sujeción al mismo sea voluntaria y que no se violen derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, los tratados y convenios internacionales, en materia de derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala, ni se afecten intereses de terceros.<sup>55</sup>

Estas consideraciones que deviene de lo que podríamos denominar la “visión interior” de los pueblos indígenas, sobre su propio derecho y no el derecho impuesto del Estado nacional, implica que su existencia es fundamental para el mantenimiento de su autonomía como pueblos. En el diplomado para dirigentes comunitarios indígenas que impartí en la Universidad de San Carlos de Guatemala, se apuntó:

Uno de los aportes más importantes obtenidos de las entrevistas es el que se refiere a comparar el Derecho Maya con un ave, a la cual no se le pueden cortar las alas, mucho menos su libertad.<sup>56</sup>

Ahora bien, el sistema jurídico indígena para el caso de Mesoamérica (México, Guatemala, Honduras, Belice y el Salvador) convive con administraciones de justicia en crisis, como lo reconoció en Guatemala, el Informe y recomendaciones sobre reformas constitucionales referidas a la administración de justicia. Comisión de Fortalecimiento de la Justicia de Guatemala, informes que serían de gran utilidad en todos los países de América Latina. En este informe, se señaló que la principal causa de violación al debido proceso en Guatemala, se debe a la inobservancia del derecho, al uso del propio idioma en la justicia como lo marcan los artículos 20, 90, 91, 141, 142 y 143 del Código Procesal Penal, vigente desde 1992, así como varios pactos internacionales ratificados por el Estado de Guatemala.<sup>57</sup> Lo mismo sucede en el resto de países, pero no se ha tenido el valor de reconocerlo.

En México, lamentablemente no existe un trabajo de esa magnitud, sino más bien ensayos académicos que de alguna manera tratan el asunto, y me

<sup>55</sup> En torno al debate sobre la constitucionalidad del derecho indígena, se argumento a favor: “Mienten al argumentar que legalizar los derechos indígenas nos llevará a una guerra étnica. Faltan a la verdad quienes sostienen que las reformas constitucionales provocarán la desmembración del estado [...] Es falso que reconocer derechos específicos a los indígenas contraviene el principio de igualdad ante la ley [...] Reconocer la diversidad del país en la Constitución es legitimarla no conculcarla”. Ferrigno, Víctor, “El petate del muerto”, *Cabildo Abierto*, Prensa Libre, Guatemala, 1 de mayo de 1999.

<sup>56</sup> Xiloj Herrea Anavella, Chojolán, Ángel Francisco, Calí Cuxil, Alberta, Acabal Gómez, Hidelbrando y Guorón, Macabeo, *Análisis del Proyecto de Estatutos Jurídicos de los Pueblos Indígenas de Guatemala. Reflexiones y aportes para el debate*, Diplomado de Comunitarios Indígenas en Derecho de los Pueblos Indígenas en torno a sus Derechos, Guatemala, III/UNAM y Facultad de Derecho/USAC, julio del 2000, p. 13.

<sup>57</sup> *Plan de modernización del organismo judicial*, Guatemala, 1997, p. 24.

parece como trabajo pionero, la investigación que realizo hace algún tiempo (en los ochenta) el sociólogo alemán del derecho Volkmar Gessner,<sup>58</sup> miembro del Comité Internacional de Sociología Jurídica, a la cual me honro en pertenecer.

Sobre la problemática de la administración de justicia penal, recientemente con el apoyo del Consejo de Investigaciones para el Desarrollo de Centroamérica, presente un trabajo.<sup>59</sup>

Para concluir este apartado, someto a consideración mis argumentos:

Primer argumento: El sistema jurídico indígena, es un elemento socio político de la resistencia indígena para preservar su identidad étnica y constituye una respuesta frente a la dominación colonial y particularmente de las políticas integracionistas del indigenismo continental, que en Guatemala, fueron puestas en práctica por la antropología cultural norteamericana.<sup>60</sup>

Modernamente, la más violenta de las acciones del etnocidio jurídico, es decir, la destrucción cultural del derecho indígena y sus sistemas de cargos y/o autoridad, fueron registradas durante la vigencia de las dictaduras militares en Guatemala.

El fenómeno de los linchamientos, es ajeno a la práctica jurídica del derecho indígena, resultando una intromisión dado el proceso de descomposición social vivido en las comunidades indígenas a partir de la lucha armada, particularmente de las acciones del ejército vía las patrullas de autodefensa civil.

Por medio del derecho indígena, se han conservado y consolidado los valores ancestrales que potencialmente les ha permitido garantizar su sobrevivencia y se articula como lo indica Salvador Cazzato Dávila, para su país, que es válido para Guatemala y México:

los valores específicos contenidos en cada saber o acción perpetrada por el indio, los cuales requieren de una organización funcional de ciertas normas y principios culturales hasta hoy considerados intocables (sagrados) por innumerables grupos étnicos en Venezuela.

Manuel García Elgueta, en la descripción geográfica del Departamento de Totonicapán, Guatemala, Capítulo III, hace importantes referencias a las prácticas jurídicas indígenas quichés, el Capítulo VI, a los aspectos morales que se transmitían vía los Consejos de las madres y los padres a los hijos a lo

---

<sup>58</sup> *Los conflictos sociales en la administración de justicia*, México, UNAM, 1984. Entre las propuestas metodológicas encaminadas a las “investigaciones sobre los operadores del derecho” son pioneras las propuestas de Treves, Renato, *Introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Tauro Ediciones, 1978, pp. 174 y ss.

<sup>59</sup> *Justicia y pueblos indígenas. Crítica desde la antropología jurídica*, Guatemala, Magna Terra Editores, 1997.

<sup>60</sup> Véase mi ensayo “Etnocidio antropológico: la versión de la antropología cultural norteamericana sobre los indios en Guatemala”, op. cit., pp. 127-168.

que consideró “hay una parte interesantísima que puede considerarse como un compendio de alta moral y tierna y urbanidad”, y remata:

Pero todo aquel buen código de sencilla moral y urbanidad, aquellas instituciones de su derecho administrativo y penal, aquellas patriarcales y excelentes costumbres, todo fue destruido por la caridad evangélica de los conquistadores.

Para el caso particular de Guatemala, la contrainsurgencia encamina sus acciones en forma violenta, atacando a los operadores del derecho indígena, como lo han demostrado los informes de los estudios realizados por Comagua/Minugua, la Defensoría Maya y los trabajos publicados por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y el equipo de antropólogos forenses que trabajaron en las zonas de conflicto, entre otros. Lo anterior, referido a la amenaza de disolución permanente de su identidad, a la extinción en muchos casos, o a la contracción en otros, y a los riesgos que enfrentan todos los días las personas y los grupos indígenas cuando se trata de consolidar su continuidad y reproducción como pueblos con historias específicas, con marcas legítimas de diferenciación y con formas de ser realizadas desde el ejercicio de su voluntad política. En este supuesto, se parte de la idea que los indígenas son colectivos étnicos culturalmente atrasados respecto a la sociedad nacional y se considera que las ayudas que se les puede proporcionar deben estimular la incorporación de sus personas a la cultura urbana y borrar su estilo peculiar: formas de vida, modos de vestir, lengua, identidad y conciencia política nacional. Todo cuanto no se ajusta a estas expectativas se asume como fuente de problemas políticos carentes de sentido cuando, desde la perspectiva de la cultura nacional, se piensa que el estado ofrece a los indígenas la oportunidad de alcanzar un progreso que siendo indígenas no podrán conseguir por ellos mismos.

Esto demuestra, por otro lado, la falsedad, del mito del indio pasivo, “la pacificación de los indios rebelde ha tenido que hacerse una y otra vez y todavía no se ha consumado”.

Este argumento, se encamina a considerar lo que Guillermo Bonfil Batalla señaló expresamente:

Un pueblo colonizado posee una cultura diferente de la que posee la sociedad colonizadora. El proceso colonial la habrá mutilado, constreñido, modificado; pero no la habrá hecho desaparecer (si lo hubiere hecho, no habría más pueblo colonizado). La cultura autónoma que conserva representa la continuidad histórica (no la permanencia estática siempre fiel a su espejo mismo) de una cultura diferente, en torno a la cual se organiza un proyecto civilizatorio alternativo para el pueblo colonizado: proyecto de resistencia que se transformará en proyecto de liberación. Los elementos culturales que disputa son los que han sido enajenados o aquellos de los que necesita apropiarse para hacer viable su proyecto de resistencia/liberación.

Pero, naturalmente que hay de mito a mito, y el otro puede ser:

la negación de la cultura propia sería la manifestación subordinada a poderes externos de economía y política. Desde este punto de vista la cultura estaría en la sucesión de las figuras pasivas, imágenes del mundo o cosmovisiones que se asumen como imposturas en el curso de la historia. En ese sentido la cultura Mixe tiene que afirmar su propia naturaleza dando nueva forma a sus pautas particulares que históricamente han perdido actualidad en el México contemporáneo. El proceso de aculturación dirigido a la homogeneidad de la cultura nacional, como exterminio de culturas originales y como punto de partida para el progreso, por fortuna se ha venido desvaneciendo como mito antropológico.

Esto, referido a México, es válido como observación para el mundo indígena.

Pero lo cierto es lo que se anota en la presentación del libro citado de Münch, por Guillermo Goussen: “La desgracia de ser etnia dominada en un país que entró a la modernidad con los ases de la miseria ocultos en la manga”.

Segundo argumento: Tiene una construcción epistemológica propia, es decir, los pueblos indígenas, como se ha advertido, tiene su propia “concepción del mundo”, no son pueblos primitivos, pueblos sin historia, y menos en términos absolutamente acientíficos sin cultura. En tanto que la cultura es también una visión del mundo interiorizada colectivamente, una “premisa teórica implícita” de toda actividad social.

La cultura entendida así, en sentido gramsciano, posee una eficacia integradora y unificante:

la cultura, en sus distintos grados, unifica una mayor o menor cantidad de individuos en estratos numerosos, en contacto más o menos expresivos, que se comprenden en diversos grados, etcétera.

Puede decirse, sin forzar la visión Gramsciana, apunta Jiménez Montiel, que por esta vía la cultura determina la identidad colectiva de los actores histórico-sociales:

De ellos se deduce la importancia que tiene el momento cultural incluso la actividad práctica (colectiva): cada acto histórico sólo puede ser cumplido por el “hombre colectivo”. Esto supone el logro de una unidad “cultural social”, por la cual una multiplicidad de voluntades disgregadas, con heterogeneidad de fines, se sueldan con vistas a un mismo fin, sobre la base de una misma y común concepción del mundo (general y particular, transitoriamente operante —por vía emocional— o permanente, cuya base intelectual están arraigadas, asimilada y vivida, que puede convertirse en pasión”.

A lo que agrega Giménez,

Además no debe olvidarse que para Gramsci las ideologías organizan a las masas humanas, forman el terreno en medio del cual se mueven los hombres, adquieren conciencia de su posición, luchan, etcétera.

Y que

Quizás pueda concluirse entonces que para Gramsci el orden de la ideología y de la cultura engloba el conjunto de los significados socialmente codificados que, cuanto tales, constituyen un aspecto analítico de lo social que atraviesa, permea y confiere sentido a la totalidad de las prácticas sociales.

Naturalmente que no aceptar la existencia de un sistema jurídico indígena y que el mismo tenga que operar paradójicamente en forma clandestina, forma parte de la negación de las culturas subordinadas en la búsqueda incesante de su destrucción hasta las formas más sutiles como son las acciones realizadas en Guatemala después de los Acuerdos de Paz, los denominados Tribunales Comunitarios.

La historia de las culturas indias ha sido la de su persecución.

La legalización del derecho indígena forma parte de la lucha a favor de la cultura y la determinación de los programas de la cultura nacional pluricultural y pluriétnica y la cultura universal.

Este argumento, apunta a considerar que el derecho de los pueblos indígenas, forma parte de su cosmovisión del mundo o sea de su cultura, como lo hemos demostrado durante el transcurso del presente ensayo y ha de romper con la concepción eurocéntrica o más bien, latinocéntrica en Mesoamérica, que representa una visión elitista, restrictiva, discriminatoria y etnocida, contraria a los criterios sustentados por la antropología moderna, que reconoce que todos los pueblos sin excepción, son portadores de cultura y deben considerarse como adultos.

Lévy Strauss ha señalado que carece de fundamento la “ilusión arcaica” que postula en la historia una “infancia de la humanidad”.

También es significativo tener en cuenta que la “concepción total” de la cultura iniciada en el tercer cuarto del Siglo XIX por Tylor, en su obra *Primitive Culture*, que definió la cultura como “el conjunto complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho. La costumbre, y cualquier otra capacidad o hábito adquiridos por el hombre en cuanto a miembro de la sociedad”.

En la teoría sociológica, no obstante el despunte de la antropología, durante el Siglo XIX,

la respuesta de como estudiar el no-occidente fue doble. Por un lado, se establecieron disciplinas especiales para estudiar el no-occidente: la antropología para estudiar los llamados pueblos primitivos, y los estudios orientales para investigar las llamadas grandes civilizaciones (China, India, el mundo árabe, etc.). Adicionalmente, sin embargo, los científicos sociales, principalmente sociólogos, crearon conceptos que definían la diferencia

esencial entre el Occidente y los otros en términos de una serie de antinomias: estatuto y contrato (Maine), sociedad militar e industrial (Spencer), solidaridad mecánica y orgánica (Durkeim), legitimación tradicional y racional-legal (Weber), los patrones variables de Parnsons”.

Para concluir este apartado, coincido con Francisco Palacios Romeo, que entre las fuentes de los conflictos en el mundo colonial y aquí en el colonialismo interno, es la diferencia en creencias y valores fundamentales. Los de la civilización occidental difieren radicalmente de la de los otros (el individualismo, liberalismo, constitucionalismo, derechos humanos, igualdad, libertad, imperio de la ley, democracia, mercados libres y separación de Iglesia y Estado. En el sentido de estas ideas, afirma Palacios, habrá que valorar el ideal de occidente de una “civilización universal”. Las diferencias se manifestarían al máximo en los esfuerzos de Estados Unidos y demás potencias occidentales por inducir a otros pueblos a adoptar ideas occidentales respecto a la democracia y los derechos humanos.

Tercer argumento: En el Simposio Indolatinoamericano sobre derecho indígena, organizado por los Servicios del Pueblo Mixe, Oaxaca, México, en 1995, se planteó que los sistemas jurídicos indígenas, poseen los elementos necesarios, así:

a) Ámbito espacial de validez. Todo conjunto normativo tiene existencia y validez en un ámbito territorial. Su reconocimiento incluye la totalidad de la comunidad de cada pueblo indígena en que se aplica y en un determinado territorio.

b) Ámbito material de validez. Su reconocimiento se hace en las diversas materias que regula. Transgresiones de orden público o privadas, según se afecte a la comunidad como un todo o a miembros de ésta; sea de naturaleza penal, civil, administrativa, agraria, etcétera.

c) Ámbito personal de validez. Que incluye como sujetos de estos sistemas normativos a todas las personas cuyos actos jurídicos sean realizados dentro del ámbito especial reconocido para la vigencia jurídica.

Cabe agregar, a la propuesta, que existen otros ámbitos, que van más allá de la juridicidad del occidente de donde son retomados, en efecto, la teoría general del derecho, plantea que las normas generales tienen tres funciones a cumplir:

1. Determinar los agentes encargados de la aplicación de las normas,
2. Determinar los procedimientos a que deben someterse, y
3. Determinar los actos judiciales o administrativos de tales agentes jurídicos, ya que crean normas individuales al aplicar a casos concretos normas generales.

Las normas singulares se crean de acuerdo con ciertos procedimientos que se encuentran determinados en las propias leyes, códigos o reglamentos

y además sólo son validas para un lugar, tiempo, materia y persona de dichas normas.

Estos denominados ámbitos de validez, sólo puede ser apreciados verdaderamente, si la producción y prácticas jurídicas son eficaces y legítimas, que implican una investigación empírica.

La particularidad del derecho indígena es que conlleva también una visión étnico-cultural y también acorde a su realidad socio-económica, se trata de sociedades imbuidas de un sentimiento comunitario, algunos la calificaran de precapitalista atendiendo al esquema del desarrollo económico dominante. De esa suerte que debe estudiarse esa particularidad.

## LA HUELLA DEL MIEDO EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.

ITINERARIOS DE HOBBS Y Kelsen<sup>1</sup>LAURA CRISTINA PRIETO<sup>2</sup>

**Resumen:** En este trabajo, la autora partiendo de la idea del miedo como un objeto deconstruible para una aproximación a la filosofía, señala que dicho concepto ha sido utilizado tanto por Hobbes como por Kelsen para desarrollar su pensamiento. En este contexto, señala que Hobbes, al plantear el surgimiento del Estado mediante un acuerdo con el Soberano, lo hace en la idea de un pacto concertado a través del miedo a la muerte del Rey, pacto que se concreta en la obediencia civil, donde el castigo es fundamental. Por su parte, Kelsen, afirma que la comunicación jurídica se da a partir del principio de la represalia, teniendo como origen la venganza. Señala que a través de la ciencia pura del Derecho se renueva la ficción soberana, que ayuda a abordar una interpretación en torno a la retribución, es decir del castigo y la represalia.

**Resumo:** Neste trabalho, a autora partindo da idéia do medo como um objeto deconstruível para uma aproximação à filosofia, assinala que dito conceito foi utilizado tanto por Hobbes como por Kelsen para desenvolver seu pensamento. Neste contexto, assinala que Hobbes, ao colocar o surgimento do Estado mediante um acordo com o Soberano, o há na idéia de um pacto arrumado através do medo à morte do Rei, pacto que concretiza-se na obediência civil, onde o castigo é fundamental. Por sua vez, Kelsen, afirma que a comunicação jurídica se dá a partir do princípio da represália, tendo como origem a vingança. Assinala que através da ciência pura do Direito se renova a ficção soberana, que ajuda a abordar uma interpretação em torno da retribuição, ou seja do castigo e a represália.

**Abstract:** In this paper, the author, parting from an account of the idea of fear as a deconstructable object that helps to establish an approach to Philosophy, points out that such a concept has been used by Hobbes, as well as by Kelsen, for the development of their theoretical and philosophical thought. In this context, the author points out that Hobbes, by fundamenting the emergence of the state in an agreement with the sovereign, fundamentals the state parting from an idea of a concertated pact reached through the king's fear of death. Such a pact expresses itself concretely through civil obedience, in which punishment plays a center role. On the other side, Kelsen arguments that legal communication takes place parting from the principle of retaliation, having vengeance as its origin. Kelsen points out that, through the pure science of Law the sovereign fiction takes a new meaning, which helps to approach a new interpretation of retribution, which implies an interpretation of punishment and retaliation.

**PALABRAS CLAVES:** Estado, Ficciones, Castigo.

**KEY WORDS:** State, Fiction, Punishment.

<sup>1</sup> Entregado el 19 de agosto de 2008. Aceptado el 25 de noviembre de 2008.

<sup>2</sup> Universidad Iberoamericana, México.



“Itinerario” no es una palabra muy feliz si nos hemos de referir al “miedo”. Cuando decimos “itinerario” nos representamos un plan lleno de posibilidades, de expectativas. La palabra itinerario respira caminos, horizontes, viajes. Pero la palabra “miedo” indica todo lo contrario: con ella intuimos precaución, límite, alerta. Hobbes y Kelsen han desarrollado caminos, rieles itinerantes, que nos aproximan a la estación donde ubicamos el miedo. Hobbes en realidad, parte del miedo, ese es su punto de salida. Empiezo este recorrido con su *Leviatán*.

Thomas Hobbes ha escrito el *Leviatán*, donde se ha da paso a una ficción: la del surgimiento del Estado por el acuerdo con el Soberano.

Hobbes sigue una primera huella, para la composición de su *Leviatán*: una especie de compromiso primigenio, que ya se ha alojado en los tiempos de guerra. Si los tiempos de guerra, son los del estado de naturaleza, para Hobbes es en este espacio mismo donde debemos hallar ya el material que nos conduzca a la obediencia civil.

Se impone al lector el orden que le ha dado a su *Leviatán*, un orden anudado por todas partes en cada capítulo, en torno a lo que podríamos llamar las enseñanzas del miedo. Ellas se inscriben en el corazón de la ley de la naturaleza es decir de la razón misma. ¿Qué es lo razonable en el sentido de Hobbes? Lo razonable se cruza con lo conveniente, y lo que conviene al hombre es no hacer nada que atente contra su vida. Por ejemplo, es contrario a la razón no abonar el rescate a un enemigo, en tiempos de guerra, cuando en ello va la vida. Así en la condición de mera naturaleza, antes de la creación del Estado, lo que no se puede hacer legalmente por obligación, se puede estipular, nos dice, como pacto concertado a través del miedo.

“Es contrario a la razón –agrega– alcanzar la soberanía por la rebelión”<sup>3</sup> Esta expresión seguramente estaba muy presente en Michel Foucault, cuando realizara su áspera crítica a los motivos de Hobbes. Foucault explica que “el adversario invisible del *Leviatán* es la conquista, es decir, las verdades de la dominación” Los adictos al rey (los que utilizan una y otra vez la idea de la “conquista y de legitimidad normandas”), ya habían instaurado una guerra constante a través del saqueo y la extorsión, cuya manifestación permanente se hacía a partir de leyes indeseables para el pueblo. Foucault dice “Ley, poder y gobierno son ya la guerra: la guerra de unos contra otros”, y en realidad, la “rebelión” es sólo la otra cara de una guerra que el gobierno no ha dejado de conducir. Bien, Hobbes neutraliza estas verdades con el golpe de efecto del Soberano y su contrato, como plataforma hacia la reconvencción de la voluntad atemorizada de los súbditos.<sup>4</sup>

Sigamos un poco la trayectoria de esta huella del miedo, pues ha calificado, a mi ver, como una instancia propia, como un objeto deconstruible para la aproximación a toda filosofía del derecho.

---

3 Hobbes, Thomas, *El Leviatán*, México FCE, 2004, p.121

4 Cf. Foucault, Michel, “Quinta lección. 4 de febrero de 1976”, en *Genealogía del racismo*, La plata, Caronte, 2003

El temor de Hobbes es en realidad a que se reproduzca nuevamente la muerte del rey. La vida que hay que proteger es en primer término, y ante todo la del Soberano. “Las verdades de la dominación” como las llama Foucault, pueden traducirse en este sentido más cercano a la escritura de Hobbes, sentido que por otra parte él no va ocultar. En el *Behemoth*, libro que aparece con posterioridad al *Leviatán*, será claro al respecto: es el regicidio, el adversario, sobre el que se ha armado la idea del Estado, del *Leviatán*.

A partir del temor ante el evento del regicidio, Hobbes ha sido capaz de evaluar la multitud de resquicios por donde esa posibilidad puede llegar a respirar y a echar raíces. En ese sentido el *Leviatán* es un documento valiosísimo porque nos permite observar todas las caras del dispositivo de vigilancia pertrechado sobre el hombre, su cuerpo y sus pensamientos, hombre que entonces habrá de convertirse en súbdito y “ciudadano”, es decir, en sujeto ideal de la obediencia.

Para Hobbes es claro que la formación del hombre con respecto a lo que le conviene, es decir, con respecto a lo que correcta y racionalmente no deberá dudar en temer, tiene que empezar con su formación en el seno de las creencias.

Quien se atreve a quebrantar la ley a base de un sueño, o de una pretendida visión, o de otra idea del poder de los espíritus invisibles, que la permitida por el Estado, se aparta de la ley de la naturaleza. Si a cualquier particular se le permitiera hacer esto no podría existir ninguna ley, y el Estado quedaría disuelto.<sup>5</sup>

No se trata simplemente de un encono contra el prebisterianismo o el calvinismo, o contra la suma de creencias que él acusa de haber entrenado a las multitudes desde el púlpito, para revelarse contra el rey.

La minuciosa, podríamos llamar, antropología de Hobbes, con la que se abre el *Leviatán*, en el capítulo titulado *Del Hombre*, da los límites precisos de la percepción, los límites de aquello que racionalmente ha de ser “percibido”, por el hombre capacitado para el contrato civil: sensación, imaginación, lenguaje, tienen que retirarse de los ensueños y equívocos místicos que fluyen desde el renacimiento; el ojo debe instalarse ante una sola referencia: el movimiento produce movimiento, nada cambia por sí mismo. El hombre debe vigilar sus pensamientos, pues la seguridad o reposo (la inercia como referente esencial del movimiento) dependen de que el hombre no se exceda en su imaginación o en sus pasiones.

Más allá de lo que podría pensarse como la escena de la renovación de la ciencia bajo el horizonte de Galileo, de lo que se trata en Hobbes, es de abrir un campo ideal de experiencias, para la posibilidad inédita del hombre como sujeto de la obediencia civil. En este campo, el miedo no debe distraerse de las fronteras del Estado, como cuando se ve atravesado por el temor o la inspiración

---

<sup>5</sup> Hobbes, op.cit, p. 245

de los espíritus. (Digamos de paso que nuestro autor no fue querido por la Royal Society, donde las mentes científicas de la época tenían su lugar. Si bien con un enorme sentido de oportunidad, para la justificación que hace del Estado, parece que tomara, en realidad, lo más chato de las ideas del movimiento galileano.)

Detengámonos en algunas referencias familiares a la obra de Hobbes. Me parece que la figura de Hobbes ha sido cara a la filosofía del derecho, desde el momento en que expone en su *Leviatán*, que la “inclinación general de la humanidad entera, es un perpetuo e incesante afán de poder”<sup>6</sup>, es el *Leviatán* el que puede asegurar para siempre, la vía del deseo futuro, la vía que asegure ese afán interminable. Paul Legendre dice con respecto a estas aseveraciones que en ellas se presenta con claridad que es “la dimensión de la carencia precisamente la dimensión misma del juego de las de instituciones”<sup>7</sup>. Pero esta especie de tesis hobbesiana, de acierto sustancioso para nuestra modernidad, pudo tener valor de expresión en tránsito, para decirlo de alguna manera, que, como la espada misma del *Leviatán*, sirviese para ir cercenando las malas yerbas de lo “irracional”. Como a lo largo de toda la obra, una y otra vez asoma, en el capítulo donde habla sobre la seguridad y el afán de poder, lo que ha de ser cortado de tajo. Ahí leemos:

La ansiedad del tiempo futuro dispone a los hombres a inquirir las causas de las cosas...” “Y quienes se preocupan poco o nada de las causas naturales de las cosas, propenden a suponer e imaginar por sí mismos diversas clases de poderes invisibles, y están pendientes de sus propias ficciones.”<sup>8</sup>

Nosotros que caminamos sobre los significantes de Newton, y que desconocemos cualquier rebalse fuera de estos significantes, quizá tendemos a olvidar algo que Hobbes tenía en mientes, cuando representaba el aseguramiento del deseo de poder como un calco del movimiento natural (el movimiento, como el deseo, nunca se detienen): su ficción, la del *Leviatán*, debía aniquilar toda posibilidad de otras ficciones, de otras locuras, de otras formas ocultas y desdibujadas en la garganta de la historia. Así ha escrito sobre ese ángulo, posición o trayectoria, que no podrá dejar el buen súbdito de adoptar:

De todas las pasiones la que en menor grado inclina al hombre a quebrantar las leyes es el miedo.<sup>9</sup>

El motor del deseo en el *Leviatán* se inscribe como carencia sin ancla, pero sólo para posibilitar su sola y siempre limitada satisfacción en el camino del pensamiento certero y racional, bajo el espacio psicológico de los dominios del rey.

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, p.79

<sup>7</sup> Legendre Paul, “Los amos de la ley”, en Marí E. y otros, *Derecho y psicoanálisis*, p.150

<sup>8</sup> Hobbes, op.cit., 81

<sup>9</sup> *Ibid.*, p.244

No hay que olvidar “el castigo”, parte elemental del sistema nervioso que compone el Leviatán, que se puede rastrear cuando habla de la “bruja”. El tema de la bruja es importante. Si bien con la distancia podemos concluir, que una generalización del espíritu supersticioso que hay que atravesar con la espada del soberano, involucra por necesidad, una advertencia sobre los excesos sangrientos de las guerras de religión, hay muchas pistas para seguir en torno a que el imperio del Leviatán debe regir más ampliamente contra toda creencia “ilícita”, por más inocua que esta pudiera llegar a ser.

Aunque Hobbes nos parezca muy ducho a la hora de descifrar la conducta propia o impropia de los jueces, como cuando habla largamente en contra del abuso judicial, con el asunto de las brujas dibuja una definitiva excepción. Las brujas, nos dice, no tienen ningún poder efectivo. Pero agrega “sin embargo, justamente se las castiga por la falsa creencia que tienen de ser causa de maleficio, y, además, por su propósito de hacerlo si pudieran”.<sup>10</sup> Es decir, hay que avivar el fuego, o más bien, como se hacía en la isla, preparar la horca para reanimar el miedo en base al ejemplo, contra una actividad que en realidad, en esta época ya se deslizaba muy fuera de toda credibilidad y la difusión.

Foucault, atento a esta pericia que no deja de asombrarle, de la primera modernidad con sus juegos de inventar el miedo a la sinrazón al servicio de los prestigios de la razón, nos dice sobre esta insistencia de censurar lo que ha dejado de ser efectivo, la brujería:

Liberada de sus poderes sagrados, ya no tiene más que intenciones maléficas: una ilusión del espíritu al servicio de los desórdenes del corazón. Ya no se la juzga según sus prestigios de profanación, sino por lo que revela de sinrazón.<sup>11</sup>

Hasta aquí Hobbes.

Cuando pensamos hoy Estado-Leviatán en la llamada globalización, los límites tienen que ver, por ejemplo, con la continuidad de un cierto imaginario liberal, donde se subraya demagógicamente la necesidad de los derechos civiles y políticos, pero se sustrae de ese mismo imaginario, la necesidad de dar satisfacción a los derechos sociales. El seguimiento de una política seria, eficaz, en torno a los derechos sociales (las “nuevas brujas”, podríamos decir) parece instalar ya una amenaza contra la seguridad, en el sentido de la seguridad como lo que rebalsa las expectativas cerradas del Leviatán.

Hans Kelsen en su tiempo, el de las guerras mundiales, se pregunta por la naturaleza de la represalia, como base de la seguridad internacional. El montaje unilateral del diálogo entre Estados-Leviatán lleva el tono de una comunicación jurídica que nace de principio de represalia. Nos dice “el derecho internacional dominado por el principio de la justicia por mano propia, se

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, p.13

<sup>11</sup> Foucault Michel, *Historia de la locura en la época clásica*, México, FCE, 1981, p.152

desarrolla del mismo modo que el derecho primitivo de la comunidad preestatal<sup>12</sup>. Es decir, podemos rastrear la huella del miedo en el origen, en un inconsciente que no ha podido dejar de lado la retribución, la venganza.

El miedo, como en Hobbes, será favorecido como límite para una concepción del Estado, con la diferencia de que Hans Kelsen cree con el optimismo del espíritu científico de entreguerras que habrá, a partir de la evolución de la ciencia, una salida, una emancipación posible del principio de retribución.

En el texto que lleva por título *El alma y el derecho* leemos que el primer orden social, nace del miedo al muerto.<sup>13</sup> Kelsen se sumergirá en esta huella. En los inicios del orden social, la forma del derecho es la forma del muerto: invisible, pero a la vez amenazante, como densidad anímica que se desata y despliega furtiva y contundentemente, en la irrupción de lo imprevisto. El alma del muerto que detesta estar muerto, y que busca venganza en los vivos, puede estar en cualquier parte, puede ser precisamente lo que me rodea. No ha podido el hombre del primer orden social, -que nace de las obligaciones para conjurar el miedo- definir el rostro del muerto, reconocerlo como lo que está fuera, en un mundo exterior. Kelsen sigue los destinos del alma, a través del periodo prehomérico con las Erinias, las que ejecutan la venganza del que ha muerto por homicidio, y más allá, en las regiones del tribunal de los muertos en la República de Platón. También señala lo que desarrollará más ampliamente en su obra *Sociedad y Naturaleza*: la ciencia de la naturaleza puede inocular el principio de retribución, cuando no problematiza su tendencia inconsciente a confiar en una voluntad trascendente, en la forma de "lo que causa un efecto". En *Sociedad y Naturaleza*, que nace de los intereses que había bosquejado en *El alma y el derecho* comenta con respecto a los griegos, que la visión de la deidad, también acarrea la muerte. El temor es la emoción original del hombre homérico hacia la deidad. Dice la *Iliada* "duros de mirar son los dioses cuando aparecen en presencia manifiesta"<sup>14</sup>. A partir de esta cita de Homero, que ha usado el autor, me dirijo a una pregunta, a un problema, con el que concluyo mi exposición.

¿Pudo Kelsen, en verdad, lograr una aproximación efectiva, mirar el rostro desnudo del alma del poder? Si todo orden jurídico ha sido desatado por la huella de la venganza y la represalia, en la forma pura de la coerción ¿cómo mirar su rostro sin ser despedidos por el destello enceguedor de la espada? Foucault decía que el gran mito de Occidente, desde Edipo, es que quien detenta el poder no puede al mismo tiempo, saber. Kelsen bajo el proyecto de despejar el poder como coerción, que sumaba a su búsqueda de un saber sin máscaras (sin las máscaras o personificaciones que adopta el Estado) parece dar con una cierta salida o justificación, a través de una teoría: la ciencia pura del derecho. Esa búsqueda teórica como ha observado el filósofo del derecho

<sup>12</sup> Kelsen Hans, *La paz por medio del derecho*, Madrid, Trotta, 2003, p.53

<sup>13</sup> Kelsen, Hans, "El alma y el derecho", en Correas Oscar, comp. *El otro Kelsen*, p. 345

<sup>14</sup> Kelsen, Hans, *Sociedad y naturaleza*, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 583

Enrique Marí conduciría a Kelsen, quizá, a pesar de todos los esfuerzos en contrario, a renovar la ficción soberana, esta vez en la forma de la Grundnorm, o norma fundamental.<sup>15</sup>

Con todo y algunas de las consecuencias difíciles del pensamiento de Kelsen, la voluntad o autoridad que se descubre como ficción de la norma, constituye una herramienta crítica, en tanto que nos sirve para localizar y abordar una interpretación en torno a la retribución, esto es, una interpretación en tanto sociología jurídica, o crítica ideológica del castigo y la represalia.

El principio de retribución opera, por ejemplo, en términos de amortización bursátil. Tenemos un modo particular de la retribución cuando se castiga lo que se considera pérdida de utilidades, (por ejemplo, cuando el presupuesto “se distrae” hacia la satisfacción de los derechos económicos y sociales) según el dogma de la lógica rentista. Este juego que aquí sucintamente dibujo, es acompañado necesariamente de la interconexión informática de las bolsas bursátiles.

Conocimiento y derecho, saber y poder siempre han ido juntos, a pesar del velo edípico (así lo demuestra el itinerario entre ciencia y Soberano que realizara Hobbes, y el del espíritu emancipatorio-científico de la entreguerra, común a un Kelsen, a un Freud, a un Bachelard). Hoy resulta evidente, que una filosofía del derecho debe y puede estar atenta a la sofisticación vertiginosa –asible, positivamente asible- de las formas del castigo y de la represalia.

---

<sup>15</sup> Cf. Marí Enrique, “Racionalidad e imaginario social”, en *op. cit. Derecho y psicoanálisis*, p.57.

**DEMOCRACIA Y LUCHA DE CLASES EN NUESTRA AMÉRICA:****LA INSURGENCIA DE ESE SABER Y ESE DERECHO MUY OTRO<sup>1</sup>**

. *CARLOS RIVERA LUGO*<sup>2</sup>

“Grande es el desorden bajo los cielos; la situación es excelente.”

Mao Zedong

“No. No aceptes lo habitual como cosa natural. Porque en tiempos de desorden, de confusión organizada, de humanidad deshumanizada, nada debe parecer natural. Nada debe parecer imposible de cambiar.”

Bertolt Brech.

**Resumen:** En el presente artículo, el autor sostiene que América Latina se erige como el referente para la articulación de un discurso dentro de la comunidad internacional que implica un replanteamiento radical del ideal democrático. A partir de una insurrección de saberes y prácticas sometidas por el poder del capital, la construcción de otro Derecho y otra política se sustentan en la lucha de clases para refundar la esfera de lo público.

**Resumo:** No presente artigo, o autor sustenta que a América Latina se erige como o referente para a articulação de um discurso dentro da comunidade internacional que implica um replanejamento radical do ideal democrático. A partir de uma insurreição de saberes e práticas submetidas pelo poder do capital, a construção de outro Direito e outra política se sustentam na luta de classes para fundar a esfera do público.

**Abstract:** In the present article, the author maintains that Latin America is elevated like the referring one for the joint of a speech within the international community that implies a radical reframing of the democratic ideal. From an insurrection of knowledge and practices submissive by the power of the capital, the construction of another Right and another policy is sustained in the fight of classes to define the sphere of the public.

**PALABRAS CLAVES:** Democracia, América Latina, Saberes y prácticas insurgentes.

**KEY WORDS:** Democracy, Latinamerica, Insurgent Knowledges and practices.

---

<sup>1</sup> Recibido el 19 de agosto de 2008. Aceptado el 17 de septiembre de 2008.

<sup>2</sup> Catedrático de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, Mayagüez, Puerto Rico.

Vivimos en una era en la que se está presenciando los albores de una profunda ruptura estratégica, cuyas tendencias actuales, empíricamente constatables, dan testimonio de un proceso aún contradictorio, aunque promisorio, de formación social, en torno al cual se evidencia una creciente batalla por imprimirle un sentido dado.<sup>3</sup> Por un lado, está el proyecto neoliberal de subsunción total de nuestras sociedades dentro de las lógicas trituradoras del capital. Éste crecientemente está apuntalado a nivel global por un estado de guerra y a nivel nacional por su expresión local: un estado de excepción, es decir, unos regímenes de protección, seguridad y control ciudadana bajo el cual se va suspendiendo trozos enteros del Estado de Derecho moderno, particularmente en lo que atañe a los derechos humanos y ciudadanos, con el propósito real de afrontar los retos y las transformaciones que amenazan la continuidad del orden civilizatorio capitalista.<sup>4</sup> El Derecho, como lo hemos conocido hasta hoy, ya no le funciona al capital tal y como necesita, y menos le permite contar con los mecanismos que le garantice el gobierno de lo concreto en función de su reproducción ampliada. En fin, el proyecto neoliberal es un intento por poner fin a la historia de la lucha de clases.

El mundo estrenó el nuevo siglo con la intentona golpista sin precedentes del gobierno de Estados Unidos, regentado por George W. Bush y Richard Cheney, para hacerse a la fuerza con el gobierno del mundo y así poder decretar unilateralmente el sentido de sus circunstancias y cambios. Sin embargo, no empujó sus guerras, amenazas y chantajes, desde Afganistán, pasando por el Líbano y culminando en Irak, la iniciativa estratégica de la hiperpotencia estadounidense se encuentra en un callejón sin salida. La máquina de guerra con la que Washington pretendió apuntalar su política exterior hegemónica, no obstante su espectacular superioridad tecnológica, no le ha permitido cosechar la victoria deseada. Todo lo contrario, no sólo no ha logrado ganar, junto a sus aliados, alguno de los conflictos en los que se ha enfrascado, sino que incluso con ello ha perdido su necesario poder disuasivo para imponer su voluntad hegemónica a través del planeta. Ello llevó al ex canciller y ex jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas estadounidenses, Colin Powell, a advertir contra cualquier intento por profundizar la aventura imperial por haberse “roto” la capacidad militar de esa nación luego del fracaso de la guerra en Irak.

Desde una perspectiva estratégica, el proyecto imperial estadounidense proyecta, pues, una debilidad relativa para imponerse a la fuerza, por lo que dependerá más y más de los procesos políticos, sociales y culturales constitutivos de subjetividades subalternas, es decir, para que fabriquen el consentimiento a la continuidad del orden actual. Incluso, me atrevo a decir

---

<sup>3</sup> Véase por ejemplo a Carlos Rivera Lugo, “Derecho, democracia y cambio social en la América Latina”, 25 *Crítica Jurídica*, México, 2006, pp. 121-138.

<sup>4</sup> Sobre el particular, véase a Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2007 y Michel Foucault, *Seguridad, Territorio y Población*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006.



que la actual fase de reestructuración política y cultural que algunos calificaron de postmoderna, ha llegado a su fin<sup>5</sup>, comprobándose así su naturaleza transitoria como portal contradictorio de lo todavía-por-nacer.<sup>6</sup> Se presencia una nueva vuelta de tuerca histórica que empieza a instituir nuevas realidades y comprensiones ontológicas constructivas y superadoras de la dis-utopía en que nos pretendieron empantanar algunos intérpretes de la llamada postmodernidad, con sus enunciaciones discursivas circulares y absurdamente relativistas, que sólo llevan a la deriva práctica.

Es así como frente al engendro neoliberal, ha brotado en la alternativa el proyecto contrahegemónico de la profundización y radicalización de la democracia, incluyendo la expansión y pertinencia de lo común como nuevo espacio articulador y refundador de lo social, económico y lo político.<sup>7</sup> Es el histórico proyecto contenido en potencia dentro del actual orden civilizatorio burgués, la suma de “electrificación más soviét”, es decir, la continuación de ese “movimiento real que anula y supera al estado de cosas actual”: el comunismo o, si prefiere, la superación histórica del Estado y sociedad actual en dirección al desarrollo, en la alternativa, de la comunidad.<sup>8</sup> Decía el gitano Melquíades del célebre Macondo: “Las cosas tienen vida propia, todo es cuestión de despertarles el ánimo”. En esa misma línea, nos habla el filósofo francés Jean-François Lyotard:

“Transformar el mundo no significa hacer cualquier cosa. Si hay que transformar el mundo es porque hay en él una aspiración a otra cosa, es porque lo que le falta ya está ahí, es porque su propia ausencia está presente ante él. Y eso es lo único que significa la famosa frase: ‘la humanidad sólo se plantea los problemas que está en condiciones de resolver’... Si hay que transformar el mundo es porque él mismo ya se está transformando. En el presente hay algo que anuncia, que anticipa y que llama al futuro. La humanidad en un momento dado no es sencillamente lo que aparenta ser, lo que una buena encuesta psicosocial podría fotografiar... (L)a humanidad es también lo que aún no es, lo que de manera confusa intenta ser... (D)igamos que ya existe un sentido que ronda por las cosas, por las relaciones entre los hombres, y que transformar realmente el mundo es liberar ese sentido, darle pleno poder.”<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Por ejemplo, afirma el filósofo político italiano Antonio Negri: “La actual fase, que empezó con la caída del imperio ruso y que muchos llamaron posmodernismo, ha terminado...El clima de incertidumbre sobre el que Estados Unidos intentó dar un golpe de Estado global terminó en fracaso para los norteamericanos. Asistimos ahora a una nueva vuelta de tuerca.” Facundo García, “Una charla de Toni Negri en la Universidad de San Martín: Hacia el ‘extremismo de centro’”, Página 12, Buenos Aires, 2 de noviembre de 2007.

<sup>6</sup> Eagleton, Terry. *Las ilusiones del posmodernismo*, Piados, Buenos Aires, 2004, pp. 194-195.

<sup>7</sup> Hardt, Michael y Antonio Negri, *Multitud*, DeBOLSILLO, Randon House Mondadori, Barcelona, 2006, p. 18.

<sup>8</sup> Marx, Carlos y Federico Engels, *La ideología alemana*, Ediciones Pueblo Unido, Montevideo, 1971, p. 37; Federico Engels “Carta a A. Babel”, Carlos Marx y Federico Engels, *Obras Escogidas*, Editorial Progreso, Moscú, 1969, p. 358.

<sup>9</sup> Según el antropólogo francés Bruno Latour, hay que repensar la política a partir de lo que llama “el parlamento de las cosas”. Dicho parlamento yace tal vez invisible pero es operativo, “cuyas líneas

El mundo y el pensamiento únicos propios del proyecto neoliberal empiezan a sufrir serias fisuras ante el apalabramiento de nuevos sujetos políticos y nuevas formas de lucha en el seno de una constelación sincrónica de subjetividades individuales y grupales que articulan nuevos dispositivos de poder alterno en el que convergen, consciente o inconscientemente, en busca de la comunidad perdida. Mejor aún, a pesar de lo aparentemente singular o local de muchos de estos forcejeos, se va desvelando lo común. La naturaleza constitutiva de lo individual, lo singular o lo local en relación a lo social y lo político, se va articulando objetivamente como resultado de las lógicas mismas del trabajo y la producción social en estos tiempos que, si bien, pretenden la colonización totalitaria de la vida, a su vez, genera resistencias.<sup>10</sup> Y el reto, dondequiera que se manifiesten estas resistencias, es articularlas en formas de poder constituyente de nuevas relaciones sociales y políticas, ajenas a o superadoras de la sociedad y el Estado capitalistas.

Históricamente tanto la democracia como la política han sido siempre criaturas de la lucha de clases y es a partir de sus forcejeos sociales que los de abajo construyen su subjetividad política, tanto colectiva como individual. La democracia nace precisamente cuando los de abajo, numéricamente mayoritarios, se constituyen en agentes políticos con un proyecto histórico común. Ahora bien, este proyecto, en última instancia, está apuntalado en un amplio bloque social que abarca a los grupos subalternos de la sociedad. Sólo este bloque social popular está materialmente comprometido con la democracia. Así ha quedado demostrado una y otra vez. Por ejemplo, según Carlos Fernández Liria y Luis Alegre Zahonero: “Los datos incontrovertibles de la historia no demuestran que el capitalismo sea compatible con la democracia, sino, más bien, que el capitalismo jamás ha permitido a la democracia pronunciarse contra el capitalismo.” Allí está, entre otros, la España de 1936, la Guatemala de 1954, la República Dominicana de 1963, el Chile de 1973 y la Venezuela de hoy.<sup>11</sup>

Nos dice al respecto Arthur Rosenberg: “La democracia como cosa en sí, como una abstracción formal no existe en la vida histórica: la democracia es siempre un movimiento político determinado, apoyado por determinados fines. Un estado democrático es, por tanto, un estado en el que el movimiento democrático detenta el poder”<sup>12</sup>. De ahí que la democracia no pueda reducirse a un conjunto de técnicas, procedimientos y reglas, sino un movimiento social organizado tras un proyecto histórico en que se pretende imbuir el modo

---

esenciales deben poder discernirse empíricamente”. Bruno Latour, “El parlamento de las cosas”, *Vanguardia*, 8 de febrero de 2006.

<sup>10</sup> “Cuando el capital impronta la totalidad de la vida, la vida se revela como resistencia”. Antonio Negri, *Movimientos en Imperio, Pasajes y Paisajes*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 258.

<sup>11</sup> Fernández Liria, Carlos y Luis Alegre Zahonero, *Comprender Venezuela, Pensar la democracia. El colapso moral de los intelectuales occidentales*, Editorial Hiru, Hondarribia, 2006, p. 47.

<sup>12</sup> Rosenberg, Arthur, *Democracia y lucha de clases en la Antigüedad*, El Viejo Topo, Madrid, 2006, p. 16.

de producción social del bien común en sustitución del interés particular de los regímenes elitistas.

Este modelo de la democracia elitista, que margina en la práctica al soberano popular, ha tenido una gran influencia en Occidente. Bajo ésta, el pueblo está limitado a aceptar o rechazar, mediante un procedimiento de consulta electoral meramente formal, a las personas que, según los partidos, están capacitadas para gobernarle. Al pueblo, como tal, se le juzga incapacitado para gobernarse por sí mismo. Así visto, la democracia, para todos los fines, se ve reducida a una mera técnica de selección de gobernantes y expresión no-vinculante de preferencias en cuanto a la política pública que debe seguir el Estado.<sup>13</sup> Como resultado, la “democracia” se devalúa para reducirse al gobierno de los políticos y empresarios, los protagonistas privilegiados del mercado. Es lo que el sociólogo argentino Atilio Boron llama la “segunda y decisiva arena” de lo político, en la que imperan estas elites a modo de “nuevos leviatanes”.<sup>14</sup> El pueblo es reducido al papel de mero rebaño manipulable por los partidos y los medios. Éstos se caracterizan por una retórica ideológica tribal que en nada incide sobre la solución de los más apremiantes y concretos problemas que aquejan a nuestras sociedades. En fin, tal y como lo señaló hace ya más de veinte años Pierre Bourdieu, la nueva fuente material de normas vinculantes lo es el mercado y es a partir de las acciones y presiones de éste que se construye la agenda política de la sociedad capitalista contemporánea. En realidad lo ocurrido es que se ha corrido el velo con el que se ocultaba la realidad de la imbricación entre la sociedad política y la sociedad civil.

Ahora bien, dentro de este modelo de inspiración fundamentalmente liberal, la política y las instituciones políticas contemporáneas demuestran una

<sup>13</sup> Ese y no otro ha sido el resultado efectivo del modelo de la democracia elitista o timoneada (elitismo competitivo) promovido por Joseph Schumpeter, el cual ha tenido una gran influencia en Occidente. Dice Schumpeter que “la democracia no significa y no puede significar que el pueblo gobierne realmente en cualquier sentido manifiesto de ‘pueblo’ y ‘gobernar’. Democracia significa que el pueblo tiene la oportunidad de aceptar o rechazar a las personas que pueden gobernarle... Ahora bien, un aspecto de esto puede expresarse diciendo que la democracia es el gobierno del político”. Joseph. A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Allen and Unwin, London, 1976, pp. 284-285. Así visto, la democracia, para todos los fines, se ve reducida, según Philippe Gérard en referencia al elitismo competitivo de Schumpeter, a: “une technique de sélection des gouvernants ou des ‘élites’ dirigeantes. Cette technique consiste à confier le pouvoir de prendre les décisions collectives aux candidats qui auront obtenu, au terme d’une lutte concurrentielle portant sur les voix des électeurs, le plus grand nombre de suffrages par rapport à leurs rivaux... Cette conception de la démocratie, basée sur la compétition électorale entre des élites aspirant à exercer le pouvoir, a joui d’une influence considérable”. Pierre Gérard, *Droit et démocratie: Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1995, p. 145.

<sup>14</sup> “El predominio de los nuevos leviatanes en esta ‘segunda y decisiva arena’ de la política democrática, que es la que verdaderamente cuenta a la hora de tomar decisiones fundamentales, confiere a aquellos una gravitación excepcional en la esfera pública y en los mecanismos decisorios del estado, con prescindencia de las preferencias en contrario que, en materia de políticas públicas, ocasionalmente pueda expresar el pueblo en las urnas”. Atilio Boron, *Tras el Búho de Minerva: Mercado contra democracia en el capitalismo de fin de siglo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000, p. 121.

espectacular incapacidad para articular remedios a los problemas que aquejan a sus respectivas sociedades. De ahí que los espacios públicos que operan bajo el manto del liberalismo estén desapareciendo por razón de la escasa pertinencia de lo que ocurre en ellos. Las decisiones que se necesitan tomar parecen estar fuera del control del ámbito político, según definido bajo ese modelo. El poder fluye.<sup>15</sup> El poder parece anidar en otra parte: en el mercado y en la sociedad civil<sup>16</sup>. El reto consiste en recuperar la agencia, es decir, la capacidad y la voluntad para refundar la esfera de lo público y repotenciar así la democracia.<sup>17</sup> Bajo su forma actual, el Estado ya es incapaz de controlarlo y solucionarlo todo desde el centro.<sup>18</sup> De ahí que tenga que reestructurarse, refundarse y, en el proceso, tal vez negarse a sí mismo para facilitar el tránsito del poder constitutivo de lo político hacia la comunidad.

Por ejemplo, según Haiman El Troudi, del Centro Internacional Miranda en Caracas, las reformas constitucionales propuestas para la radicalización democrática de la revolución bolivariana, están encaminadas a reforzar de inmediato el Estado como instrumento para apoderar al pueblo. A esos propósitos se pretende articular “una nueva geometría del poder”, que supere los límites participativos del pueblo impuestos bajo el modelo liberal capitalista. De ahí que, en la medida en que se apodera al pueblo, se va dando la transición hacia el “no-Estado”, según El Troudi<sup>19</sup>. Es decir, hacia un balance de poder progresivamente inclinado hacia la comunidad.

<sup>15</sup> Véase, por ejemplo, a Zygmunt Bauman, *En busca de la política*, FCE, Buenos Aires, 2006, pp. 82-83.

<sup>16</sup> Según Marx y Engels, la “sociedad civil es el verdadero hogar y escenario de toda la historia”. Carlos Marx y Federico Engels, *La ideología alemana*, Ediciones Pueblo Unido, Montevideo, 1971, p. 38.

<sup>17</sup> Por ejemplo, el filósofo italiano Paolo Virno sostiene: “Está emergiendo un nuevo modo de ser en la esfera pública que se caracteriza por el hecho de que el Estado es algo que se ha vuelto viejo... Por nueva esfera pública se entiende “nuevas formas de vida que no tengan más en su centro la obediencia al Estado y la obligación del trabajo asalariado en tanto trabajo despojado de significado que está por debajo de lo que hombres y mujeres pueden hacer con su colaboración inteligente. Una nueva esfera pública donde se pueda valorizar la propia singularidad y no converger hacia esa especie de unidad trascendente que es el soberano, el Estado”. Héctor Pavón, “Entrevista a Paolo Virno: Crear una nueva esfera pública, sin Estado”, *Clarín*, Buenos Aires, 24 de diciembre de 2004.

<sup>18</sup> En fin, como muy bien señaló Jacques Derrida, el Estado tiene hoy el reto de explorar nuevas formas en un espacio social que ya no domina absolutamente, y que al fin y a la postre nunca realmente dominó por sí sólo. Jacques Derrida, *Specters of Marx*, Routledge, New York, 1994, p. 94. Según Ernesto Laclau y Chantal Mouffe, el Estado “no es un medio homogéneo, separado por un foso de la sociedad civil, sino un conjunto dispar de ramas y funciones sólo relativamente integrado por las prácticas hegemónicas que tienen lugar en su interior”. Ernesto Laclau y Chantal Mouffe, *Hegemonía y estrategia socialista: Hacia una radicalización de la democracia*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1987, p. 203. Por su parte, Eugene Erlich señala: “El centro de gravedad del derecho de nuestra época (...) como en todo tiempo, no debe buscarse ni en la legislación ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma”. Citado en Jean Carbonnier, *Derecho flexible: Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, p. 30.

<sup>19</sup> Véase a Carlos Rivera Lugo, “El socialismo bolivariano”, *Claridad*, San Juan de Puerto Rico, octubre 2007. Sin embargo, hay quienes sostienen que dichas reformas redundan en un fortalecimiento del Estado que no profundiza la democracia participativa. Véase, por ejemplo, a Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, “Reflexiones sobre la coyuntura constitucional y

El ex vice presidente venezolano José Vicente Rangel responde de la manera siguiente a la imputación que hace la oposición en Venezuela de que Chávez es un dictador: “cuando se habla de que Chávez es un dictador, se trata, indudablemente de una frase, porque difícilmente un hombre puede asumir la totalidad del poder. Pero es que se da también otra particularidad, voy a decir algo que quizás escandalice: Chávez es el antipoder; Chávez es el que mueve las cosas, dentro del poder y fuera del poder. ¿Por qué? Porque Chávez es un hombre que ha descontextualizado el poder, lo ha desmitificado, lo acercó a la gente, ha logrado conectarlo con el ciudadano común y corriente. Entonces, si algún poder representa Chávez es el poder del pueblo, es decir, Chávez está por encima de las instituciones porque encarna al pueblo”<sup>20</sup>. Los poderes dictatoriales son, en realidad, los llamados poderes fácticos, puntualiza Rangel, es decir, la oligarquía y el gobierno de Estados Unidos que se acostumbraron a gobernar sin consideración alguna para la mayoría del pueblo. Chávez lo que hace es enfrentar ese poder fáctico, potenciando su desplazamiento y allí está su fortaleza pero también la causa de la férrea oposición que suscita entre un sector minoritario del pueblo venezolano y de la comunidad internacional.

Otra perspectiva es la esbozada por el sociólogo irlandés John Holloway, desde el análisis de la experiencia de los zapatistas en México, para que superemos nuestras concepciones estadocéntricas del poder y de la política. Puntualiza que si de cambiar el mundo se trata, pues hay que empezar desde las rebeldías e insubordinaciones que por todos lados se escenifican, todas impulsadas hacia la autodeterminación. Aquí es que radican las verdaderas fisuras del sistema desde las cuales profundizar la crisis. No es desde la actual fetichización del Estado liberal constituido que habrá de surgir lo nuevo, sobre todo cuando ésta se apuntala en la abstracción de la red de relaciones de poder que le caracterizan. Hay que rechazar a dicho Estado como nodo de toda una red de relaciones sociales y políticas, forma ésta de organización que existe en función de la continua reproducción del sistema.<sup>21</sup>

Esta idea del tránsito al “no-Estado” le parecerá a algunos una quimera pero, francamente, soy de la opinión que constituye una idea-fuerza de singular importancia para la necesaria reconceptualización de la función del Estado y de lo político. Precisamente una de las causas del fracaso del “socialismo real” fue nunca haber entendido que el “movimiento real

---

política de Venezuela”, publicado en *www.rebellion.org*, 2 de diciembre de 2007. Las reformas fueron derrotadas en el referendo celebrado el pasado 2 de diciembre. Analistas opinan que la causa principal del revés fue la división del bloque de fuerzas que apoyan al gobierno bolivariano, lo que se expresó, en parte, a través de una significativa abstención de 2,700,000 electores que apenas un año antes habían votado por la reelección del presidente Hugo Chávez Frías. El propio mandatario venezolano tuvo que admitir que tal vez pretendió acelerar a destiempo el proceso revolucionario, quemar etapas, sin que se dieran las condiciones objetivas y subjetivas necesarias. Sobre las lecciones de este proceso, véase mi artículo “Venezuela: Hacia la revolución en la revolución”, *Claridad*, 12 de diciembre de 2007.

<sup>20</sup> Rangel, José Vicente. “Chávez es el antipoder”, *www.aporrea.org*, 11 de febrero de 2004, p.10.

<sup>21</sup> Holloway, John, *Cambiar el mundo sin tomar el poder*, Ediciones Herramienta, Buenos Aires 2005, 3a edición.

que anula y supera el estado de cosas actual” requiere imperativamente del apoderamiento democrático efectivo del pueblo. Lo que sucede es que el Estado se tiene que socializar, es decir, hacerse pueblo, encarnarse en él, brotar de y anidar en la conciencia de cada ciudadano y ciudadana como parte de la voluntad popular. En un sentido el Estado se “debilita”, pues de ser una instancia de poder por encima del pueblo, como ocurre hoy bajo la concepción liberal-burguesa prevaleciente, en este caso se subordina al pueblo. Democráticamente hablando, el pueblo soberanamente apoderado es, pues, el Estado. Y lo que puede aparecer como una debilidad, desde la perspectiva liberal, es ahora la mayor de las fortalezas, desde la perspectiva comunista. Se supera así la falsa dicotomía, ideológicamente motivada, entre la sociedad política y la sociedad civil.

De ahí el interés generado por la experiencia de los zapatistas en México para la construcción de una nueva forma de hacer política que, sorpresivamente, no aspira a la toma del poder constituido, es decir, ese entramado complejo de lógicas, instituciones y prácticas cuyo fin primordial es la perenne reproducción del orden civilizatorio capitalista. En cambio, apuesta a la construcción de un “muy otro” poder, desde abajo. Con el zapatismo se destrabó aquello de lo que nos habló Michel Foucault: un saber hasta hoy sometido y deslegitimado por un pensamiento predominante demasiado centrado en las lógicas jurídico-políticas del Estado-nación burgués. El saber liberado es el saber de la gente, resultado de una historia oculta de presencias y resistencias, en su mayoría locales e inmediatas. Como ya hemos advertido, es allí, en ese foco local y cotidiano, o mejor dicho, en esa multiplicidad de focos e historias donde radica la raíz de toda estructura de poder.<sup>22</sup> Es allí donde el sistema capitalista implanta y pretende reproducir, por la fuerza o mediante un pretendido consenso, los hilos visibles e invisibles de sus relaciones de dominación.<sup>23</sup>

El zapatismo resultó así un soplo de aire fresco en un momento en que, hace 13 años, Latinoamérica, con la honrosa excepción de Cuba, se hallaba postrada en medio de las sentencias apocalípticas que aseguraban el triunfo definitivo del capitalismo y las instituciones políticas liberales.<sup>24</sup> Apenas se daba

---

<sup>22</sup> Véase al respecto David Snow, y Robert Benford, “Master Frames and Cycles of Protest”, en Morris y McClurg Mueller (eds.), *Frontiers in Social Movement Theory*, Yale University Press, New Haven, 1992

<sup>23</sup> Ya lo señalaron Carlos Marx y Federico Engels: Es la sociedad civil el verdadero “hogar y escenario de toda la historia” y “cuán absurda resulta la concepción histórica anterior que, haciendo caso omiso de las relaciones reales, sólo mira, con su limitación, a las acciones resonantes de los jefes y del Estado”. Carlos Marx, y Federico Engels, *La ideología alemana*, Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo, 1971, p. 38.

<sup>24</sup> Según Francis Fukuyama, los acontecimientos a finales de la década del ochenta del siglo pasado habían demostrado fehacientemente que la evolución política de las sociedades había llegado a su punto culminante con el desarrollo de la democracia liberal y el capitalismo de mercado. Desde una perspectiva hegeliana, postulaba que con ello se había llegado al fin de la historia y que de ahí en adelante la modernidad, según representada por Estados Unidos y Europa Occidental, sería

inicio al más reciente de los artificios neoliberales, el Tratado de Libre Comercio de la América del Norte (suscrito entre Estados Unidos, Canadá y México), como adelanto de lo que sería el destino neocolonial de toda la región, un destino por cierto nada democrático en su fondo.<sup>25</sup> Lo que particularmente sorprendió fue que quien se rebelaba no era el mítico sujeto proletario de la teoría marxista clásica, sino el indígena, ese sujeto olvidado en su humanidad sufriendo por capitalistas y no capitalistas por igual. Señala al respecto la intelectual mexicana Ana Esther Ceceña: “El sujeto revolucionario, el portador de la resistencia cotidiana y callada que se visibiliza en 1994, es muy distinto al de las expectativas trazadas por las teorías políticas dominantes. Su lugar no es la fábrica sino las profundidades sociales. Su nombre no es proletario sino ser humano; su carácter no es el de explotado, sino el de excluido. Su lenguaje es metafórico, su condición indígena, su convicción democrática, su ser, colectivo.”<sup>26</sup>

Otro referente importante de la irrupción de este nuevo sujeto y de como se refunda lo democrático y lo político en Nuestra América es Bolivia. La Asamblea Constituyente Originaria que se ha organizado a iniciativa del gobierno actual de Evo Morales, debe poner fin al Estado colonial de los pasados 514 años, descolonizar toda la vida cultural, social, económica y política y dar paso a la constitución de un nuevo Estado plurinacional y pluricultural. Para ello, éste debe recoger dialógicamente la identidad y cultura de todos y todas, sobre todo la de los indígenas que para todos los fines nunca fueron considerados ciudadanos bajo el orden constitucional republicano establecido a partir de 1826 tras la independencia de España. Ahora bien, esta transformación pasa por reconocerle derechos colectivos a los pueblos originarios, incluyendo el derecho a la autodeterminación o la autogestión (régimenes especiales de autonomía) y la posibilidad de establecer un sistema jurídico plural que responda a sus usos y costumbres. El desafío, según se

---

implantada globalmente. Francis Fukuyama, “The End of History”, *The National Interest*, Washington D. C., 1988.

<sup>25</sup> La primera experiencia de implantación del modelo neoliberal en el mundo fue en Chile bajo la dictadura del General Augusto Pinochet Ugarte, casi una década antes de la experiencia thatcherista en Gran Bretaña. Sobre ello dice Perry Anderson: “El neoliberalismo chileno, bien entendido, presupone la abolición de la democracia y la instalación de una de las más crueles dictaduras de posguerra. Sin embargo, debemos recordar que la democracia en sí misma —como explicaba incansablemente Hayek— jamás había sido un valor central del neoliberalismo. La libertad y la democracia, explicaba Hayek, podían tornarse fácilmente incompatibles, si la mayoría democrática decidiese interferir en los derechos incondicionales de cada agente económico para disponer de su renta y sus propiedades a su antojo. En ese sentido, Friedman y Hayek podían ver con admiración la experiencia chilena, sin ninguna inconsistencia intelectual o compromiso de principios.” Perry Anderson “Neoliberalismo: un balance provisorio”, Emir Sader y Pablo Gentili (comps.), *La trama del neoliberalismo: Mercado, crisis y exclusión social*, 2ª ed., EUDEBA-CLACSO, Buenos Aires, 2003, p. 35.

<sup>26</sup> Barrera, Marcelo y Juan Rey, “El andar zapatista y La Otra Campaña”, *www.rebelión.org*, 30 de diciembre de 2006. Dice Holloway que en momentos como éstos “se cambia la gramática y la lógica de la realidad” y “nos enseña otra gramática, otra forma de pensar, otro concepto de la realidad”. John Holloway, *ibid*, p. 11.

ha planteado, es construir instituciones flexibles para un Estado de Derecho radicalmente democrático y pluralista que reconozca, por ejemplo, las costumbres para resolver conflictos de las comunidades de los pueblos originarios.<sup>27</sup> También es necesario que los pueblos originarios se vean representados en las nuevas instituciones políticas que se construyen, no sólo formalmente sino que materialmente con la presencia de funcionarios públicos que hablen su idioma y entiendan su forma de pensar y estar en el mundo.

Sin embargo, los problemas surgen cuando se habla de autonomías indígenas, que a su vez chocan con las reivindicaciones autonomistas de algunos de los departamentos, integrantes de la llamada “media luna” (San Cruz, Beni, Pando y Tarija). Quienes promueven la autodeterminación de los pueblos originarios se distancian de los reclamos autonómicos sobre bases territoriales, en abstracción de la totalidad social compleja de la que es parte. Éstos últimos, los de la llamada “media luna”, reducen la autodeterminación a autonomía territorial, siguiendo el mismo esquema jurdicista de la soberanía nacional propia de la concepción liberal-capitalista del Estado, los pueblos originarios se nieguen a aceptar una concepción que les obliga a subordinar su autodeterminación a las autonomías departamentales o provinciales. En cambio, la autodeterminación de los pueblos originarios, si es que realmente se va a potenciar, tiene que proveer para la reconceptualización misma de la autonomía a partir del reconocimiento de la existencia de espacios públicos fluidos, como la amplia red de dispositivos de poder estratégicamente presentes a través de toda la sociedad. Esto es vital sobre todo en el contexto de una sociedad democrática en la que la autodeterminación efectiva de sus sujetos sustituye la soberanía abstracta del pueblo y la soberanía efectiva de la oligarquía que ha gobernado hasta ahora en exclusión de la mayoría. En ese sentido, hay que re-crear el Estado haciéndolo más difuso y fluido como el poder y las nuevas formas ampliadas y desbordantes que asumen en estos tiempos los espacios públicos. Tiene que socializarse, dejar de existir como algo ajeno a o por encima de los ciudadanos. Tiene que desterritorializarse y encarnarse en el espacio público no estatal; hacerse general y particular a la vez; asumir la forma dialógica de una comunidad de sujetos soberanos, que es a su vez un conjunto de comunidades y sujetos autodeterminados.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Sobre este tema, véase a Oscar Correas, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, Fontemara, México, D. F., 2003.

<sup>28</sup> A esto se refiere Boaventura de Sousa Santos como “convertir al Estado en componente del espacio público no estatal. Esta última transformación del Estado es la que denomino Estado como novísimo movimiento social”. Abunda al respecto lo siguiente: “Las principales características de esta transformación son las siguientes: compete al Estado, en esta emergente organización política, coordinar los distintos intereses, flujos y organizaciones nacidos de la desestatalización de la regulación social. La lucha democrática se convierte así, ante todo, en una lucha por la democratización de las funciones de coordinación. Si en el pasado se buscó democratizar el monopolio regulador del Estado ahora se debe, ante todo, democratizar la desaparición de ese monopolio.” Boaventura De Sousa Santos, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, CLACSO, Buenos Aires, 2005, p. 49.



Sólo de esa manera, insisto, desaparece el Estado tal y como hasta hoy se ha conocido: se hace comunidad, democráticamente potenciada, cultural y políticamente plural. La descolonización plena sólo se alcanzará desde el movimiento real que va anulando el estado de cosas actual, como reflejo del modo de vida construido desde la comunidad, es decir, desde la instancia local de producción y reproducción de toda realidad material, incluyendo las relaciones sociales y de poder. Es allí, repito, que en última instancia se atan y desatan los nudos del poder y no desde el ideal o el artificio del Estado, en su forma centralizada o descentralizada. Para ello hay que superar la categoría formalmente unitaria de sujeto y abrir el camino al reconocimiento efectivo de la especificidad de los diversos sujetos que constituyen la comunidad política dada, es decir, a la pluralidad radical de una democracia que merezca llamarse como tal.<sup>29</sup>

Crecientemente se va potenciando un desfase entre el mundo deificado de lo jurídico<sup>30</sup> y el mundo real de los procesos de autodeterminación de nuestros pueblos, tanto en sus expresiones singulares como colectivas, locales y generales. Bajo éste se va confrontando la racionalidad formal que ha tendido a prevalecer bajo el Estado de Derecho liberal moderno.<sup>31</sup> A partir de ella, la

<sup>29</sup> Puntualizan Laclau y Mouffe: "El pluralismo es radical solamente en la medida en que cada uno de los términos de esa pluralidad de identidades encuentra en sí mismo el principio de su propia validez, sin que ésta deba ser buscada en un fundamento positivo trascendente –o subyacente– que establecería la jerarquía o el sentido de todos ellos, y que sería la fuente y garantía de su legitimidad." Ernesto Laclau y Chantal Mouffe, *ibid.*, p. 188.

<sup>30</sup> Sobre el concepto de reificación en el pensamiento jurídico, véase a Peter Gabel, "Reification in Legal Reasoning", en Piers Beirne & Richard Quinney, *Marxism and Law*, John Wiley & Sons, New York, 1982, pp. 262-278.

<sup>31</sup> Según Max Weber, el derecho de racionalidad formal es el que ha hecho posible el desarrollo capitalista ya que ha sido el vehículo ideal para que el individuo pudiese actuar a través de las acciones racionales de propósito, aquel tipo de acción que busca el mayor beneficio individual en el mercado. En la alternativa, el derecho basado en una racionalidad material o sustantiva introduce elementos éticos o morales para su debida fundamentación y legitimación. Max Weber, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 1964, pp. 648-660. Sin embargo, Weber no pudo percibir como la extrema formalización y burocratización del Estado de Derecho moderno llevaría a su eventual crisis. Ello produjo la aparición del derecho de racionalidad material o sustantiva, lo que Weber desfavorecía por introducir elementos éticos o morales en el proceso de legitimación del Derecho. Sobre el particular expresa Jürgen Habermas que "las cualidades formales del derecho analizadas por Max Weber sólo hubieran podido, en condiciones sociales especiales, posibilitar la legitimidad de la legalidad en la medida en que hubieran podido ser consideradas racionales en un sentido práctico-moral." Y añade: "Weber no reconoció este núcleo moral del derecho formal burgués porque siempre entendió las ideas morales como orientaciones valorativas subjetivas. Los valores eran considerados por Weber como contenidos no susceptibles de ulterior racionalización, incompatibles con el carácter formal del derecho. Weber no distinguió entre preferibilidad de los valores que en el marco de determinadas formas culturales de vida y de determinadas tradiciones resultan, por así decir, recomendables frente a otros valores, y la validez deontológica (o deber-ser) de normas que obligan por igual a todos los destinatarios. Weber no estableció una separación entre las estimaciones valorativas, que se dispersan a lo ancho de todo un espectro de contenidos valorativos que compiten unos con otros, y el aspecto formal de la obligatoriedad o validez de las normas, que no varía en modo alguno con los contenidos de esas normas. Con otras palabras, Weber no tomó en serio el formalismo jurídico." Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez, Sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de*

cuestión del poder y de la política responde a una concepción formal de lo jurídico y, en particular, de la soberanía mediante el cual se colonizó al sujeto político moderno para que creyese y aceptase, disciplinadamente, que todo acto soberano se ejerce de acuerdo a lo que formalmente autoriza la ley. Bajo ésta, la única fuente material de prescripciones normativas es el Estado. Impregnado de un principio engañosamente contractualista, dicha concepción opera a partir de la siguiente ficción: la aceptación por cada sujeto de que ha voluntariamente transferido o enajenado su soberanía individual o particular en aras de la constitución de una soberanía jurídica en la forma de un poder político universalmente beneficioso. Como bien denuncia Michel Foucault la verdad histórica, sin embargo, es que bajo este modelo esencialmente hobbesiano de lo político y del poder, lo jurídico refleja básicamente el poder real, socialmente hablando, de las clases dominantes. Constituye un instrumento fundamentalmente ideológico para justificar ese poder real y reproducirlo continuamente. Sirve para legitimar u ocultar las múltiples formas de dominación. Para ello, se producen y legitiman unos saberes justificativos del orden existente y se crea una formidable red de prácticas e instituciones que garanticen la permanente reproducción del modelo.<sup>32</sup>

Este entendimiento estratégico del poder, al margen del modelo hobbesiano, se centra en la producción de subjetividades emancipadas. Bajo éste, la sociedad no es un campo jurídico ilusoriamente ordenado contractualmente, sino que un campo de batalla integrado por una serie de trincheras de lucha. La conciencia plena de ello nos permite rescatar la memoria histórica de las luchas pasadas, así como la pertinencia de las luchas reales del presente. Puntualiza Foucault que de lo que se trata es de “recuperar la sangre que se secó en los códigos”, rescatar los gritos emancipadores que fueron ahogados en “en el absoluto de la ley” y reconstituir al sujeto a partir de sí mismo y su hacer.<sup>33</sup> A partir de esta insurrección de saberes y prácticas, el filósofo francés nos convida a la construcción de otro Derecho y otra política liberada de la versión jurdicista de la soberanía y comprometido con la transformación radical de dicho principio a partir de su realidad material y efectiva.

El Derecho así empieza a ser refundado a partir de unas nuevas fuentes materiales de prescripción normativa: unas fuentes informales y no estatales. En

---

*teoría del discurso*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, pp. 542-543. Por su parte, Pietro Barcellona señala que el artificio del formalismo jurídico tuvo como fin primordial neutralizar la lucha social y política al interior del Estado de Derecho moderno. El orden jurídico formal pretende ocultar al orden social real y de esa manera apuntalar el poder de los grupos sociales, económicos y políticos hegemónicos. Pietro Barcellona, *Postmodernidad y comunidad: El regreso de la vinculación social*, Editorial Trotta, Madrid, 1992, pp. 45-51.

<sup>32</sup> Giorgio Agamben se refiere a la “guerra civil legal” que resulta de los forcejeos sociales y políticos que resultan como resultado que el actual poder estatal pretende responder policial y represivamente a una serie de conflictos internos y externos que percibe como amenazantes a su continuidad. Véase a Giorgio Agamben, *ibid*, pp. 13-26.

<sup>33</sup> Foucault, Michel. *Defender la sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000, pp. 60-61.

ese sentido, la autodeterminación no depende esencialmente de su reconocimiento jurídico por el Estado para que exista, sino que es su ejercicio real, como acto de voluntad emancipada, lo que lleva a su posterior reconocimiento y efectividad en el plano de lo jurídico. Lo jurídico, en fin, se construye sobre situaciones de hecho, situaciones de fuerza. El modelo estratégico nos advierte que todo poder es, en última instancia, una realidad ascendente y no descendente. Es esencialmente desde la base de la sociedad que se reproduce o se transforma. Es allí que radica el poder constituyente, fuente última de producción normativa para una comunidad dada. En ese sentido, la nueva geometría del poder que Venezuela se propone constitucionalizar, es en última instancia el reconocimiento de jure de la realidad que sostiene el actual proceso revolucionario. Ello quedó ampliamente testimoniado cuando el pueblo que mayoritariamente eligió a Chávez, se movilizó para salvarle del intento de golpe de estado de abril de 2002.

Según el prominente filósofo italiano Gianni Vattimo, la liberación de América Latina cobra un nuevo y tal vez decisivo protagonismo. En unas declaraciones hechas con motivo de una reciente estancia en La Habana, Vattimo dice ver con esperanza el surgimiento de un proyecto social colectivo cada vez más amplio en la América Latina que, no obstante sus imperfecciones, se acerca más que ningún otro proceso de cambio a la transformación que necesita el mundo actual.<sup>34</sup> “Necesitamos que América Latina nos salve de la dominación estadounidense. He cultivado este sueño en estos últimos años, porque América Latina tiene recursos, fuerza demográfica, capacidad de resistencia, no militar sino económica, frente a Norteamérica”, expresa. El filósofo postmoderno, que hoy se decanta creyente en el ideal comunista, convida a la creación de “islas de comunismo”, a la multiplicación de las iniciativas emancipadoras por doquier, abordando la llamada toma del poder total con mayor humildad y realismo, sobre todo a la luz de lo elusivo que dicho poder total ha demostrado ser a través de la experiencia histórica.<sup>35</sup>

La América Latina se erige así tal vez en el principal referente para la articulación de un nuevo discurso emancipador dentro de la comunidad internacional<sup>36</sup>, que incluye un replanteamiento radical del ideal democrático. Si

---

<sup>34</sup> “En estos años he venido a Cuba y he conocido a la Venezuela de Chávez. Sé que tienen límites, pero son lugares donde se intenta lograr una forma de participación popular sin los límites que hoy tienen las democracias occidentales”. Jordi Puyol, “Gianni Vattimo: La liberación del hombre es una liberación a su creatividad”, *La Jiribilla V*, La Habana, 17-23 de febrero de 2007. Sobre este tema, véase también la ilustrativa entrevista al Presidente de la Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba, Ricardo Alarcón de Quesada García, “Hablemos de democracia”, *Bohemia*, La Habana, 21 de mayo de 2004.

<sup>35</sup> Vattimo desarrolla estas ideas en su reciente obra: Gianni Vattimo, *Ecce Comu*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2006.

<sup>36</sup> Caballero Harriet se refiere así a Latinoamérica como la gran esperanza del futuro: “Ha llegado la hora Latinoamericana. La hora en que, superando las cadenas de las tuteladas interesadas, de los ingerencias manipuladoras, de los complejos, y neutralizando los mecanismos paralizadores, ofrezca al mundo el modelo del Nuevo Contrato Social que, realizado a modo de ‘pactum unionis’, sobre la base indefectible de la solidaridad, entre todas las culturas latinoamericanas, tendrá por objeto la

bien estamos en medio de unos nuevos y esperanzadores tiempos, los mismos no son homogéneos ni monolíticos, sino que poseen una riqueza singular precisamente por lo mismo y lo diferente que anidan en su seno. Las diversas experiencias productoras de saberes y prácticas alternativas no están exentas de contradicciones, como cualquier proceso histórico. Cada foco particular de cambio está caracterizado por variadas intensidades y profundidades. Cada conjunto específico de voluntades que se accionan lo hacen desde sus respectivas circunstancias nacionales, regionales y comunitarias. Sin embargo, si hay algo que distingue a cada una dentro del actual mapa estratégico latinoamericano, es la irrupción del protagonismo propio de los hasta ayer excluidos de nuestras tierras, es el despertar del soberano popular que lejos de aceptar su descalificación, se ha apuntalado dialécticamente en esa misma condición para empezar la ardua pero inescapable labor de refundarlo todo desde sí mismo. Estamos, pues, ante una ruptura epocal que potencia, tal vez como nunca antes, la posibilidad de forjar la segunda independencia de Nuestra América, aunque esta vez no a partir de modelos importados de otras circunstancias, sino que desde abajo y a partir de sí misma. Ha llegado la hora de Nuestra América.<sup>37</sup>

Hace unos días le confesaba a mi entrañable amigo Oscar Correas que, al igual que él, hoy yo sueño con cosas maravillosas. Ahora bien, no se trata sólo de soñar sin que, sobre todo, de instituir, de construir. De ahí que Oscar y yo, junto a unos compañeros de la Universidad Bolivariana de Venezuela, hemos estado articulando una propuesta hacia la agrupación en una red dinámica, interactiva y cooperativa, de todos los que nos dedicamos a la crítica jurídica y a las prácticas alternativas de lo jurídico en apoyo a las

---

convivencia cultural comunicativa en la que el individuo entendido, no como el ente abstracto kantiano, sino como la realidad tridimensional, esto es como sujeto cultural, como sujeto político-democrático y como sujetos de derechos universales, se libere de las cadenas que suponen en falso trinomio crecimiento/ desarrollo/ dicha y pueda encontrar su evolución a través del definitivo equilibrio con el medio, esto es, en palabras de J. J. Rousseau en el *Second Discours*, la verdadera felicidad.” Francisco Javier Caballero Harriet, *Del ‘sueño americano’ al ‘sueño latinoamericano’*, Conferencia magistral ofrecida en la Universidad Autónoma de Santo Domingo el pasado 4 de junio de 2007 con motivo de conferírsele el grado de Doctor Honoris Causa por dicha universidad primada de la América nuestra, pp. 37-38.

<sup>37</sup> De Sousa Santos, Boaventura. ve en la propuesta hecha por José Martí, en su ensayo “Nuestra América”, el conjunto de ideas que deben presidir sobre esta hora protagónica de la América Latina: (1) la América Latina debe buscar dentro de sus propias raíces y luchas las bases para la edificación de un conocimiento y un sistema de gobierno, en vez de importarlos de Europa o Estados Unidos; (2) nuestras raíces son un cántaro complejo de mezclas, a partir del cual se debe contextualizar cualquier aspiración de universalidad; (3) para la construcción de cimientos políticos y sociales genuinos, los latinoamericanos necesitamos construir también un saber auténtico que parta del saber de la gente de estas tierras y esté afincado en las propias realidades; (4) nuestras raíces son las de Calibán: negras e indígenas, mulatas y mestizas; y (5) el pensamiento político de Nuestra América es anticolonial y antiimperialista, a la vez de estar comprometido con la unidad de sus pueblos y con una exigencia ética de igualdad sustantiva. Boaventura De Sousa Santos, *Conocer desde el Sur: Por una cultura política emancipatoria*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2006, pp. 171-176. Véase también a José Martí, *Nuestra América*, Editorial Losada, Buenos Aires, 2005, pp. 13-25.

transformaciones refundadoras que hoy se viven en nuestra región. Pues, si bien ha llegado la hora de Nuestra América, ha llegado también la hora de que los que desde el campo de lo jurídico creemos en ella, pasemos a organizarnos para responder a sus retos refundadores.

## EL DERECHO A LA REVOLUCIÓN<sup>1</sup>

ANTONIO SALAMANCA.<sup>2</sup>

**Resumen:** El presente artículo propone y reivindica la positivación del derecho a la revolución de los pueblos como complemento, en su concreción histórica, del derecho universal a la vida. El derecho a la revolución es la positivación autonormativa de las necesidades de vida de los pueblos, su satisfacción y la reversión de la insatisfacción, mediante la sanción coactiva de la fuerza física de la comunidad. El derecho a la revolución es una obligación moral histórica. Tiene por contenido la estructura de las necesidades materiales que permiten la producción y reproducción de la vida de los pueblos. El derecho a la revolución es el contenido jurídico del proyecto de la revolución política de los pueblos.

**Resumo:** O presente artigo propõe e reivindica a positivação do direito à revolução dos povos como complemento, na sua concretização histórica, do direito universal à vida. O direito à revolução é a positivação autonormativa das necessidades de vida dos povos, sua satisfação e a reversão da insatisfação, mediante a sanção coativa da força física da comunidade. O direito à revolução é uma obrigação moral histórica. Tem por conteúdo a estrutura das necessidades materiais que permitem a produção e reprodução da vida dos povos. O direito à revolução é o conteúdo jurídico do projeto da revolução política dos povos.

**Abstract:** This article proposes and reinvokes the positivization of the community's right to revolution as a complement, in its historical concretion, to the universal right of life. The right to revolution consists in the autonormative positivization of the communities' needs of life, their satisfaction and the reversion of dissatisfaction, through the coactive use of physical force as a sanction. The right to revolution, in this account, is considered a moral obligation. It has as its content the structuration of the material needs that allow the production and reproduction of communal life. The right to revolution is the content of the communities' political revolution legal project.

### I. Introducción.

El concepto de *Derecho a la Revolución* que postulamos necesita primero delimitar el significado del término 'revolución', así como diferenciarlo del concepto 'derecho de resistencia a la opresión'.

En primer lugar, *Revolución* es un término que las ciencias sociales toman de la astronomía (un revolver orbital). Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por revolución debe entenderse: (1º) La acción y efecto de revolver o revolverse; (2º) Cambio violento [por la fuerza, diríamos nosotros] en las instituciones políticas, económicas o sociales de una nación; (3º) Inquietud, alboroto, sedición; (4º) Cambio rápido y profundo en cualquier cosa. Sin embargo, sería una reducción y un error analítico-dialéctico

<sup>1</sup> Recibido el de 03 julio de 2008. Aprobado el 15 de noviembre de 2008.

<sup>2</sup> Es profesor de Derecho (invitado) en la Universidad Autónoma San Luis Potosí.

limitar la acción de revolverse al momento de uno de sus actos: el acto de la rapidez del alboroto en el cambio, por la fuerza o la violencia, de las instituciones de un país.

El marxismo enriqueció el término 'Revolución' en un doble frente: 1º Entendiéndolo como una transformación radical de las relaciones sociales en orden a la producción y reproducción de la vida de los pueblos. 2º La Revolución en, la conceptualización marxista, es un mismo proceso histórico con tres fases temporales: (1ª) Es revolución en la preparación de la hegemonía revolucionaria bajo la contrarrevolucionaria; (2ª) Es revolución en el momento de la pugna por la hegemonía en la correlación de fuerzas revolucionarias frente a las contrarrevolucionarias. (3ª). Es revolución en la duración de la hegemonía revolucionaria<sup>3</sup>. Como puede verse, el concepto marxista de 'revolución política', que creemos más ajustado a los hechos, es un concepto de contenido positivo, como afirmación de la producción y reproducción de la vida de los pueblos, que incluye el 'estado de rebelión', como uno de sus momentos. Pero la acción revolucionaria es más que el momento de un acto, es la unidad temporal en ejecución de la praxis reproductora de la vida del pueblo que se dilata en la historia haciéndose perdurable con la fuerza de su habitualidad hegemónica<sup>4</sup>. Refiriendo a la revolución política de los pueblos lo que J. Martí refería a la justicia: *de la Revolución política no tienen nada que temer los pueblos, sino los que se les resisten*.

En segundo lugar, el *derecho de resistencia* a la opresión no es necesariamente derecho a la revolución. En la Historia, la praxis del derecho de resistencia es un hecho universal en sus diversas modalidades como ejercicio del derecho a la autodeterminación frente al invasor, al imperialismo colonial, al señor feudal, al imperialismo capitalista, etc. La teorización de este derecho la encontramos en todos los pueblos, sea frente a la opresión externa (v.gr. en defensa de los derechos de culto frente al enemigo religioso externo como la rebelión de los macabeos en el siglo II a. C. contra la helenización griega forzada del pueblo judío; la resistencia de los cristianos frente al imperio romano, la resistencia de los pueblos americanos frente a la Conquista desde 1492, etc.), sea frente a la opresión interna (v.gr. la muerte al tirano o al monarca (monarcómanos) en las guerras de religión entre protestantes y católicos en la Europa del siglo XVII, etc.). Ya desde antiguo (v.gr. con Platón)

<sup>3</sup> Sartori, G., recuerda que los marxistas consiguieron identificar el concepto 'revolución con la izquierda', y que además lo extendieron más allá del momento de la ruptura al tiempo del triunfo hegemónico, SARTORI, G., *Democracia después del comunismo* (Madrid: Alianza Editorial, 1993) 35-40; ECHEVERRÍA, B., *Valor de uso y utopía* (México D. F.: Siglo XXI, 1998) 67-76. Cfr. BOBBIO, N., *Teoría General de la Política* (Madrid: Trotta, 2003) 276; 285; 617-681; CORREAS, O., *Acerca de los Derechos Humanos. Apuntes para un ensayo* (México: Ediciones Coyoacán, 2003) 9; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 2004) 927-940; 942.

<sup>4</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia* (Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003) 209-211; BERMAN, H., *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition* (Cambridge: Harvard University Press, 1983).

encontramos reflexiones sobre el derecho a la resistencia a la opresión de la tiranía. En la Europa de los siglos XIII hasta el siglo XVIII se va a intensificar la reflexión sobre el tema con autores como Tomás de Aquino, Francisco de Vitoria, Juan de Mariana, Domingo de Soto, Tomás de Mercado, Francisco Suárez, Teodoro Beza, John Ponet, Locke, etc.). John Ponet, en el siglo XVI, en su obra *Breve tratado del poder político*, incluso llega a defender la resistencia a la opresión, el tiranicidio, como un deber político. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos recoge el derecho a la resistencia de forma implícita (como cambio del gobierno destructor de los derechos inalienables de la vida, libertad, búsqueda de la felicidad, etc.). El constitucionalismo le otorga rango constitucional de forma explícita, como derecho de resistencia a la opresión, en la Constitución francesa de 1789. En el ámbito latinoamericano, aparece en el proyecto de Constitución Mexicana de 1814. El derecho a la resistencia a la opresión es reconocido de forma implícita por la Carta de las Naciones Unidas. Como ‘supremo recurso’ a la resistencia a la tiranía y a la opresión, aunque no positivado como derecho, es reconocido por el mismo Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Allí se dice textualmente: “Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

Sin embargo el derecho de resistencia no es el derecho a la revolución que reivindicamos. Resistencia, sin más, es rendición. Históricamente, el derecho a la resistencia: 1º Se enfrentó con el ejercicio despótico del gobierno, reclamando autodeterminación del pueblo; 2º Limitó su ámbito a sistemas donde no había ‘democracias electivas pluripartidistas’; 3º Su finalidad era la liberación de la opresión; la justicia, el bien común, o la felicidad. *El derecho a la revolución*, por el contrario: 1º Se enfrenta al ejercicio despótico del gobierno, pero no sólo, sino a todo el sistema de relaciones sociales del sistema político de dominación; 2º Las partidocracias son también objeto de la reversión; 3º La finalidad es el establecimiento de un Estado Socialista de Derecho revolucionario (ESDR), como satisfactor institucional de las necesidades materiales de los pueblos para que puedan producir y reproducir sus vidas.

## **2 Hecho de partida, concepto y fundamento del Derecho a la Revolución.**

### **2.1 Hecho de partida del Derecho a la Revolución.**

El hecho de la vida de los pueblos como *praxis material necesitante de realidad* (PMR) es el hecho de partida para el Derecho revolucionario (DR). Las necesidades de vida de los pueblos urgidas de satisfacción es el ‘lugar jurídico’



donde se origina el sistema del Derecho<sup>5</sup>. Asentados en ese hecho radical, los pueblos latinoamericanos, y los del conjunto de la Tierra, tienen un derecho inalienable que posibilita todos los demás: *el derecho humano a la vida y a reproducir sus condiciones de vida*<sup>6</sup>. La experiencia jurídica internacional ha llevado al Comité de Derechos Humanos a afirmar 'la vida como el derecho fundante de todos los demás'. Pero, al tiempo, este hecho y derecho fundante exigen que se entienda la vida más allá de la mera subsistencia orgánica animal, porque la vida humana es 'praxis material-necesitante de realización'<sup>7</sup>.

Afortunadamente, en el amanecer del siglo XXI, el contenido del derecho a la vida humana de los pueblos se encuentra positivado en las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos, y en las Constituciones de la mayoría de todos los países. Sin embargo, la formulación internacional incompleta de este derecho ha 'expropiado a los pueblos de su derecho humano a la vida revolucionaria'. La formulación 'universal' del derecho a la vida debe completarse desde el dinamismo de su concreción histórica<sup>8</sup>. Esto es, el derecho universal a la vida humana se materializa siempre históricamente como el derecho que tienen los pueblos a afirmar la satisfacción de sus necesidades materiales de vida y a revertir la insatisfacción de las mismas. Es decir, el derecho humano universal a la vida es históricamente *el derecho humano concreto a la revolución*. De este modo, la Revolución se constituye en fuente de derechos ya que se asienta radicalmente en la unidad de un derecho originario que tienen todos los pueblos; si se quiere: *el derecho a la vida-revolucionaria*. El derecho a la revolución estaba claro para K. Marx y Engels, así como que éste era la condición para la democracia<sup>9</sup>.

La experiencia histórica afirma, y no puede negarse este hecho, que la Revolución ha sido y es fuente de Derecho. "[n]egar que la Revolución es fuente de derecho, sería negar que en 1787 los Padres Fundadores de los Estados Unidos de América aprobaron su Constitución Republicana y proclamaron presidente de esa nación al general George Washington, quien los

<sup>5</sup> Cfr. Dussel, E., *Política de la liberación. La arquitectónica* (Madrid: Trotta, 2008) § 352. En cuanto al origen de los derechos, las luchas populares no son su origen necesariamente, como afirma E. Dussel, sino la praxis jurídica de los pueblos que positivizan sus necesidades materiales de vida y la obligación de satisfacción de las mismas. En ocasiones, esta praxis puede ser resultado de la praxis revolucionaria de lucha de los pueblos contra la praxis contrarrevolucionaria, pero en otras puede ser perfectamente fruto de la praxis política afirmativa de la hegemonía revolucionaria. Cfr. Dussel, E., *20 Tesis de Política*, (México: Siglo XXI Editores, 2006) 144.

<sup>6</sup> Hinkelammert, F. J., *Crítica de la razón utópica* (Bilbao: Desclee, 2002) 317-323; cfr. DUSSEL, E., *Hacia una Filosofía Política Crítica* (Bilbao: Desclee, 2001) 103-110; 103; 114-119; cfr. SENENT, J. A., *Ellacuría y los derechos humanos* (Bilbao: Desclee de Brouwer, 1998); cfr. SANCHEZ RUBIO, D., *Filosofía, derecho y liberación en América Latina* (Bilbao: Desclee de Brouwer S.A., 1999).

<sup>7</sup> UN: ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, *General Comments (HRC) n° 6; 14: The right to life: Compilation of general comments and general recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies: (HRI/GEN/1/Rev.7., 2004) 128-9; 139.*

<sup>8</sup> Cfr. Sánchez Rubio, D., *Reversibilidad del derecho: los derechos humanos tensionados entre el mercado, los seres humanos y la naturaleza: Pasos*, n° 116 (2004).

<sup>9</sup> Boron, A., *Tras el búho de Minerva* (Buenos Aires: CLACSO, 2000) 67; 71.

había conducido a la victoria sobre el colonialismo inglés; o negar los principios de libertad, igualdad, y fraternidad de la Revolución Francesa, que dio inicio a una nueva era de la Humanidad”<sup>10</sup>; o negar el derecho de la ‘primera emancipación’<sup>11</sup> de la Revolución Mexicana de 1810, hoy en vísperas de su segundo centenario; o negarle al pueblo las realizaciones de la Revolución Cubana; o negar las transformaciones, desde 1999, de la Revolución Bolivariana de Venezuela<sup>12</sup>, o negar el derecho al triunfo electoral, en 2006, de las revoluciones incipientes en Bolivia, Ecuador y Nicaragua.

## 2.2. Concepto del Derecho a la Revolución.

El Derecho a la revolución lo conceptualizamos como *la positivación por los pueblos de sus necesidades materiales de vida, su satisfacción y la reversión de la insatisfacción de las mismas, bajo la sanción coactiva de la fuerza física de la comunidad*<sup>13</sup>. Este concepto ‘iusmaterialista’<sup>14</sup> de Derecho puede converger con lo más emancipador de la tradición iusnaturalista, marxista<sup>15</sup> y positivista<sup>16</sup>. Sin embargo, es una formulación que mantiene su distancia respecto de algunas corrientes de la Filosofía del Derecho, la Sociología<sup>17</sup>, y el Derecho positivo que coinciden en entender que “el derecho es un cuerpo de procedimientos regularizados y patrones normativos, considerados justificables en un grupo social dado, que contribuyen a la creación, prevención y resolución de litigios, a través de un discurso argumentativo articulado bajo la amenaza de la fuerza”<sup>18</sup>. Con nuestro concepto de Derecho revolucionario respondemos a la urgencia de articular dos ámbitos tradicionalmente separados y casi incompatibles para la tradición marxista: el Derecho y la Revolución<sup>19</sup>. Sin

<sup>10</sup> Miranda Bravo, O., *Cuba/USA Nacionalizaciones y Bloqueo* (La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 20032) 6; 4-6.

<sup>11</sup> Miranda Bravo, O., *Cuba/USA Nacionalizaciones y Bloqueo* (La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 20032) 6; 4-6.

La ‘primera emancipación’, siguiendo a E. Dussel, es la emancipación política frente a España. Quedaría pendiente una ‘segunda emancipación’, en la que el pueblo mexicano consiga el poder que detenta la oligarquía burguesa criolla y mestiza; y democratice, además de las instituciones de representación política, las instituciones económicas. silenciada

<sup>12</sup> Cardenal, E., Venezuela: La Revolución: *Pasos*, v.124 (2006).

<sup>13</sup> Salamanca Serrano, A., *Fundamento de los derechos humanos* (Madrid: Nueva Utopía, 2003) 269-325.

<sup>14</sup> Cfr. Mariategui, J. C., *En defensa del marxismo*, o. c., 58; 60.

<sup>15</sup> Correas, O., *Metodología Jurídica* (México: Distribuciones Fontamara, S. A., 19982) 238-239; cfr. MARIÁTEGUI, J. C., *En defensa del marxismo* (Lima: Editora Amauta, 1978) 67.

<sup>16</sup> Correas, O., *Metodología Jurídica*, o. c., 90-97; 203.

<sup>17</sup> Un concepto de Derecho, común en la Sociología, lo define como: “el discurso prescriptivo autorizado, que organiza y por ello legitima la violencia, y que es reconocido como tal, CORREAS, O., *Pluralismo Jurídico. Alternatividad y Derecho Indígena (Ensayos)* (México: Fontamara, 2003) 13. También es frecuente definir el Derecho como un conjunto de normas que regula la vida de un grupo organizado, cfr. BOBBIO, N., *Teoría General de la Política*, o. c., 254.

<sup>18</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente*, o. c., 331.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 208.

embargo, conviene no olvidar, como ocurre con la Política, que también cabe un uso injusto y torcido del Derecho. En ese caso, y sin la necesaria diferenciación, con el concepto de Derecho se quiere indicar el 'legalismo', heterónimo y opresor, de un 'pseudoderecho' contrarrevolucionario.

El concepto de Derecho que ofrecemos tiene una estructura analítico-dialéctica trimembre, en correspondencia a la estructura de la praxis material-necesitante de realidad de los pueblos. Del mismo modo que K. Marx realizó su análisis de la estructura de la praxis económica, se puede realizar un análisis dialéctico de la estructura de la praxis jurídica en sus dos posibilidades históricas: como praxis jurídica revolucionaria, o como praxis legal contrarrevolucionaria. Esta última no es propiamente Derecho, porque, a pesar de su legalidad, le falta el momento de legitimidad material originaria que otorga la satisfacción de las necesidades materiales de la vida humana. Por tanto, sólo en sentido impropio se puede hablar de un 'derecho' contrarrevolucionario. En todo caso son normas contrarrevolucionarias, legalismo sin legitimación. Pues bien, la estructura de la praxis jurídica, del Sistema del Derecho Revolucionario, como ocurre en la praxis económica analizada por K. Marx, es un dinamismo material histórico concreto de producción, circulación y apropiación del Derecho por los pueblos.

1º. La *praxis de producción jurídica* (del Derecho), en su respectiva autonomía, consiste en que las necesidades materiales de vida de los pueblos y los medios de positivación entren en combustión (interacción) con la fruición de la fuerza de positivación jurídica de los pueblos para crear un satisfactor jurídico: las normas jurídicas.

(1ª) En primer lugar, la materia objeto del Derecho es la constante de las *necesidades materiales de vida de los pueblos y los medios de positivación*. La estructura material de las primeras es abordada en la obra *Filosofía, Política y Derecho a la Revolución*<sup>20</sup>, y allí nos remitimos. En cuanto a los medios de positivación nos referimos a los medios personales y técnicos para la creación de las normas (costumbre, instituciones comunitarias, etc.). Mala praxis jurídica y mal Derecho podrá hacerse si no se parte de la materialidad de las necesidades de vida de los pueblos (v.gr. el 'derecho' burgués que parte de deseos, principios, reivindicaciones, valores, etc.), y no se dispone de medios personales (v.gr. ausencia del pueblo legislador) y técnicos (v.gr. buena parte de los países africanos a los que se les ha robado las instituciones del Estado).

(2ª) La *positivación jurídica*<sup>21</sup> es el modo cómo se expresa la fuerza frutiva del poder en la praxis jurídica. Lo que llamamos fuerza frutiva de positivación jurídica no es otra cosa que el poder de autonormación del contenido material de la justicia, bajo la sanción coactiva de la fuerza física de la comunidad.

<sup>20</sup> Salamanca Serrano, A., *Filosofía, Política y Derecho a la Revolución* [Tesis Doctoral en Filosofía Política] (México D. F.: Universidad Autónoma Metropolitana, 2008).

<sup>21</sup> Salamanca Serrano, A., *Fundamento de los derechos humanos*, o. c., 269-298.

En cuanto autonormación, la positivación jurídica es la fuerza de los pueblos que se *autodetermina* normativamente como sujeto autónomo<sup>22</sup>. A esto le llamamos *legitimidad autonormativa*. Esta legitimidad puede reforzarse con la legitimidad electiva por mayoría de votos. Ahora bien, esta legitimidad no es condición suficiente. Esto es, puede ocurrir que la mayoría de votos de los pueblos elija, por ejemplo, la heteronomía normativa religiosa, colonial, imperial, etc. En estos casos la autonormación sólo queda circunscrita a la minoría que cuenta con la ‘fuerza’ (con el poder de la legitimidad política originaria) para la autonormación. Como dice S. Bolívar, “[t]odo no se debe dejar al acaso y a la aventura en las elecciones: el Pueblo se engaña más fácilmente que la naturaleza perfeccionada por el arte...”<sup>23</sup>.

Con relación a la justicia, como el contenido material de la autonormación<sup>24</sup>, como la justicia es la praxis material de los pueblos que afirma la satisfacción de sus necesidades materiales de vida, y que revierte su insatisfacción, lo que se norma es eso precisamente. El contenido de la autonormación de la justicia no es arbitrariamente de cualquier ‘reivindicación’, sino de las necesidades materiales que tienen los pueblos para reproducir sus vidas. Ésta es la fuente de lo que hemos denominado *legitimidad política originaria* (legitimidad de vida). La relación entre la legitimidad autonormativa y la legitimidad política originaria es la relación entre la parte (legitimidad auto-normativa) y el todo (la legitimidad originaria). La legitimidad autonormativa (reforzada con la legitimidad electiva) no basta para hacer a la norma legítima, ya que se requiere la legitimación completa de la legitimidad de vida. Si la mediación de la legitimidad autonormativa (la parte) resultara contraria a la legitimidad de vida (el todo), ésta habrá de crear otra legitimidad autonormativa, y electiva, en su caso<sup>25</sup>.

En lo que concierne a la sanción coactiva de la fuerza física de la comunidad, la fuerza frutiva de positivación jurídica tiene una particularidad con respecto a otros tipos de positivaciones (v.gr. moral, costumbres, etc.). La positivación jurídica recurre a la ejecución de *la coacción de la fuerza física de la comunidad para ‘imponer’ el reconocimiento de las necesidades de vida de los pueblos; la producción, circulación y apropiación de los satisfactores; y la satisfacción de las necesidades*. La mediación de esta coacción es la sanción jurídica. La sanción coactiva de la fuerza física es la fuerza de la vida (poder de la praxis de vida) que tienen los pueblos para garantizar la satisfacción de las necesidades materiales que han merecido ser positivadas por su relevancia para la vida de la comunidad. El contenido de la sanción jurídica es afirmativo, de la praxis jurídica revolucionaria de los

<sup>22</sup> Ibid., 299-314.

<sup>23</sup> Bolívar, S., Discurso de Angostura (1819): *SIMÓN BOLÍVAR. Escritos políticos*, o. c., 109.

<sup>24</sup> Cfr. Bidet, J., *John Rawls y la teoría de la justicia* (Barcelona: Ediciones Bellatera, 2000).

<sup>25</sup> Para E. Dussel, “todo el edificio de la legitimidad del sistema del derecho (y el propio Estado) se funda en el poder consensual de la comunidad política (desde abajo)”, DUSSEL, E., *Política de la liberación. La arquitectónica*, o. c., § 355.

pueblos; y ‘reversivo’, de la praxis jurídica contrarrevolucionaria. Desde luego, la sanción de la fuerza física no es la única de las formas que tiene el Derecho para conseguir el cumplimiento de las normas. Las sanciones morales, por ejemplo, son también un recurso muy efectivo. Ello es así porque el Derecho es una parte de la Moral material. Las normas jurídicas son parte acotada de las normas morales. Lo que especifica al Derecho de la Moral es que aquél recurre a la coacción de la fuerza física institucionalizada del Estado, de la comunidad, como garante último del cumplimiento de la norma. No basta únicamente la sanción coactiva, puesto que la Moral también recurre a la coactividad de la sanción para garantizarse el cumplimiento de las normas morales. La sanción coactiva ha de garantizarse en último término mediante el uso de la fuerza física institucionalizada de la comunidad, que se impone sobre el ejercicio de la libertad del trasgresor de la norma<sup>26</sup>.

(3ª) El fruto de la producción de la praxis jurídica es un satisfactor: *las normas jurídicas*. La norma es creación teleológica. No termina en sí misma (fetichizándose), sino que es una mediación comunitaria para asegurar la producción y reproducción de la vida humana de los pueblos.

Los tres momentos de la estructura de la praxis de producción jurídica son interdependientes. El elemento coactivo de la sanción de la fuerza no puede ser desgajado del resto, y presentado como lo que caracteriza al Derecho. La voluntad de la fuerza, por sí sola, no crea Derecho, sino más bien termina en la violencia arbitraria del poder. Del mismo modo, la mera autonormación, por sí sola, tampoco crea Derecho, a lo más que puede llegar es a un uso lógico, finalista, de la violencia del poder. Tanto la auto-normación como la sanción de la fuerza física encuentran su brújula en la legitimación originaria (de vida), esto es, en la praxis de justicia como la satisfacción de las necesidades materiales de vida de los pueblos. Por eso el Derecho, como norma jurídica, es el satisfactor jurídico de la Justicia material.

2º *La praxis de circulación jurídica*. En primer lugar, la norma jurídica, como satisfactor jurídico, además de su ‘valor de uso personal’, tiene ‘valor de uso para otros’. Esto es, vale para satisfacer las necesidades de vida de los otros miembros de los pueblos, gracias a ello, la norma jurídica entra en la circulación normativa (sistema jurídico), en un primer momento, como ‘ley’. Utilizamos aquí el término ‘ley’ en sentido lato, no técnico-jurídico, sino en cuanto norma jurídica del sistema de Derecho que debe ser realizada bajo la correspondiente sanción de la fuerza de la comunidad (v.gr. leyes, decretos, directivas, órdenes, circulares, etc.). Así como para K. Marx, la ‘mercancía’ es la primera manifestación de la praxis económica en su momento de circulación, así ocurre con la ley vista desde la circulación del Derecho. El mercado ahora es el ‘sistema jurídico’ y la mercancía es la ‘ley’. En un segundo momento, del mismo modo que el dinero es el medio de intercambio económico en el mercado, el Derecho ‘nacional’ e ‘internacional’ (el ordenamiento jurídico

<sup>26</sup> Salamanca Serrano, A., *Fundamento de los derechos humanos*, o. c., 315-325; cfr. DE LA TORRE RANGEL, J. A., *El derecho que nace del pueblo* (Bogotá, Colombia: FICA: 2004).

nacional e internacional) es el medio de intercambio, de comunicación, normativa *ad intra* y *ad extra*. En un tercer momento, así como ocurre con el beneficio económico neto mundial de los pueblos, el fruto de la circulación mundial de la praxis jurídica es la articulación e interdependencia de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales como 'Derecho mundial'. Por desgracia, como afirma H. Dieterich, en los comienzos del tercer milenio, la hegemonía contrarrevolucionaria ha hecho que en buena parte las fuerzas de la OTAN hayan substituido al Derecho internacional de las Naciones Unidas<sup>27</sup>.

3º *La praxis de apropiación jurídica*. La praxis de apropiación jurídica es el *fortalecimiento* (empoderamiento) de los pueblos con el DR. El Sistema del Derecho Revolucionario es apropiación del sistema de Derecho por los pueblos. Este presupuesto histórico es ineludible para que pueda hablarse de un 'Derecho de los pueblos'. La praxis de fortalecimiento de los pueblos tiene sus tres momentos estructurales. En primer lugar, es apropiación de los medios de positivación. Ello implica la apropiación de las necesidades de vida de los pueblos, y los medios personales, institucionales y técnicos para la positivación. En segundo lugar, la apropiación de la fuerza de positivación significa la apropiación de la fuerza de autonormación, legitimación y sanción jurídica de los actores, de los operadores o funcionarios de las instituciones, que realizan la positivación (la apropiación del trabajo jurídico). Para que haya apropiación de la positivación jurídica no basta con ser conscientes de las necesidades y disponer de los medios de normación, hace falta también que el 'trabajo' del legislador plasme las necesidades de vida de los pueblos y su satisfacción, y no las traicione. Hace falta la fuerza de un trabajo autonormativo legítimo para crear normas jurídicas legítimas. En tercer lugar, para que el fortalecimiento de los pueblos con el Derecho sea completo hace falta que éstos se apropien de la satisfacción jurídica de todas sus necesidades de vida, y de las de todos los pueblos de la Tierra. Esto es, que los pueblos se apropien de los satisfactores jurídicos materiales del Derecho nacional, internacional y mundial.

*Estructura de la Praxis Jurídica*

<b>Producción del Derecho</b>	<b>Circulación del Derecho</b>	<b>Apropiación del Derecho</b>
Necesidades Materiales de Vida del Pueblo, y Medios de Positivación	Ley	Apropiación de la Satisfacción Material de la Ley por los Pueblos.
Positivación (Autonormación, Legitimación, Sanción)	Derecho Nacional e Internacional	Apropiación de la Satisfacción del Derecho Nacional e Internacional por los Pueblos
Norma jurídica	Derecho Mundial	Apropiación de la Satisfacción del Derecho Mundial por los Pueblos

*Cuadro 1*

<sup>27</sup> Dieterich, H., *Las guerras del Capital. De Sarajevo a Irak* (México D. F.: Jorale Editores, 2004) 150-158; 164.

### 2.3 Fundamento del Derecho a la Revolución.

En sentido general, el fundamento del Derecho revolucionario se encuentra en la vida humana de los pueblos como praxis material-necesitante de realidad<sup>28</sup>. Dentro de ella, de modo más específico, el fundamento del DR se ubica en la necesidad material estructural de fortalecimiento que tienen los pueblos: en el poder del movimiento de la PMR como fuerza<sup>29</sup>.

En la tradición filosófica y jurídica, a esta necesidad material de la praxis se le ha denominado, en cierto deslizamiento idealista, como la facultad de la *voluntad*. Con frecuencia, el contenido de la voluntad ha quedaba reducido al poder de la ejecución de la autodeterminación por ella misma (arbitrariamente). La libertad sería así el modo propio en los humanos de ejecutar la voluntad autodeterminativa independientemente del contenido de la misma. Junto a esta reducción, también ha sido frecuente la confusión en la voluntad del querer autodeterminativo y el querer frutivo (disfrute de la realidad). Desde el análisis-dialéctico de la PMR que venimos realizando hemos de afirmar que, ambas, la reducción autodeterminativa-ejecutiva y la confusión con el querer frutivo, son dos errores.

En primer lugar, lo que la tradición ha llamado voluntad es la necesidad material de fortalecimiento del poder del movimiento de la PMR que se articula, a su vez, en tres necesidades: necesidad de *liberación* de la determinación material (necesidad de indeterminación); necesidad de *autodeterminación*; y necesidad de *ejecución* de la propia autodeterminación. La necesidad de liberación material de la determinación, con frecuencia es omitida del contenido propio de lo que se entiende por voluntad y por libertad. Se parte idealistamente de un supuesto estado de liberación adonde los seres humanos hemos llegado por condición de tales. Pero es una creencia idealista ingenua creer que los seres humanos hemos adquirido ese estado necesariamente por ser seres humanos. Los hechos muestran que la indeterminación (liberación) que requiere la necesidad del fortalecimiento de la PMR, como primer momento estructural de su dinamismo, ni es una necesidad sincrónica en la vida de todos los seres humanos, ni diacrónica en la vida de cada ser humano en particular. No se puede obviar u olvidar que la satisfacción de la necesidad material de liberación de los pueblos posibilita la voluntad y la libertad. La voluntad, como la libertad, además de ser voluntad y libertad *para* y *en* la autodeterminación material, son voluntad y libertad *de* la determinación material. Lo que se entiende por voluntad y libertad han de quedar siempre articuladas en función de la estructura de la necesidad material de fortalecimiento de la PMR, frente a toda tentación idealista.

<sup>28</sup> Es lo que A. Rico Bovio llama la corporalidad, cfr., RICO BOVIO, A., *Teoría Corporal del Derecho* (México: Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 2000).

<sup>29</sup> Cfr. Pinon Gaytan, F., *Filosofía y fenomenología del poder: una reflexión histórico-filosófica sobre el moderno Leviatan* (México: Plaza y Valdés, 2003) 86-89; 95-102; 103-108.

En segundo lugar, es un error alojar el 'querer frutivo' en el contenido dinámico de la voluntad. Ésta es ciertamente autodeterminación, y a ello se le denomina habitualmente con el término 'querer'. Pero éste es un 'querer autodeterminativo'. Ahora bien, el verbo querer también significa el 'querer frutivo' del disfrute de la realidad. Éste es el contenido propio de lo que tradicionalmente se ha llamado sentimiento, y que ha quedado marginado en la historia de la articulación de las facultades de la razón y de la voluntad. Pues bien, desde nuestro análisis dialéctico del PMR, entendemos el sentimiento como la necesidad material de comunicación, y lo reivindicamos con la misma relevancia estructural que la necesidad material de intelección (la razón, en el idealismo) y la necesidad material de fortalecimiento (la voluntad, en el idealismo).

Aclarados el reduccionismo y la confusión anterior, afirmamos que el fundamento del Derecho se encuentra en el poder, en la 'poderosidad' del movimiento de la materia que en la PMR se expresa como *necesidad de la fuerza, de su fortalecimiento como tal praxis material de realidad*. Esto es, como necesidad de fuerza ejecutiva liberada en la autodeterminación para la producción y reproducción de la vida de los pueblos. Como la producción y reproducción de la vida de los pueblos es la satisfacción de todas sus necesidades materiales, y éstas son respectivas, resulta que la fundamentación del Derecho no es autorreferente sino que siempre es respectiva. El Derecho, asentado en la necesidad de fortalecimiento de la PMR, es revertido a la satisfacción de todas las necesidades de la PMR<sup>30</sup>. Ahora bien, conviene no olvidar que el poder del movimiento de la PMR tiene posibilidad de valencia binaria: la vida y la muerte de los pueblos. Como posibilidad siempre, y un hecho habitual por desgracia, el poder del movimiento de la PMR puede manifestarse históricamente como violencia, esto es, como la insatisfacción de las necesidades de vida de los pueblos. Este será el fundamento del pseudoderecho, que el pueblo suele llamar legalismo, y que nosotros denominaremos como *legalismo contrarrevolucionario*. En consecuencia, el Derecho revolucionario es una de las dos opciones que tiene el movimiento moral de la PMR. No es una imposición, sino una opción a la que se obligan los pueblos por la producción y reproducción de sus vidas. Una obligación que se materializa, se ejecuta temporalmente, como obligación moral histórica. Por ello, podemos decir que el fundamento del Derecho revolucionario es la fuerza de la obligación moral e histórica de producir y reproducir la vida de los pueblos, frente a la violencia de la reproducción de su muerte.

En primer lugar, es directamente una *obligación* pero no una imposición. Sólo indirectamente se puede decir que es una imposición. La obligación es tal porque 'obliga' a lo que está ligada. Y eso a lo que se está ligada, eso sí, se le ha impuesto a los pueblos: su praxis de realidad en cuanto 'hacerse cargo de' la necesidad de tener que 'obligarse' a reproducir su

---

<sup>30</sup> De Sousa Santos, B., *De la mano de Alicia* (Santafé de Bogotá: Ediciones Uniandes, 1998) 150; 396-419.



vida o reproducir su muerte. El hecho de la imposición de la praxis de realidad de los pueblos, en su movimiento binario oscilatorio entre la muerte (contrarrevolución) o la vida (revolución), es el fundamento de la ‘obligación’ del Derecho a la Revolución. Ambas posibilidades son igualmente originarias<sup>31</sup>. La obligación *del* Derecho a la Revolución es la necesidad binaria impuesta por la praxis de los pueblos que optan por materializar la posibilidad de producción y reproducción de la vida.

En segundo lugar, es una obligación *moral*. Esta afirmación pudiera resultar difícil de aceptar para quienes se resisten a analizar la ‘moral’ como un dinamismo material de la praxis. Parte de la tradición marxista encuentra difícil la armonización entre la ‘cientificidad’ de la Revolución y la subjetividad de la Moral. Dificultad de articulación que, como hemos indicado, se extiende al Derecho. Moral y Derecho se identifican con la ideología de la clase burguesa dominante; producto histórico de la ‘supraestructura’, reflejo de la infraestructura de las relaciones de producción. No lejos de este planteamiento se encuentra buena parte de la burguesía progresista socialdemócrata, que hace de la moral un asunto propio de la voluntad privada de los ciudadanos. La ideología jurídica contrarrevolucionaria, desde la noche de los tiempos, se ha encargado de robarle al Derecho la Moral.

Por Moral entendemos aquí un dinamismo material físico de la praxis de realidad de los pueblos que se encuentran antes de toda responsabilidad, e incluso antes de toda consciencia, con la imposición ‘física’ de tener que ‘optar’ por producir y reproducir sus vidas o muerte. Este ‘poder’ de la realidad, que en la especie humana ‘revolucionariamente’ se le apodera como ‘hacerse cargo de la realidad’ para la vida o para la muerte, es el fundamento de toda moral. Conviene llamar la atención sobre la posibilidad de bivalencia radical de la praxis moral de los pueblos. Con frecuencia se produce una reducción o deslizamiento cuando nos referimos al contenido de la moral. Y con ello la moral queda reducida a su dimensión afirmativa, personal y privada. Sin embargo, en el sentido último de imposición física que tiene la moral, tan moral es la opción por la vida como la opción por la muerte. En el primer caso la moral es de vida, en el segundo es necrófila.

A nuestro juicio, todo el conflicto, toda la lucha dialéctica que K. Marx encuentra en la sociedad responde, en última instancia, a la tensión física del código binario vida/muerte que impone la materia de la praxis de realidad<sup>32</sup>. Es esta materialidad del dinamismo binario moral de la praxis de los pueblos lo que da a la revolución, y a todas las instituciones de la comunidad, su carácter reversible, como también, por ende, a la ‘contrarrevolución’. En el primer caso, cerrando el horizonte; y abriéndolo a la esperanza en el segundo. No hay

---

<sup>31</sup> En la propuesta del profesor E. Dussel, la tendencia originaria es la ‘voluntad-de-vivir’. “Este querer-vivir de los seres humanos en comunidad se denomina voluntad. La voluntad-de-vida es la tendencia originaria de todos los seres humanos”, DUSSEL, E., *20 Tesis de Política*, o. c., 23.

<sup>32</sup> Cfr. Wolkmer, A. C., *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito* (Sao Paulo: Alfa Omea, 20013) 324-325.

determinismo ni seguridad en que los pueblos tomarán el camino de la vida. La Revolución ciertamente puede ser vendida<sup>33</sup>. Como diría J. Martí, “se cede en lo justo y lo injusto cae solo”<sup>34</sup>. Pero esta ‘indeterminación’ de la materia histórica que es la praxis de los pueblos nos permite eludir dos actitudes parciales, que por tales no se ajustan a los hechos. Ni el ‘pesimismo antropológico’ ni el ‘optimismo voluntarista’ se corresponden con el contenido de la praxis. Los pueblos, por el contrario, tienen en sus manos tanto el ‘poder’ de vivir como el ‘poder de morir’. Es el yugo ligero de la responsabilidad histórica revolucionaria de los pueblos acrecentar las posibilidades materiales de vida para ellos y las generaciones futuras. Para los pueblos latinoamericanos, y para todos los del planeta, la moral, la ética revolucionaria, o es ‘materialista’ o es cínica (contrarrevolucionaria)<sup>35</sup>. “Se pelea mientras hay por qué, ya que puso la Naturaleza la necesidad de justicia en unas almas, y en otras la de desconocerla y ofenderla. Mientras la justicia no esté conseguida, se pelea”<sup>36</sup>.

En tercer lugar, el derecho a la revolución es *permanencia histórica*. Desde el mismo origen de la Humanidad, la materialidad de la Revolución de la PMR es intrínsecamente permanencia histórica. Su historicidad lo es de la lucha por la hegemonía frente al pseudoderecho contrarrevolucionario. El ‘legalismo’ burgués contrarrevolucionario, hoy hegemónico, frente a un Derecho revolucionario en resistencia histórica<sup>37</sup>, ha hecho caso omiso de la base material (de las necesidades de vida de todos los pueblos). Cabría decir del legalismo contrarrevolucionario (pseudoderecho) lo que Marx dice de la Historia, que toda la concepción jurídica, hasta ahora, ha hecho caso omiso de la base real del Derecho, o la ha considerado simplemente como algo accesorio, que nada tiene que ver con el desarrollo histórico. Esto hace que el Derecho deba escribirse siempre con arreglo a una pauta situada fuera del mismo; la producción real de la vida se revela como algo protohistórico; la positivación jurídica de normas se manifiesta como algo separado de la vida cotidiana, como algo extra y supraterráneo. Esta concepción sólo acierta a ver en el Derecho las normas, principios, valores, e intereses de la burguesía<sup>38</sup>. Frente a la hegemonía

<sup>33</sup> Cfr. Martí, J., *El Presidio Político en Cuba*: J. MARTÍ, *Obras Completas*, v. 2. (La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1991) 52.

<sup>34</sup> Martí, J., Carta al ‘Amigo mío’ Serafín Bello, Nueva York, 16, noviembre, 1889: MARTÍ, J., *Obras Completas*, v. 1., o. c., 253.

<sup>35</sup> Correas, O., *Derecho y Posmodernidad en América Latina*. Apuntes para un Ensayo: *Revista Crítica Jurídica* n° 22 (2003) 105-124; 121.

<sup>36</sup> Martí, J., *El General Grant*: La Nación, Buenos Aires, 27, septiembre 1885: MARTÍ, J., *Obras Completas*, v. 13, o. c., 83.

<sup>37</sup> Cfr. Wolkmer, A. C., Bases éticas para una juricidad alternativa en la perspectiva latinoamericana: DE LA TORRE RANGEL, J. A., (coord.), *Derecho alternativo y crítica jurídica* (Aguascalientes: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2002) 167-173.

<sup>38</sup> Marx, K.; Engels, F., *La ideología alemana* (México D. F.: Ediciones de Cultura Popular S. A., 1974) 42.

vigente del pseudoderecho burgués, al Derecho a la Revolución de los pueblos no le cabe demora porque “el que dilata su cumplimiento la vuelve contra sí”<sup>39</sup>.

### 3 Contenido del Derecho a la Revolución.

El derecho a la revolución es derecho *para* la revolución. El Derecho de revolución ‘carga con’ el proyecto político jurídico de materializar la producción y reproducción de la vida de los pueblos. Este Derecho es un instrumento de la política revolucionaria, un medio de reforzar los “momentos arquitectónicos de todo orden político posible”<sup>40</sup>. Como hemos indicado, la revolución no es sólo ruptura momentánea, destructiva del viejo sistema, sino que, por el contrario, es sobre todo afirmación de un nuevo sistema de materialización permanente de la producción y reproducción de la vida de los pueblos. Si el dinamismo revolucionario no tiene esta vocación ‘creadora’ de vida, y de permanencia de la misma, no hay ‘tal revolución’, sino mera patología destructiva. Dentro de la política revolucionaria, el Derecho juega un papel central al institucionalizar jurídicamente el ‘biopoder’ de la praxis de realidad de los pueblos. La tradición del marxismo *unidimensional* ha relegado esta visión positiva del Derecho, en buena parte por identificarlo con un instrumento de la clase burguesa. Sin embargo, sin negar lo acertado de la crítica marxista al ‘derecho contrarrevolucionario, el error está en no distinguir la realidad del contenido estructural material revolucionario del Derecho, de su uso fratricida, genocida o suicida. El error de esta confusión ha llevado, por un lado, a ceder el arma jurídica de lucha a la contrarrevolución, y, por otro, a no saber utilizarla una vez la revolución comienza a hacerse hegemónica.

El Derecho revolucionario es un ‘satisfactor jurídico material’, necesario para el proyecto político de la *democracia material* de la producción y reproducción de la vida de los pueblos<sup>41</sup>. El Derecho, por tanto, es para la revolución política y ésta es para la democracia material<sup>42</sup>. La satisfacción de las necesidades de los pueblos es la razón última para la democracia material. La satisfacción de las necesidades humanas es el criterio validante de los ‘nuevos derechos’<sup>43</sup>. El Derecho revolucionario ‘carga con’ las necesidades de los pueblos para realizarlas<sup>44</sup>. La estructura material del Derecho revolucionario es para realizar el contenido de una política revolucionaria orientada a producir y reproducir la vida de los pueblos. Y la vida de los pueblos como PMR, es el dinamismo estructural respectivo de la necesidad material de *comunicación*-

<sup>39</sup> Martí, J., Las Fiestas de la Constitución en Filadelfia, El Partido Liberal, México, 1887: J. MARTÍ, *Obras Completas*, v. 13, o. c., 320.

<sup>40</sup> Dussel, E., *20 Tesis de Política*, o. c., 21.

<sup>41</sup> Cfr. Dussel, E., *20 Tesis de Política*, o. c., 69-75.

<sup>42</sup> Cfr. Bobbio, N., *Teoría General de la Política*, o. c., 273-289; 276-289.

<sup>43</sup> Wolkmer, A. C., “Pluralismo jurídico: fundamentos de una nova cultura no directo”, o. c., 158-168; 166-167; 241-248.

<sup>44</sup> Marx, K., *Introducción a la Contribución a la Crítica a la Filosofía del Derecho de Hegel* (Febrero, 1844).

*fortalecimiento-intelección* (justicia-libertad-verdad) de los pueblos<sup>45</sup>. A lo largo de la Historia, la comunidad internacional ha ido experimentando, con avances y retrocesos, su praxis. Fruto de esa experiencia histórica son la positivación de la satisfacción de sus necesidades como derechos.

Los Derechos Humanos (DH), entendidos como los derechos humanos revolucionarios de los pueblos, son el fruto jurídico máspreciado de la experiencia histórica revolucionaria de los pueblos<sup>46</sup>. Un fruto que no es sólo para la etapa de lucha contra la hegemonía contrarrevolucionaria, sino que aquí postulamos como el contenido del proyecto político-jurídico del *Socialismo en el siglo XXI*. En este sentido, hacemos nuestras las palabras de E. Bloch: “En el régimen socialista, una vez que han desaparecido la explotación y la opresión de los trabajadores, los derechos humanos no son menos vivos, ni menos palpitantes...”<sup>47</sup>. Los DH son un fruto, sin duda, perfectible, completable y corregible. Una corrección reciente de la estrategia contrarrevolucionaria de la desintegración de DH en derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, fue la *Declaración y Programa de Acción de Viena* (1993). Allí se confirmó el hecho, por otra parte evidente, de que la vida humana es indivisible, y que de ella emanan integradamente todas las necesidades humanas que legitiman la positivación de los DH y los sistemas de Derecho de cada comunidad nacional. En este sentido, se afirma:

“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueran sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Cfr. Dussel, E., 20 Tesis de Política, o. c., 58; cfr. DE SOUSA SANTOS, B., Reinventar la democracia. Reinventar el Estado (La Habana: Editorial José Martí, 2005) 17-63.

<sup>46</sup> Cfr. Bobbio, N., *Teoría General de la Política*, o. c., 511-546; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, o. c., 37-68; 104. Cfr. PRIEGO, J. J., Derechos Humanos y Pensamiento Único. ‘La dignidad humana en tiempos de globalización’: ROSILLO, A.; DE LA TORRE RANGEL, J. A. (coords.), *Derecho, Justicia y Derechos Humanos. Filosofía y experiencias Históricas. [Homenaje al maestro Antonio Rosillo Pacheco]* (San Luis Potosí (México): UASLP, 2004) 315-342; SOLÓRZANO ALFARO, N. J., *Crítica de La Imaginación Jurídica. Una Mirada desde la Epistemología y la Historia al Derecho Moderno y su Ciencia* (México: UASLP, 2007) 23; ID., Algunos Retos para la Filosofía Jurídica en América Latina: *Revista Crítica Jurídica*, N° 22 (2003) 165; ID., De derechos humanos y otras reflexiones: *Pasos* n° 117 (2005); cfr. SENENT, J. A., “Más allá de Hobbes: Aproximación crítica a los esquemas de confrontación jurídicos y políticos en la sociedad actual”: *Pasos*, n° 112 (Marzo-abril, 2004); ID., “Razón y Justicia en el Orden Actual Visión Crítica Desde la Filosofía de la Liberación”: *Revista Crítica Jurídica* n° 22 (2003) 225-238; 236.

<sup>47</sup> Bloch, E., El hombre y el ciudadano según Marx: FROMM, E. (et al.), *Humanismo socialista* (Buenos Aires: Paidós, 1966) 246.

<sup>48</sup> ONU., *Declaración y Programa de Acción de Viena* (1993), n° 5.

Los DH revolucionarios de los pueblos, en función de la estructura de las necesidades de la PMR, los organizamos del siguiente modo:

*Estructura de las Necesidades Materiales de la Vida de los Pueblos.*

<b>Necesidad de Comunicación Material</b>	<b>Necesidad de Verdad Material</b>	<b>Necesidad de Libertad Material</b>
Comunicación eco-estética	Información	Fuerza de Liberación
Comunicación Ero-económica	Opinión	Fuerza de Autodeterminación
Comunicación político-institucional	Conocimiento	Fuerza Ejecutiva

*Cuadro 2*

*Estructura de la Insatisfacción de las Necesidades Mundiales de la Vida de los Pueblos.*

<b>Necesidad de Comunicación Material</b>	<b>Necesidad de Verdad Material</b>	<b>Necesidad de Libertad Material</b>
Degradación eco-estética	Desinformación	Violencia de la Esclavitud
Empobrecimiento ero-económico	Manipulación de la Opinión	Violencia Despótica
Incomunicación político-institucional	Desconocimiento	Violencia Ejecutiva

*Cuadro 3*

*Estructura de los Derechos Humanos Revolucionarios de los Pueblos.*

<b>Derechos Humanos de Comunicación Material</b>	<b>Derechos Humanos de Verdad Material</b>	<b>Derechos Humanos de Libertad Material</b>
Derechos eco-estéticos	Derechos de Información	Derechos de Liberación
Derechos ero-económicos	Derechos de Opinión	Derechos de Autodeterminación
Derechos político-institucionales	Derechos de Conocimiento	Derechos de la Fuerza Ejecutiva

*Cuadro 4*

Sin embargo, desde el propio K. Marx, en la *Cuestión Judía*, gran parte del marxismo ha rechazado o se ha mostrado receloso con los DH. Para muchos marxistas los DH son expresión ideológico-jurídica abstracta del idealismo metafísico universalista de la burguesía europea colonial e imperialista. Ciertamente, es un hecho que la explicación ‘idealista’ que se ofrece de la génesis de los DH refiere varias etapas generacionales: los civiles y políticos, los económicos y culturales, los medio ambientales, y los de la era

científica y tecnológica. Fruto de una coartada ideológica, el ‘derecho contrarrevolucionario’ les otorga ‘cínicamente’ diferente grado de protección. La protección de los derechos económicos se hace depender de los recursos sociales (arbitrariamente contabilizados por el poder y siempre escasos para atender a las necesidades materiales de los pueblos).

Una de las críticas recurrentes entre algún sector marxista, y que les sirve de ‘marca de identidad’ de su progresismo de izquierdas, es atacar el ‘universalismo’ de los DH por su *abstracción*. En su lugar proponen unos ‘derechos humanos históricos concretos’. A modo ilustrativo, en nuestro tiempo, autores como Boaventura de Sousa Santos objeta a los DH su ‘universalismo’<sup>49</sup>. Sus argumentos de crítica al universalismo occidental de los DH son principalmente la presuposición en ellos: (1º) Que hay una naturaleza humana universal que puede ser conocida por medios racionales; (2º) Que la naturaleza humana es socialmente distinta y superior al resto de la realidad; (3º) Que el individuo tiene una dignidad absoluta e irreductible que tiene que ser defendida frente al Estado; (4º) Que la autonomía del individuo requiere de una sociedad organizada como suma de individuos<sup>50</sup>. Para superar esta limitación, el autor propone un acercamiento multicultural con una ‘hermenéutica diatópica’<sup>51</sup>. Consciente de que con ello no se garantiza el éxito en el multiculturalismo, y que se corre el riesgo de acabar en un discurso y una praxis jurídica reaccionaria, para evitar esta deriva se apoya (contradictoriamente con su previo discurso) en los criterios ‘universales’ de dos ‘imperativos transculturales’: (1º) El reconocimiento del otro en mayor grado; (2º) La defensa de la igualdad o diferencia si una u otra evita la discriminación<sup>52</sup>.

De entre las críticas más recurrentes a los DH (también compartida por Boaventura) hay que destacar la negación de una naturaleza humana que los fundamenta. Esta crítica es una expresión más del error del *historicismo*, muy común en el marxismo. A título ilustrativo, en la obra de F. J. Hinkelammert y H. Mora, los DH tienen su origen en la historia de la negación de esos derechos, “...no se trata de una ley natural ni de una lista a priori de valores específicos. Los derechos humanos resultantes tienen una historia, en la cual van apareciendo”<sup>53</sup>. Sin embargo, en lo que puede ser una contradicción práctica con su propio discurso, estos autores terminan defendiendo la necesidad de unos Derechos Humanos críticos con las formulaciones burguesas<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> De Sousa Santos, B., *De la mano de Alicia*, o. c., 352.

<sup>50</sup> Ibid., 353.

<sup>51</sup> Ibid., 357.

<sup>52</sup> Ibid., 355; 364-365.

<sup>53</sup> Hinkelammert, F. J., MORA, H., *Hacia una Economía Para la Vida* (San José de Costa Rica: DEI, 2005) 417.

<sup>54</sup> Ibid., 309; 311.

“La estrategia de la globalización... ha borrado los derechos humanos de la vida humana”<sup>55</sup>. “Necesitamos una respuesta que, sin embargo, no será posible sino desde los propios derechos humanos. Necesitamos, por ende, una crítica de la formulación de los derechos humanos de las declaraciones del siglo XVIII”<sup>56</sup>.

Incluso hacen de los DH el contenido de la recuperación del Estado de Derecho y de la misma Democracia: “...nuestro llamado es a formular una estrategia de recuperación del Estado de Derecho y de la democracia de ciudadanos a partir de los derechos humanos fundamentales”<sup>57</sup>. Y, sin problemas por la inconsistencia de sus discursos, terminan proponiendo una lista de derechos humanos esenciales (!): (1º) Derecho a un trabajo digno y seguro; (2º) Satisfacción de las necesidades humanas básicas en toda su amplitud; (3º) Conservar y proteger el medio ambiente; (4º) Participación democrática en la vida social y política; (5) El derecho político a la intervención en los mercados; (6º) La recuperación de la libertad de opinión; (7º) La libertad de elecciones<sup>58</sup>.

Nuestras críticas a estos planteamientos son sólo a modo ilustrativo, porque nuestra intención no es hacer crítica de las críticas, sino de la realidad de los pueblos. En primer lugar, reconocemos el valor de las mismas en cuanto denuncian la necesidad de concreción histórica de los DH, y la necesidad de reconocimiento de la pluralidad de la realidad de los pueblos, frente a toda abstracción. Reconocemos también la advertencia de reformular los DH más allá del paradigma burgués, como *derechos humanos revolucionarios de los pueblos*. Sin embargo, en segundo lugar, hemos de decir que los planteamientos referidos caen en errores al confundir el universalismo con la abstracción; y al negarle a la realidad histórica de la naturaleza humana, histórica pero naturaleza humana, su propia estructura material. Se olvidan que sin estructura material de la substantividad no hay movimiento histórico posible. Y que por ser la praxis humana, praxis material-necesitante de realidad, ésta impone las ‘leyes de las necesidades materiales de vida’. Desafiamos a esos críticos a que demuestren que no son universales y concretas al tiempo, las necesidades materiales (con sus subdivisiones) de intelección, comunicación y fortalecimiento, que tienen los pueblos para producir y reproducir sus vidas; necesidades a las que ellos, por cierto, en su ortopraxis buscan prácticamente dejar bien satisfechas cada día.

La tradición marxista ha de superar el tremendo error estratégico de identificar los DH con los derechos humanos burgueses, entregando con ello la

<sup>55</sup> Hinkelammert, F. J., *El asalto al Poder Mundial y la violencia sagrada del Imperio* (San José de Costa Rica: DEI, 2003) 23.

<sup>56</sup> Ibid., 110; 104-113; cfr. HINKELAMMERT, F. J., *Sacrificios Humanos y Sociedad Occidental* (San José de Costa Rica: DEI, 1998) 156-157; HINKELAMMERT, F. J., *Solidaridad o Suicidio Colectivo* (Costa Rica: Ambientico Ediciones, 2003) 13; 16; 47-51; 50.

<sup>57</sup> Hinkelammert, F. J.; MORA, H., *Hacia una Economía Para la Vida*, o. c., 397.

<sup>58</sup> Ibid., 421-423.

mejor de las armas a la burguesía capitalista imperialista, a las tiranías y a los fanatismos. El uso perverso que hoy hace la hegemonía burguesa imperialista de los Derechos Humanos no impide una reversión y realización revolucionaria de los mismos (DH revolucionarios de los pueblos)<sup>59</sup>. Por eso nosotros, desde la tradición socialista y marxista afirmamos la tradición revolucionaria de los DH de los pueblos, afirmamos la positivación internacional vigente de los DH, al tiempo que reivindicamos que tiene que ser completada y revertida, al menos, con la positivación de tres derechos-fuente, ausentes hasta la fecha: (1º) *El reconocimiento como derecho humano del derecho a la revolución de los pueblos*; (2º) *El derecho humano a la apropiación en modo cooperativo, y de prestación personal directa de servicios, de los medios de producción, de la circulación y la distribución del trabajo y la riqueza de los pueblos*; y la consecuente prohibición de la apropiación capitalista; (3º) *El derecho humano a la apropiación en modo cooperativo y de prestación personal directa de servicios de los medios de información, opinión y conocimiento*; y la consecuente prohibición de la apropiación capitalista. Perfeccionada, completada y revertida así la positivación internacional de los DH, como derechos humanos revolucionarios de los pueblos<sup>60</sup>, éstos se convertirán en el contenido político-jurídico del proyecto político de ESDR<sup>61</sup>.

El enfoque material estructural que damos a los DH, como contenido político del Derecho *para* la Revolución, no es incompatible con la historicidad de los mismos, sino que es un contenido material-estructural, dinámico, histórico<sup>62</sup>. Sin embargo, frente a toda tentación de idealismo historicista, conviene no olvidar que la historicidad de las formulaciones de los Derechos Humanos no crea la materialidad de las necesidades que éstos buscan satisfacer. La realidad de los DH no es únicamente producto de la interacción histórica de la voluntad de los pueblos, sino, además, del encuentro de toda la materialidad de la praxis de éstos con la materialidad del mundo. La materialidad de todas las necesidades es una imposición de la naturaleza, a cuya satisfacción estamos obligados si queremos vivir como pueblos<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Salamanca A.; Rosillo, A., *Código de los derechos humanos de los pueblos*, 2 vols. (México: Universidad Autónoma San Luis Potosí. Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2007); CORREAS, O., *Acerca de los Derechos Humanos. Apuntes para un ensayo* (México: Ediciones Coyoacán, 2003) 48-49; 65; 107; 115; 125; 146; 151; SOLÓRZANO ALFARO, N. J., Los marcos categoriales del pensamiento jurídico moderno: DE LA TORRE RANGEL, J. A., (coord.), *Derecho alternativo y crítica jurídica* (Aguascalientes [México]: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2002) 136.

<sup>60</sup> Correas, O., *Acerca de los Derechos Humanos. Apuntes para un ensayo*, o. c., 37.

<sup>61</sup> De Sousa Santos, B., *De la mano de Alicia*, o. c., 245; 352-365.

<sup>62</sup> Herrera Flores, J., *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto* (Madrid: Los Libros de la Catarata, 2005) 234-248.

<sup>63</sup> Marx, K.; Engels, F., *La ideología alemana*, o. c., 657-658.



### 3.1. La Ejecución Histórica del Derecho a la Revolución.

Hasta ahora hemos hecho dos afirmaciones principales respecto al Derecho a la Revolución. La primera reivindica que el Derecho es radicalmente Derecho *de* revolución, como una obligación moral e histórica que tienen los pueblos de nuestra América, y de todo el mundo. La segunda lo reclama como Derecho *para* la Política emancipadora, conformando jurídicamente el proyecto político revolucionario. La tercera afirmación, que completa nuestro trabajo, reivindica al Derecho como Derecho *en* la ejecución de la fuerza realizadora histórica de la revolución política. Esta tercera reivindicación del Derecho es de especial relevancia porque supone entenderlo como *un Derecho que nace de las necesidades materiales de vida de los pueblos*; como un dinamismo de realización práctica que nace desde abajo y que acompaña a los pueblos en cada uno de sus momentos históricos materializando la revolución del poder como *fuerza* de vida frente a la contrarrevolución de la violencia asesina. Es la fuerza de la Revolución frente a la violencia de la Guerra. Guerra violenta que incluso pretende legitimarse con el discurso de la ‘imposición’ de los derechos humanos, en su reducción burguesa contrarrevolucionaria.

“La construcción de los asesinatos fundantes hace aparecer las violaciones de los derechos humanos como actos de servicio a la humanidad y su destino. Luego, lo que como hecho hace presente una violación, en el contexto de estas interpretaciones es, al contrario, un servicio a la humanidad y para la vigencia de los derechos humanos. A la luz de la construcción del asesinato fundante, el llamado respeto por los derechos humanos significa un llamado a violarlos. La construcción del asesinato fundante invierte la realidad y la relación con los derechos humanos: la guerra es paz, la tortura es amor, la explotación es camino hacia un mundo mejor...”

Por eso, la crítica de las violaciones de los derechos humanos debe criticar estas construcciones, sin las cuales sería humanamente imposible cometer los crímenes que se cometen. Las construcciones de asesinatos fundantes son la fábrica mental de matar, sin la cual las fábricas técnicas de matar no podrían funcionar. Los asesinatos fundantes son su motor y su combustible”.<sup>64</sup>

El Derecho *en* la Revolución contribuye a hacer hegemónica la revolución del Estado Socialista de Derecho Revolucionario, a constituir un ‘bloque histórico’, un ‘frente único’. Ahora bien, un frente único no significa confusionismo ideológico ni jurídico, sino la unidad en el reconocimiento y satisfacción de la pluralidad de los derechos de los pueblos. Como advertía J. C. Mariátegui:

“Preconizar el frente único no es, pues, preconizar el confusionismo ideológico. Dentro del frente único cada cual debe conservar su propia filiación y su propio ideario. Cada cual debe trabajar por su propio credo. Pero todos deben

<sup>64</sup> Hinkelammert, F. J., *El asalto al Poder Mundial y la violencia sagrada del Imperio*, o. c., 249.

sentirse unidos por la solidaridad de clase, vinculados por la lucha contra el adversario común, ligados por la misma voluntad revolucionaria, y la misma pasión renovadora”.<sup>65</sup>

En esa tarea de ‘ligazón’ hegemónica, la política revolucionaria tiene tres tiempos-espacios históricos que condicionan las aportaciones del Derecho revolucionario. Tiempos y espacios que se distinguen por la correlación de fuerzas revolucionarias y violencias contrarrevolucionarias. El marcador político que determina el estado en que se encuentra dicha correlación se obtiene analizando dialécticamente y conociendo la explicación de la materialidad de los hechos que responden a las siguientes preguntas: (1ª) ¿Quién se ha apoderado de las instituciones de información, opinión y conocimiento de los pueblos?; (2ª) ¿Quién se ha apoderado de las instituciones ecoestéticas, ero-económicas y político-institucionales de los pueblos?; (3ª) ¿Está comprometida la praxis de la dirección política, de modo verificable en el tiempo, en fortalecer integradamente al pueblo apropiándolo con los medios de información, opinión, y conocimiento; medios de comunicación ecológica, estéticas, económica, político-institucional; con los medios de liberación, de autodeterminación y fuerza ejecutiva revolucionaria?

En función de la correlación entre el poder de la fuerza de los pueblos y la violencia contrarrevolucionaria, la ‘ligazón hegemónica’ habrá de articularse en tres escenarios diferentes: (i) *En la preparación bajo la hegemonía contrarrevolucionaria* (v.gr. México, y la mayoría de los países del mundo en nuestro tiempo); (ii) *En la lucha por el control hegemónico revolucionario* (v.gr. Bolivia<sup>66</sup>, Ecuador, Nicaragua y Venezuela, actualmente); (iii) *En el triunfo hegemónico revolucionario* (v.gr. Cuba).

En cada una de estas etapas, el Derecho en la revolución de nuestra América es el que brota de las necesidades de vida de los pueblos y ‘se encarga’ de satisfacerlas. Es un Derecho que, habiéndose ‘hecho cargo’ de la realidad y ‘cargado con ella’, ahora ‘se encarga’ de materializar el proyecto político revolucionario en los lugares y tiempos históricos en que vive o muere cada pueblo.

<sup>65</sup> Mariátegui, J. C., *Ideología y Política*, (Lima: Editora Amauta, 1969)109.

<sup>66</sup> En Bolivia, aproximadamente el 91 % de las tierras cultivables están en manos de unas 400 familias. Con el 9 % restante no pueden vivir el 71 % de los campesinos indígenas. Según datos del Instituto Nacional de Reforma Agraria, en Santa Cruz, 20 millones de hectáreas de tierra están en manos de unas 3.500 personas. La revolución boliviana es, sin duda, una revolución agrícola que va dando sus pasos, con sus dificultades. Uno de esos pasos es la Ley 1715, que pretende apoderarse de los terrenos agrícolas no utilizados. El 3 de junio de 2006, el gobierno de Evo Morales entregó títulos de tierras fiscales por 2 millones de hectáreas a las comunidades indígenas. En 2007, el gobierno de Evo Morales se comprometió a la titulación de 5,5 millones de hectáreas de tierra en favor de indígenas. Durante los primeros 19 meses de su gestión, el gobierno firmó títulos de propiedad de 494.899 hectáreas de tierra, en comparación con las 36.815 hectáreas titularizadas por los seis gobernantes anteriores, en los pasados 10 años anteriores, ZELADA, C., La revolución agraria en Bolivia, *Rebelión*, 11 de junio de 2006.

A continuación concretamos, a modo ilustrativo, el estado de las necesidades de los pueblos mexicanos que legitima su *derecho a la revolución* para establecer un Estado Socialista de Derecho Revolucionario como satisfactor político de sus necesidades materiales de vida.

*La insatisfacción de las necesidades de vida de los pueblos mexicanos en 2008.* La historia de México nos muestra, que, al menos desde la Conquista, nunca ha sido hegemónica ni la Política ni el Derecho revolucionarios al servicio de la satisfacción de todas las necesidades de vida de sus pueblos. La insatisfacción de las mismas, en los inicios del tercer milenio mexicano, continúa siendo lo hegemónico. Veamos algunos hechos a modo ilustrativo.

### **I. Insatisfacción de la necesidad material de comunicación.**

La insatisfacción de la necesidad material de comunicación tiene sus modos históricos de expresión como insatisfacción de la necesidad ecoestética, ero-económica y político-institucional.

1ª *Insatisfacción de la necesidad eco-estética.* La insatisfacción de la necesidad eco-estética tiene entre sus modos históricos de expresión material: la insatisfacción de un medioambiente saludable, la insatisfacción nutritiva diaria, la insatisfacción de una vivienda digna y la insatisfacción de atención médica.

(i) *Necesidad de un medioambiente saludable.* Con frecuencia creemos que la primera necesidad que tienen que satisfacer los pueblos es el alimento: la comida y la bebida. Sin embargo, resulta que las condiciones medioambientales de vida son un presupuesto posibilitante o degradante para que los pueblos puedan alimentarse. Los pueblos necesitan el ‘útero’ de la madre naturaleza para encontrar en ella el alimento. En México, el pueblo no puede satisfacer esta necesidad en plenitud por la contaminación ionizante, electromagnética, transgénica, atmosférica, acuática, deforestación, erosión y desertización.

La *contaminación ionizante.* En violación del ‘derecho precautorio’ que tienen las personas a no ser expuestas a sustancias sin conocer el riesgo que pueden tener sobre su salud, hay un número indeterminado de mexicanos afectados directamente por la radioactividad de los ensayos nucleares, las bombas y los residuos nucleares. Indirectamente, 103.263.388 de personas, toda la población mexicana según los resultados definitivos del último Censo de Población y Vivienda, están expuestas a los efectos de esas radiaciones. El 26 de abril de 2006 se cumplieron 20 años del desastre de Chernobyl. Unas 200.000 personas han muerto, al menos 7.0000.000 sufren las consecuencias directas. Más de 76 poblaciones han quedado inhabitables. Miles de afectados directos viven en Ucrania, Rusia y Bielorrusia, pero afectados somos todo el planeta. La energía nuclear liberada en la explosión fue la equivalente a 200 veces la emitida por las bombas atómicas lanzadas sobre Hiroshima y Nagasaki en 1945; o equivalente a 500 veces ese potencial radioactivo, según el

gobierno de Ucrania. Esa radiación permanecerá por miles de años en nuestro planeta afectando indiscriminadamente a países y personas. De igual modo permanecerán activos por miles de años los residuos radioactivos de la Central Nucleoeléctrica de Laguna Verde, en México.

La *contaminación electromagnética*. En violación del ‘derecho precautorio’, y por falta de estudios, es indeterminado el número de mexicanos contaminados por las radiaciones electromagnéticas, en particular las radiaciones de antenas de telefonía móvil. La electro-polución no es ionizante, pero también afecta seriamente a la salud. Hay estudios que la relacionan con tumores por roturas en el ADN, enfermedad de Alzheimer, pérdidas de memoria, etc. El modo en que afectan las microondas es diverso y variado. El tiempo para notar sus efectos puede oscilar de unas semanas a 20 ó 30 años. La OMS está promoviendo estudios como el proyecto CEM (de campos electromagnéticos).

La *contaminación transgénica*. En México está por determinar el número de personas afectadas por la contaminación transgénica. Como denuncia Greenpeace, en el país, violándose el ‘principio precautorio’ del impacto que pueden tener estos productos en la salud humana, las autoridades han permitido la libre importación de productos transgénicos. Las sierras de Oaxaca y de Puebla ya están contaminadas de transgénicos. El grano básico de la alimentación mexicana ha sido contaminado. En 2005 se aprobó la Ley de Bioseguridad que autoriza las empresas agrobiotecnológicas. La "Ley Monsanto" presiona para que se importen transgénicos sin etiquetado, y sin de limitar responsabilidades por el posible efecto sobre la salud.

La *contaminación atmosférica*. Según los datos del Instituto Nacional de Ecología, hay un elevado número de mexicanos, no determinado, que están siendo afectados por la contaminación atmosférica. Particularmente son personas que viven en la región central de la república mexicana (ZMVM, Pachuca, Cuernavaca, Toluca y las cercanías de Puebla). La contaminación afecta a su salud, calidad y esperanza de vida. El O<sub>3</sub> es el gas contaminante que sobrepasa la mayor parte del año los límites permitidos. La industria y el transporte son los causantes del 98% de las emisiones de monóxido de carbono (CO), 80% de los óxidos de nitrógeno (NO<sub>x</sub>), 40% de los hidrocarburos (HC) y 36% de las partículas (PM<sub>10</sub>). La industria química, del vestido, madera y derivados es la que emite más dióxido de azufre (SO<sub>2</sub>).

La *contaminación del agua*. En México, el 68% de las aguas superficiales están contaminadas. Particularmente, la cuenca Lerma-Chapala-Santiago tiene el índice más alto de contaminación en el país. Los recursos de agua potable son escasos y contaminados para los pueblos del norte, y de difícil acceso y baja calidad para los pueblos del centro y sureste. Las emisiones de la industria contaminan los ríos. Según datos de la Comisión Nacional del Agua (CNA) de 2002, el 6% de los puntos de agua monitoreados entonces era de condición excelente, el 20% aceptable, el 51% poca contaminada, el

16% contaminada, el 6% en altamente contaminada y el 1% con presencia de tóxicos.

La *deforestación, erosión y desertización*. Toda la población de México, los 103.263.388 de personas se ven afectados de modo directo o indirecto por la deforestación. México es el país miembro de la OCDE que más deforesta cada año, y el quinto del mundo. La causa es el desmonte agropecuario, la tala ilegal y los incendios forestales. En los últimos 20 años se ha perdido el 65 % de la superficie cubierta por humedales. En el año 2007 se calcula que se desforestó unas 9.913 hectáreas de manglar. Hay zonas, como el Caribe mexicano, con tasas de deforestación del 12 por ciento, a causa de la construcción de zonas turísticas, carreteras, y asentamientos urbanos. La mitad de la superficie de los suelos del país está dentro del área de influencia de los procesos de degradación.

(ii) *Necesidad nutritiva diaria*. En México, con una población de 103 millones de personas, a 21 millones de personas, según las estimaciones más conservadoras de la FAO, le es violado su derecho a cubrir las necesidades nutritivas diarias. En un estudio integral de pobreza<sup>67</sup>, se eleva a 41.000.000 el número de indigentes que no comen diariamente lo necesario, como expresión de la pobreza más extrema. Cifra a la que hay que sumar otros 43.000.000 de pobres no indigentes<sup>68</sup>. Estudios no integrados de la pobreza

---

<sup>67</sup> Respecto del concepto de pobreza, es conveniente distinguir, como señala V. Shiva: “Es útil separar un concepto cultural de una vida simple y sostenible entendida como pobreza, de la experiencia material de la pobreza como resultado del desposeimiento y la carencia. La pobreza percibida como tal desde una perspectiva cultural no necesita ser una pobreza material real: las economías de subsistencia que satisfacen las necesidades básicas mediante el autoaprovisionamiento no son pobres en el sentido carencial del término. Sin embargo, la ideología del desarrollo las declara pobres por no participar de forma predominante en la economía de mercado, y por no consumir bienes producidos en el mercado mundial y distribuidos por él, incluso aunque puedan estar satisfaciendo las mismas necesidades mediante mecanismos de autoaprovisionamiento. Se percibe a la gente como pobre si comen mijo (cultivado por las mujeres) en lugar de la comida basura procesada que es producida y distribuida de forma mercantil por los agronegocios globales. Se les ve como pobres si viven en viviendas hechas por ellos mismos a partir de materia les ecológicas como el bambú y el barro en lugar de hacerlo en casas de cemento. Se les ve como pobres si llevan ropa hecha a mano a partir de fibras naturales en lugar de sintéticas. La subsistencia percibida culturalmente como pobreza no implica necesariamente una baja calidad de vida física. Por el contrario, porque las economías de subsistencia contribuyen al crecimiento de la economía de la naturaleza y de la economía social, aseguran una elevada calidad de vida en términos de alimentos y agua, sostenibilidad de los medios de vida, y una robusta identidad y significado social y cultural”, SHIVA, V., *Cómo poner fin a la pobreza: Pasos nº.124* (2006).

<sup>68</sup> A diferencia del método seguido por la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (ENIGH), Julio Boltvinik propone utilizar el Método de Medición Integrada de la Pobreza (MMIP). Este método: “ 1) Es multidimensional, esto es, toma en cuenta, además de los ingresos corrientes del hogar, el acceso a servicios públicos gratuitos, la posesión de activos básicos del hogar, la disponibilidad de tiempo, y los niveles educativos (y asistencia escolar) de sus miembros. 2) No es minimalista. En cada dimensión se fijan umbrales que se basan en las disposiciones constitucionales y legales y en las luchas populares, elementos que expresan, todos juntos el sistema de necesidades básicas prevaleciente en el país. 3) Es consistente internamente”. BOLTVINIK, J., *La Pobreza en México. Economía Moral, La Jornada*, Viernes 11 de noviembre de 2005.

situían el número de pobres en México alrededor de 53.000.000. Las necesidades nutritivas diarias también tienen rostro infantil. En México hay aproximadamente algo más de 40 millones de menores de edad, de los cuales 32 millones son niños menores de catorce años, y de éstos, 19 millones pertenecen a familias con menos de un dólar diario de ingreso. En 11 estados, de los 31 que tiene el país, la pobreza afecta a más de la mitad de sus niños: Chiapas (72,1%), Oaxaca (68,8%), Veracruz (60,7%), Tabasco (59,8%), Hidalgo (59,2%), San Luis Potosí (57,3%), Puebla (56,4%), Zacatecas (55,1%), Yucatán (54,8%), Campeche (54,1%) y Michoacán (51,2%). Una de las necesidades materiales diarias es el acceso al agua saludable. En México unos 17 millones de personas no tienen cobertura de agua potable. Unos 25.000.000 no tienen servicio de alcantarillado y drenaje. Muchos de los pueblos indígenas tienen problemas para satisfacer esta necesidad, particularmente los pames, tojolabales, tepehuanes, tarahumaras, coras, tepehuas, pimas, totonacos, kanjobales, guarijíos y huicholes.

Dado el tipo de relaciones burguesas entre los medios de producción y el trabajo, el sistema productivo mexicano no produce suficiente para alimentar a su población. México, que había perdido su autosuficiencia alimentaria en 1972, hizo un esfuerzo para intentar recuperarla hacia 1982. Pero en el año siguiente, 1983, la política alimentaria cambió. Desde entonces, el mantra alimentario ha sido: ‘es más barato importar alimentos que producirlos’. La importación de alimentos en el sexenio 2000-2006, superó los 40 mil millones de dólares. Entre los productos que se importaron destaca el maíz, trigo, frutas, hortalizas, carnes, huevos, leche, miel, pescado, mariscos, etc. En el gasto de estas importaciones se fue más del 34% de las divisas obtenidas en la exportación del petróleo en esos mismos años.

(iii) *Necesidad de una vivienda digna*. En México, aproximadamente 2.000.000 de personas no tienen una vivienda, y 18.000.000 millones de personas tienen una vivienda que no cumple con las condiciones de dignidad<sup>69</sup>. Es decir, que pueda ofrecer “protección, higiene, privacidad, comodidad, funcionalidad, ubicación y seguridad en la tenencia”. En el estado de Guerrero, por ejemplo, 7,4 de cada 10 hogares no cuenta con agua dentro de sus viviendas.

(iv) *Necesidad de atención médica*. De acuerdo con los datos de la Encuesta Nacional de Empleo y Seguridad Social 2000/4, en México, unos 60.000.000 de personas no tienen seguro de protección social. De los 40.000.000 de trabajadores, 22.000.000 trabajan sin seguro social. Otros datos más recientes del informe de la CEPAL. *La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad* (2006), señalan que, en México, el 45% de los trabajadores no tiene seguridad social, el 68,2% en el ámbi-

<sup>69</sup> Según datos del comisionado nacional de Fomento a la Vivienda de la Secretaría de Desarrollo Social, en México, 400 mil familias no cuentan con una vivienda, y 3 millones 600 mil tienen una que no cumple con los parámetros de calidad en infraestructura.

to rural. La cobertura de la seguridad social por jubilación sólo llega al 23% de las personas jubiladas.

2ª *Insatisfacción de la necesidad ero-económica*. La insatisfacción de la necesidad ero-económica tiene entre sus modos de concreción histórica: la insatisfacción del reconocimiento familiar y comunitario; la insatisfacción de un trabajo digno; la insatisfacción de no disponer de la prestación personal de servicios, y de la empresa cooperativa y estatal, como únicos modos de unidad productiva; y la insatisfacción de la propiedad personal del fruto del esfuerzo del trabajo.

(i) *Necesidad de reconocimiento familiar y comunitario*. Según los últimos datos del Diagnóstico de la Familia Mexicana (DIF), referidos a la década 1990/2000, en México la estructura familiar es la tradicional en un 81%, con una media de 4,5 hijos, y conviviendo las tres generaciones en el 59% de ellas. Según estimaciones conservadoras, el índice de divorcios era del 7%, y el de violencia familiar del 15%. En el país, unos 53.000.000 de mujeres sufren el machismo en el ámbito doméstico o laboral. Por otro lado, unos 10.000.000 de indígenas sufren el racismo. Aproximadamente unos 8.000.000 de personas homosexuales sufren la homofobia. Cerca de 2.000.000 de personas discapacitadas, de las cuales 1.000.000 son mujeres, padecen discriminación física. Lo mismo que les ocurre a unos 7.000.000 de personas mayores de 65 años. Unos 10.000.000 de creyentes, miembros de religiones minoritarias, viven su fe soportando algún tipo de discriminación religiosa<sup>70</sup>.

(ii) *Necesidad de trabajo digno*. Según los datos del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), correspondientes a 2004, de los 43.400.000 personas económicamente activas, entre 1 y 1,2 millones no tienen trabajo en México<sup>71</sup>. De los cuales, casi 500.000 decidieron abandonar su trabajo por insatisfacción con las condiciones laborales y salariales. Según datos de la OCDE, el número de desempleados, en 2006, fue aproximadamente de 2.000.000 de personas. Pero si se tiene en cuenta la cifra del 'subempleo' o empleo en opresivas condiciones, la cifra se eleva a unos 10.000.000 de mexicanos. Además, en el período 2000-2005, unos 6.863.000 mexicanos salieron 'expulsados' a la emigración. Aproximadamente 1.200.000 mexicanos, cada año del gobierno foxista, se vieron forzados a emigrar<sup>72</sup>. De los que trabajan, alrededor de 2.400.000 jornales agrícolas son trabajados por menores y adolescentes, de los cuales 1.000.000 son menores de 14 años, sin ningún tipo de protección social. Las principales ONGs calculan en unos 3,5.000.000 el número de niños menores de 14 años trabajando en México. Por ejemplo, en el valle de Culiacán, más de un tercio de los trabajadores del campo son menores de 14 años. Por la jornada laboral, que en ocasiones llega a

---

<sup>70</sup> Deseo agradecer al Profesor J. G. Quijano Coronado la advertencia de la relevancia de la necesidad material de la familia para producción y reproducción de la vida del pueblo.

<sup>71</sup> De los trabajadores mexicanos, aproximadamente algo más de 7.000.000 son campesinos, 10.000.000 son obreros de la industria, y unos 24.000.000 trabajan en los servicios.

<sup>72</sup> Boltvinik, J., Economía Moral. Los fracasos de Fox/ I, *La Jornada*, Viernes 26 de mayo de 2006.

extenderse hasta 12 horas, se les paga 2 dólares. En México hay aproximadamente 1,5.000.000 de mujeres que trabajan como empleadas domésticas. La mayoría de ellas trabajan en condiciones de esclavitud. La mitad lo hace por un sueldo de unos 70 dólares al mes.

(iii) *Necesidad de propiedad comunitaria (cooperativa y estatal) de la unidad productiva (empresa)*. Según datos oficiales, en México, más del 52% de la superficie del país es tierra social, ejido o comunal. La tierra dedicada a la producción agropecuaria es aproximadamente 24,8 millones de hectáreas. Unos 25.000.000 de personas viven en los núcleos de los 31.000 ejidos y comunidades agrarias, que representan unos 101,4 millones de hectáreas. De los 7.000.000 de campesinos mexicanos, unos 5,5 millones son productores, y la mayoría tiene menos de 5 hectáreas (el 50% de los ejidatarios, 62% de los propietarios privados, 78,4% de los comuneros y 90% de los poseedores). Algo más del 25% de estas familias no llegan al salario mínimo mensual. En estados como Yucatán, Oaxaca, Chiapas y Guerrero ha aumentado el número de jornaleros agrícolas que no tienen tierras, sólo su ‘fuerza de trabajo’, llegando a constituir el 70, 80 ó 90% de la población. De la población trabajadora mexicana, 27.000.000 de personas son asalariadas; unos 11.000.000 trabajan por su cuenta, y alrededor de 4.000.000 son trabajadores sin pago. De los trabajadores asalariados, 12.000.000 trabajan sin contrato escrito. No hay en México un censo del número de cooperativas que desarrollan actividades productivas, así como del número de población empleada y su contribución económica. Según datos de la Confederación Nacional Cooperativa, hay unas 5.000 cooperativas. Cifra que se eleva a 13.000 según los datos de la Comisión de Fomento Cooperativo y Economía Social de la Cámara de Diputados. Con respecto a la propiedad estatal, en México gran parte de la empresa pública se ha privatizado desde 1982. Entonces el número de empresas públicas era de 1.152 paraestatales. Diez años después, su número se había reducido a menos de trescientas. Entre las privatizaciones más significativas destacan: los ferrocarriles, las autopistas, aseguradoras, bancos, etc. Las grandes ‘presas’ que le queda por despedazar al capital privado son Petróleos Mexicanos y la Electricidad.

(iv) *Necesidad de propiedad personal del fruto del esfuerzo del trabajo*. La población trabajadora mexicana se distribuye entre la agricultura, el 18% (7.200.000), la industria, el 24% (9.600.000) y los servicios, el 58% (23.200.000). De la población trabajadora mexicana, 27.000.000 de personas son asalariadas, unos 11.000.000 trabajan por su cuenta, de ellos unos 8.000.000 son artesanos, y alrededor de 4.000.000 son trabajadores sin pago. La Comisión Nacional del Salario Mínimo (CNSM) estableció para 2007 un salario mínimo entre 47,60 y 50,57 pesos al día. En México, 11.000.000 de asalariados ganan menos del doble del salario mínimo. El sueldo medio de la industria manufacturera en 2005, excluyendo la industria de la maquila dedicada a la exportación, oscilaba entre 2,5 y 3 dólares la hora. Los trabajadores mexicanos son los peor pagados de la OCDE. México es el país de la región



centroamericana que, en los últimos quince años, más ha abaratado su mano de obra, más incluso que países como El Salvador, Perú y Haití. Entre 2000 y 2004 la pobreza integrada (MMIP) en México pasó de 79 a 85 millones de personas, un aumento de 5.850.000, que equivale a un aumento porcentual de 7,4 por ciento. Unos 20.000.000 de personas, comparativamente con el resto de la población, son ricos. Según la revista *Fortune*, el mexicano de origen libanés, Carlos Slim, en 2007 era el hombre más rico del mundo, con una fortuna personal estimada en más de 59.000 millones de dólares; el equivalente el 5% del PIB mexicano. Y, por si no rapiñan bastante, las familias más ricas del país evadieron, con datos de 2002, unos 700.000 millones de pesos. Las 300.000 familias más ricas de México, 1.5000.000 personas aproximadamente, se apropian de una buena parte de lo que por evasión fiscal se le roba al pueblo.

3ª Insatisfacción de la necesidad político-institucional. La insatisfacción de la necesidad político-institucional tiene entre sus modos históricos de expresión la insatisfacción de la necesidad de soberanía popular y territorial, y la insatisfacción de la necesidad de instituciones revolucionarias.

(i) *Necesidad de la soberanía popular y territorial.* En México, 80.000.000 de personas han sido desposeídas de la soberanía de su tierra por unos 20.000.000 de caciques. Han sido desposeídos de la soberanía material sobre sus tierras, bosques, ríos, aire puro, alimento suficiente y nutritivo, salud, información, opinión bien formada, conocimiento, cultura, lengua madre y tradiciones, propiedad de los medios de producción, la voz y la palabra, y el poder político revolucionario.

(ii) *Necesidad de instituciones revolucionarias.* Los pueblos mexicanos no pueden satisfacer sus necesidades de vida, entre otras causas, porque la necesidad de instituciones revolucionarias, mediación para la satisfacción de aquéllas, es a su vez insatisfecha.

1) *Necesidad de un sistema de salud popular.* El sistema de salud mexicano no cumple con las exigencias de universalidad, gratuidad y eficiencia. De los países de la OCDE, México es de los últimos en dedicar presupuesto al sistema de salud. Sirva como ejemplo la tasa de mortalidad infantil. En México hay 24,9 muertes por cada mil nacimientos (64,97 muerte por cada mil en Chiapas). En Cuba es de 6,5 muertes por cada mil nacimientos. En América Latina sólo el sistema de salud cubano permite niveles de universalidad, gratuidad y eficiencia comparables a cualquier país del llamado primer mundo. En México hay 1 médico por cada 1000 habitantes, mientras que en Cuba hay 1 médico por cada 193 habitantes.

2) *Necesidad de instituciones de dirección política estatal revolucionaria.* En México, los 103.000.000 de personas tienen instituciones del Estado. Sin embargo, para aproximadamente 80.000.000 de mexicanos, directamente, esas instituciones son ‘contrarrevolucionarias’. A quienes representan en mayor medida es a los 20.000.000 millones de ‘caciques’ del país. El poder legislativo es elegido ‘formalmente’ por el pueblo entre los candidatos propuestos por la oligarquía. El poder judicial ‘arbitra’ la aplicación

arbitraria de las normas de la minoría burguesa. El poder ejecutivo se encarga de marcar a fuego, en la piel de los pueblos, las consecuencias de los intereses caciquiles. Por no tener, los pueblos mexicanos no tienen ni siquiera un partido revolucionario al servicio de la satisfacción de las necesidades de vida de los pueblos, con posibilidades reales a corto plazo de hacerse hegemónico. El Partido de la Revolución Democrática (PRD), que reclama ese espacio político, ni siquiera fue capaz de vigilar cada una de las casillas electorales en las elecciones de 2006 (unas 130.000). ¡Qué menos que este partido tuviera sus comités en los 2.500 municipios del país. Comités de base y partido, espacio de estudio político, de conexión en tiempo real con el resto de comités, y de articulación de las acciones concretas!<sup>73</sup>

3) *Necesidad de un sistema económico socialista en la producción, circulación y distribución de la riqueza.* (A) La producción en México es dominada por la burguesía capitalista que forman unos 500 patrones. Según datos del Censo Económico 2004 (INEGI), en México hay unos 3.005.157 empresas. De ellas, el 95% son de tamaño micro; el 3,9% es pequeña empresa; el 0,9% mediana empresa; y el 0,2% gran empresa. De esta gran empresa, un grupo de 500 patrones dominan la economía mexicana. Entre ellos, 35 constituyen el club más influyente. Y, dentro de éstos, hay un núcleo de 11 que son los más ricos. La riqueza del club más selecto mexicano es comparable a toda la producción agropecuaria mexicana, en torno al 5,4 por ciento del producto interno bruto (PIB). Algunos de los miembros de este club son: Slim Helú, controla el mayor conglomerado empresarial del país (Telmex, Grupo Carso, US Comercial Corp, América Móvil, Grupo Sanborns, Grupo Financiero Inbursa, etc.). Ricardo Salinas Pliego, vinculado a Televisión Azteca, Banco Azteca y Elektra. Emilio Azcárraga Jean, vinculado a Televisa. Lorenzo Zambrano, vinculado a Cementos Mexicanos (Cemex). Eugenio Garza Lagüera, vinculado al Grupo Alfa. Alberto Bailleres, vinculado al Grupo Peñoles (empresas dedicadas a la explotación de minerales metálicos. Es el mayor productor de plata del país). Roberto Hernández, vinculado al grupo bancario Citigroup. María Asunción Aramburuzabala, vinculada al Grupo Televisa. Carlos Peralta Quintero, vinculado al IUSA (Industrias Unidas S.A.), de producción de productos de cobre. Isaac Saba Raffoul, vinculado a la industria textil, hotelera y farmacéutica y familia. Alfredo Harp Helu, vinculado al Banco Banamex.

Entre las principales empresas mexicanas (unidades productivas capitalistas) destacan: Grupo Apasco (productos y servicios para la construcción); Grupo Bimbo (empresa productora de alimentos); Industrias Bachoco (industria avícola); Grupo Iusacell (telecomunicaciones); Cemex (cementera); Cintra (tenedora de Aeroméxico y Mexicana); Grupo Carso (grupo de empresas); Grupo Gigante (empresa controladora); Telmex

<sup>73</sup> Dussel, E., El Partido Político y la organización de base II, La Jornada, 8 de julio de 2007; ID., El Partido Político y la organización de base III, La Jornada, 16 de julio de 2007; ID., Partido Político y sus 130.000 comités de base, La Jornada, 22 de julio de 2007.

(telecomunicaciones); Bancomer (Banco); Areoméxico (compañía aérea); Pemex (petrolera); Televisa (conglomerado de medios).

De las empresas extranjeras, a modo de ejemplo, cabe citar a: General Motors, Daimler-Chrysler, Volkswagen, Ford, Nissan y Delphi, Wall-Mart, IBM, Hewlett-Packard, General Electric, The Coca Cola & Co., Nestlé. Y entre las extranjeras españolas: en telecomunicaciones: Telefónica, Airtel, Amena, Retevisión; en el sector energético: Repsol, Cepsa, Endesa, Iberdrola; en la banca y seguros: BBVA, Banco Santander Central Hispano, Mapfre; en el sector de la construcción: Grupo FCC, ACS; en el sector de la alimentación: Paternina, Puleva, Telepizza; además de otras grandes empresas españolas como: Gas Natural, Solmeliá, Iberia, Indra, Transmediterranea, Seat, Tabacalera.

(B) *La circulación de la riqueza en el mercado, la banca, la bolsa y el mercado de divisas.* La circulación de la riqueza nacional está controlada por la mediación económica extranjera. México, en 2005, dependía de sus exportaciones a Estados Unidos en un 85%, a Canadá el 2%, y a España el 1,4%. Y dependía en sus importaciones de Estados Unidos y Canadá en un 79%, de China en un 8%, y de Japón en un 5,9%<sup>74</sup>. El depósito del ahorro fruto del trabajo del país se ha entregado a la banca extranjera. En México, el 90% del sistema bancario está controlado por extranjeros. Las empresas se venden y compran en el gran casino especulativo de la Bolsa de Valores Mexicana (BVM). En 2006, una minoría de 200.000 especuladores bursátiles (0,17% de la población) detentaron activos equivalentes al 44% de PIB. La gran mayoría de mexicanos no tienen parte en el reparto del botín de las utilidades. A ellos sólo les toca cargar con el costo de reflotar el sistema cuando entra en crisis. La minoría oligárquica tiene acceso al mercado de divisas 'imperiales'. En el intercambio mercantil, compran por nada materia prima, trabajo y el mismo espíritu de los pueblos mexicanos; éstos sólo tienen acceso a un peso 'esclavo'. Un peso 'esclavo' con el que ha de pagar la deuda. A finales de 2006, una parte de la deuda externa mexicana (898.500 millones de dólares) fue 'cambiada' por deuda interna. Con motivo de esta operación, la estructura de la deuda de los pueblos mexicano varió. La deuda externa bajó a 40.687 millones de dólares, subiendo, por el contrario la deuda interna del país hasta 1 billón 300 mil millones de pesos.

(C) *En la distribución de la riqueza.* La desigualdad en la distribución de la riqueza en México es una de las más altas del mundo. La propiedad de los recursos del país la disfruta unos 20.000.000 de personas. Más de 80.000.000 sólo tienen su trabajo. El grupo que conforman los 10.000.000 de 'dueños' del país detenta más del 40% de los ingresos nacionales. Mientras, por el contrario, los 10.000.000 más pobres sólo tienen acceso al 1,5 % de la riqueza. Coronando la estafa distributiva, los ricos del país pueden pavonearse de detentar una de las tasas de evasión fiscal más alta del mundo, superando el 40%. Los dineros del

<sup>74</sup> Cfr. BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *El sector rural en México: Desafíos y oportunidades* (2006) 1.

pueblo los tienen a buen recaudo en los paraísos fiscales. La fortuna en el extranjero de esta élite de mexicanos supera con creces los 45 mil millones de dólares<sup>75</sup>.

4) *Necesidad de medios de información de los pueblos.* En México, 102.000.000 de personas, casi la totalidad de los pueblos, no participa en los medios institucionales de búsqueda y divulgación de la información. Estas tareas están reservadas a una minoría concentrada de grupos empresariales: Grupo Imagen, Radio Centro, Televisa y Televisa Radio-Grupo Prisa, TV Azteca, Radio Formula Nacional e Internacional, Grupo Acir, Reforma-Grupo Norte, El Universal-Compañía Periodística Nacional, entre otros.

5) *Necesidad de medios de opinión de los pueblos.* Del mismo modo que ocurre con la información, aproximadamente 102.000.000 de mexicanos están excluidos de los medios de formación de opinión crítica. Los mismos grupos empresariales de la información son los ‘monopolizadores’ del estado de opinión a través de sus medios de difusión.

6) *Necesidad de un sistema educativo popular.* México tiene unos 4.5.000.000 de estudiantes de preparatoria, y una demanda universitaria de 4.000.000 de estudiantes. Respecto de estos últimos, el Estado, sumando la oferta pública y la enseñanza privada universitaria, sólo tiene 2.8.000.000 de plazas para atenderlos. En 40 años, el Estado ha creado sólo 57 instituciones educativas públicas. Por el contrario, en los últimos 20 años, unas 1.500 instituciones educativas privadas se han implantado en el país. En la actualidad, el 33% de las matrículas de educación superior se hace en las Instituciones de Educación Superior (IES) privadas. En cuatro años, esa cifra alcanzará el 40% de los alumnos matriculados. La situación del profesorado en estas instituciones privadas es escandalosa. La norma es el contrato por horas para el 80%, y el contrato a tiempo completo para el 10% de los maestros. En lo que se refiere a los medios materiales del sistema educativo, a modo de ejemplo, según datos del INEE, alrededor de 20% de las escuelas indígenas son incompletas (no ofrecen los seis grados de primaria) y el 28% tienen un solo profesor atendiendo los diferentes grados con que cuenta la escuela.

En México, 103.000.000 de personas, en general, y 6.600 bibliotecas, 1.058 museos de antropología, historia y arte necesitan un mayor apoyo para la democratización del conocimiento entre el pueblo. Desde 1994, con el Tratado de Libre Comercio (TLC), el Estado ha reducido progresivamente los fondos para estas instituciones. Junto al apoyo a estas instituciones tradicionales, la sociedad mexicana necesita también que los nuevos medios se pongan al servicio del conocimiento de los pueblos, y no de la basura ideológica. Hoy, según los datos de la Encuesta nacional de prácticas y consumos culturales, encargada por el CONACULTA, y realizada por el Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM en 2004, los cauces por

---

<sup>75</sup> Cfr. MORENO, M., *Paraísos fiscales y sus demonios* (México: Edición de Autor, 2003).

donde la población mexicana, 75% urbana, interactúa culturalmente son: la televisión, la radio, la música grabada y el cine. El 48,9% de los encuestados dedicaba entre 2 y 4 horas diarias a ver la televisión. El 35,3% de éstos, escuchaba entre 2 y 4 horas diarias la radio. Un porcentaje del 78% acostumbraba a escuchar música grabada. El cine es más atractivo para la mayoría de la población que los museos o bibliotecas<sup>76</sup>. La mayor parte del contenido cultural transmitido por estos cauces está ‘desnudo’ de contenido crítico, emancipador, revolucionario.

7) *Necesidad de instituciones de liberación*. En México, las instituciones especializadas para atender a los más de 15.000.000 de personas con problemas psiquiátricos son escasas. Existen unos 470 centros de internamiento para ‘rehabilitar’ a 200.000 personas presas. Estos centros están sobrepoblados y, en términos generales, no cumplen con las funciones de liberación. En México existe una Comisión Nacional contra la Adicción. Un hecho que merece reconocimiento. Sin embargo, en el país, según datos de 2004, se seguían cultivando unas 3.500 hectáreas de opio, con una producción aproximada de 9 tm de heroína pura; unas 5.800 hectáreas de marihuana, con una producción aproximada de 10.400 tm. En el estado de Nayarit, México, se produce el 80% del tabaco del país. La industria del tabaco en México necesita anualmente 40.000.000 de kilos para elaborar cigarrillos. En el país se producen 21.000.000 de kilos, importando el resto de Brasil, Chile, Italia, Turquía, etc. La industria del tabaco está vinculada a dos de las grandes corporaciones mundiales del tabaco: Phillip Morris y British American Tobacco, que se reparten el ‘botín de la salud’ de los pueblos. Otras empresas del resto del mundo forman parte del festín contra la salud de los pueblos, entre ellas: Japan Tobacco y China National Tobacco Co. Ésta es ‘hasta ahora’ un monopolio estatal que produce 30% de los cigarrillos de todo el mundo. Respecto a la industria del juego, en México existen más de 100 tipos de establecimientos con diferentes modalidades de apuestas, algunas legales y otras ilegales.

8) *Necesidad de la institución del Derecho Revolucionario*. En México, 103.000.000 de personas necesitan la institución del Derecho Revolucionario. El pueblo necesita que el Estado sea Socialista de Derecho Revolucionario (ESDR). Es decir, que el ejercicio de todas las instituciones del Estado se encuentre regulado por el Derecho. Que los Derechos Humanos Revolucionarios de los Pueblos (DHRP), como contenido material del Derecho, sean articulados integralmente, lejos de la falaz desarticulación burguesa; con sus ‘generaciones’ de derechos y ‘etapas’ en la protección de los mismos. Que los derechos-fuente a la libertad material, la comunicación material y el conocimiento de la realidad estén orientados, legitimados y limitados por la vida y reproducción de la vida material de todo el pueblo. El pueblo mexicano

---

<sup>76</sup> Cfr. Piedras Fera, E., *¿Cuánto vale la cultura?: contribución económica de las industrias protegidas por el derecho de autor en México*, (México: CONACULTA/SACM/SOGEM/CANIEM, 2004).

está urgido de un Estado de Derecho Revolucionario<sup>77</sup>. Necesitado de un Estado que trabaje por satisfacer todas las necesidades materiales de la vida de los pueblos. Éste necesita perder de la memoria los crímenes y el terrorismo de Estado. A modo de ejemplo, los mexicanos necesitan revertir revolucionariamente tiempos en los que los dirigentes utilizaban el ‘Estado de Derecho’ para encubrir y ejecutar sus crímenes. En palabras de Martí Batres: “en la época del presidente Adolfo López Mateos envió a la cárcel a Valentín Campa. En la época del presidente Gustavo Díaz Ordaz asesinó a los estudiantes y envió a la cárcel a sus dirigentes, perdonando a los asesinos; en la época de Luis Echeverría asesinó a sus opositores o los desapareció. En la época de Carlos Salinas de Gortari cientos de opositores fueron asesinados y la voluntad popular expresada en las urnas fue desconocida, siempre con el apoyo de la PGR y los jueces”<sup>78</sup>. En la época de V. Fox, la ‘violencia’ del Estado torturó, violó y mató en San Salvador Atenco y Oaxaca.

9) *Necesidad de una policía y ejército de los pueblos*. México cuenta con unos 360.000 policías estatales y municipales, y con 10.000 policías federales. Un elevado porcentaje de los cuales es ‘corrupto’ o ‘delincuente’. En lugar de ser una institución para la seguridad, en muchas ocasiones introduce la inseguridad al pueblo. A ello contribuyen diversos factores, entre ellos una reglamentación imprecisa del uso de la fuerza. A modo de ejemplo, en el primer trimestre del año 2006, la Secretaría de “Seguridad” del Distrito Federal realizó una prueba a policías para ver si consumían drogas. Dieron positivo en el análisis 28 de 75. Otro caso ilustrativo fue el modo de la intervención policial en San Salvador Atenco y Oaxaca en 2006 y 2007.

10) *Necesidad de un ejército de los pueblos*. Según datos del Banco Mundial, en México hay aproximadamente unos 203.000 efectivos militares. Número que podría llegar a 230.000 militares, dado que no se cuenta con datos oficiales por el hermetismo de la Secretaría de Defensa. Reconociendo lo positivo realizado por parte del ejército mexicano contra el tráfico de drogas y el crimen organizado, el hecho es que en el período septiembre 2004 a junio de 2005 desertaron del ejército unos 18.000 soldados. Extrapolando esta cifra al sexenio foxista, más de 100.000 soldados habrían desertado. El ejército mexicano está en crisis. Prácticamente la mitad de sus miembros lo han abandonado en los últimos seis años. Entre ellos, soldados, tenientes, subtenientes, capitanes, mayores y tenientes coroneles. Muchos de estos ex-militares se pasaron al crimen organizado, que les reporta más ingresos. En 2006, el sueldo base de un soldado era de 3.602 pesos mensuales. La corrupción dentro del ejército es alta. Todo ello conduce a la situación en la que buena parte del ejército, que ha de proteger la vida de los pueblos, termina violando sus derechos humanos. Como ejemplo sirve la actuación del ejército en contra

<sup>77</sup> Cfr. Piedras Fera, E., *¿Cuánto vale la cultura?: contribución económica de las industrias protegidas por el derecho de autor en México*, (México: CONACULTA/SACM/SOGEM/CANIEM, 2004).

<sup>78</sup> Batres Guadarrama, M., Estado de derecho, *La Jornada*, jueves 21 de abril de 2005.

del pueblo chiapaneco, la vulneración de los derechos humanos de los inmigrantes ilegales centroamericanos, o la connivencia con el narcotráfico.

## II. Insatisfacción de la necesidad material de Empoderamiento.

La insatisfacción de la necesidad de empoderamiento de los pueblos tiene entre sus modos de expresión: la insatisfacción de la necesidad de liberación, autodeterminación y ejecución de la praxis de producción y reproducción de la vida.

1ª *Insatisfacción de la necesidad de liberación.* La insatisfacción de la necesidad material de liberación tiene entre sus modos históricos de expresión: la *opresión física, psíquica y comunitaria*.

(i) *La necesidad de liberación de la opresión física.* En México, según datos del Dr. Carlos Campillo Serrano, titular de los Servicios de Atención Siquiátrica de la Secretaría de Salud (SSa), casi el 30% de la población padece algún tipo de trastorno mental (más de 30.000.000). Sólo 2,5% de los enfermos recibe atención de algún tipo. El gobierno destina sólo el 1,25 % del presupuesto de salud a la atención de estas enfermedades, cuando la OMS recomienda destinar al menos el 10%. De ellos, al menos 1.100.000 padece esquizofrenia; 2.000.000 sufren síndrome bipolar; y más de 7.000.000 tienen depresión severa.

(ii) *La necesidad de liberación psíquica: (A) Liberación ideológica de sectas destructivas.* El número de personas 'esclavas' de las sectas destructivas es difícil de determinar por la opacidad de muchas de ellas, y por el hecho de que religiones o grupos filosóficos pueden comportarse en momentos históricos como sectas destructivas. Las Religiones e Iglesias tradicionales mayoritarias pueden haberse transformado en pseudoreligiones (sectas destructivas). Si en sus inicios surgiendo como auténticas religiones, con el tiempo pueden llegar a albergar en su seno a grupos sectarios destructivos; o derivar, en su conjunto, hacia el fanatismo sectario. A las religiones o sectas espirituales recientes les ocurre lo mismo. Existen más de 10.000 sectas en el mundo. En México, según los datos del INEGI hay 89.000.000 de católicos. Este es el grupo religioso mayoritario, al que acompaña en menor número las confesiones cristianas protestantes y el judaísmo. Entre algunos de los grupos minoritarios activos, religiosos o filosóficos, se encuentran: los Testigos de Jehová, la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, la Iglesia de la Cienciología, los Adventistas del Séptimo Día, la Luz del Mundo, la Gran Fraternidad Universal, la Meditación Transcendental, las Asambleas de Dios, la Sociedad Internacional de Conciencia Krishna (Hare Krishna), los seguidores de Osho, la Sociedad Teosófica, el Nuevo Acrópolis, Danamhur, los Niños de Dios, la Iglesia Universal y Triunfante, y los masones<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> Se calcula que el número de masones en Estados Unidos es de unos 6.000.000. Miembros de a clase media y de edad madura.

(B) *Liberación de las adicciones. Liberación de drogas ilegales.* En México, según datos de la Secretaría Federal de Seguridad Pública, hay aproximadamente 1.200.000 personas adictas a la cocaína. La edad en la que se inician las personas al consumo de enervantes se sitúa hacia los 11 años. *Liberación del alcoholismo.* Según datos del Consejo Estatal contra las Adicciones, en México existen 13.000.000 de personas que tienen problemas serios con la bebida. De ellos, 3.000.000 son alcohólicos. *Liberación de la ludopatía.* La Secretaría de Salud no tiene determinado el número de ludópatas que existen en México. Aproximadamente, más de 7.000.000 de personas juegan en México. De ellos, algunos estudios arrojan el dato de 2.000.000 de mexicanos con necesidad de tratamiento médico por su adicción al juego. En el país, cada año circula más de 2.000 millones de dólares en juego legal e ilegal. Además, unos 650.000 mexicanos se gastan en las Vegas más de 170.000.000 de dólares. *Liberación del tabaquismo.* En México hay unos 16.000.000 de fumadores, de los cuales más de 1.000.000 de ellos se considera adictos. Son fumadores el 10% de los jóvenes entre 12 y 17, que viven en zonas urbanas. Unos 53.000 mexicanos mueren cada año por problemas relacionados con el tabaco. *Liberación de la sexoadicción.* Con datos aproximados, unos 2.000.000 de mexicanos son sexoadictos. Se calcula que el 6% de la población entre 20 y 40 años sufre esta adicción<sup>80</sup>. *Liberación de la bulimia.* En México hay aproximadamente 30.000.000 de personas con sobrepeso, y 11.500.000 de obesos. México es el país de la OCDE con mayor número de obesos después de EE.UU.<sup>81</sup>. *Liberación del consumismo.* Según datos del Banco Mundial, México es el país más consumista de América Latina, y el vigésimo quinto del mundo, dos veces más que un brasileño. De este tipo de

<sup>80</sup> Comparando estos datos con otros países, en España, más de 1.000.000 de personas son adictas al sexo. Unos 17.000.000 son asiduos de las más de 300.000.000 páginas webs de contenido sexual, en Internet. El gasto económico diario, en pago de los 'servicios' de las más de 300.000 prostitutas y 1.000 burdeles censados, asciende a más de 50.000.000 de euros.

<sup>81</sup> El caso del glutamato monosódico es una metáfora del 'espíritu' de la sociedad capitalista. Éste es un aminoácido natural que el cuerpo obtiene de los alimentos ricos en proteínas, y sirve como neurotransmisor. La industria de producción alimentaria lo utiliza como potenciador de sabor, es conocido como aditivo E-621. Es muy utilizado en los restaurantes chinos, en la comida preparada (alimentos envasados, salchichas, patatas fritas, aperitivos, bollerías, etc.) en las chucherías para los niños, etc. En el envase se ofrece 'la media verdad de la mentira', se indica que contiene dicho aditivo, a veces con el nombre genérico de sales, pero no se indica la cantidad. A una ración de comida preparada se le adiciona unos 6 gramos por kilo, la misma cantidad que al mismo peso de salchichas, y 4 gramos a un kilo de patatas fritas. Sin embargo, además de potenciar el sabor, parece haber una razón oculta en esa adicción. Según estudios realizados en la Universidad Complutense de Madrid, por el profesor Jesús Fernández-Tresguerres, director del departamento de Fisiología de la Facultad de Medicina, el consumo de alimentos que contienen glutamato monosódico, "despierta un hambre ansiosa, hasta el punto de que incrementa la voracidad en las ratas estudiadas en el 40%. Según estas investigaciones, el glutamato actúa sobre las neuronas de una región cerebral llamada el núcleo arcuato, e impide el buen funcionamiento de los mecanismos inhibidores del apetito". Esto explica que la especulación industrial de la salud haya aumentado la producción mundial de este aditivo o 'adictivo' de 200.000 toneladas en 1970 a 1.500.000 toneladas en 2004. SÁNCHEZ, M., "Un aditivo que potencia el sabor... y el hambre", *El País* (Madrid) 13 de diciembre de 2005.



adicción no hay datos contrastados. Los expertos estiman que en las sociedades de consumo, al menos el 30% de la población se puede considerar consumista. De ellos, un 3% desarrolla tal grado de adicción que requiere tratamiento médico. Según esto, y teniendo en cuenta sólo a la población adulta comprendida entre 20 a 65 años, en México habría unos 17.000.000 de consumistas, de los cuales unos 500.000 necesitan ayuda médica.

(iii) *Necesidad de liberación comunitaria. Liberación político-institucional.* En México hay 103.000.000 de personas que necesitan el poder de autodeterminar políticamente sus vidas para producir y reproducir la vida de sus pueblos. No se dice aquí que tengan voluntad, sino necesidad de ello. Sin duda que la minoría oligárquica de 20.000.000 no tienen la voluntad de favorecer la autodeterminación política al resto de los pueblos. Sin embargo, tanto la mayoría como la minoría tienen esa necesidad objetiva para poder reproducir la vida de la comunidad. De entre todo el pueblo, hay 10.000.000 que forman el conjunto de pueblos originarios que tienen más urgencia de autodeterminación por el riesgo que corren en el momento presente de perder la misma existencia física, su identidad, y libertad. En particular, según los datos de la organización civil Thais, en México hay 3.000.000 de niños, muchos de ellos indígenas, forzados a trabajar por el estado de necesidad creado por el sistema contrarrevolucionario. A la explotación se une los riesgos para su salud. Así, por ejemplo, en el estado de Nayarit, los menores, además de la explotación económica que padecen en la producción del tabaco, sufren intoxicaciones, enfermedades, y muerte por estar expuestos a los plaguicidas tóxicos de la agroindustria. De estos tres millones de esclavos menores, 40.000 son domésticos que trabajan entre 15 y 44 horas a la semana, privados de la escuela, y sometidos al riesgo del maltrato y abuso sexual. Unos 30.000 niños, entre 10-14 años son esclavos sexuales, y alrededor de 1.000.000 de mujeres.

2ª *Insatisfacción de la necesidad de sanción, rehabilitación y reinserción.* Los miembros de los pueblos tienen la necesidad de ser sancionados, rehabilitados y reinsertados en la comunidad cuando yerren en su praxis y atenten contra la vida y la reproducción de la vida de los pueblos. Estas instituciones son algo de lo que las prisiones están llamadas a ser. En México hay aproximadamente 200.000 personas en prisión. La mayor parte de ellos no encuentran en ella el camino para la rehabilitación y reinserción, sino todo lo contrario. En México, en 1996 había 47.000 procesados en espera de sentencia de primera instancia. En 2006, su número había aumentado a algo más de 91.000 procesados. De los 200.000 presos en la cárceles mexicanas, en 2007, aproximadamente el 40% eran presos preventivos. Las cárceles mexicanas tienen una sobrepoblación del 35%, que lleva a la insalubridad, hacinamiento y a la violencia. La tasa de homicidio dentro de las prisiones mexicanas es 10 mayor que la media mundial.

3ª *Insatisfacción de la necesidad de seguridad (permanencia) en la producción reproducción de la vida.* En México, el número de homicidios en 2001 fue de 1.080 ejecuciones. Durante el gobierno de Fox, la cifra fue

aumentando hasta llegar a las 2.100 ejecuciones, en 2006. A mediados de 2007, según datos publicados por el diario Reforma, la cifra ya superaba las 1.300 ejecuciones. De estos ejecutados, 134 fueron torturados, 13 decapitados, y en 53 ejecutados se dejaron 'narcomensajes', como avisos a navegantes. En México, según los datos de la Tercera Encuesta Nacional sobre Inseguridad, realizada en 2005 por el Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, en el año 2004, unos 11.300.000 de personas fueron víctimas de agresión contra su seguridad. De las cuales, sólo 1.400.000, de promedio anual, denunciaron la agresión. El feminicidio es especialmente agudo en México. Unas 6.936 niñas y mujeres fueron asesinadas en 10 estados mexicanos, entre 1999 y 2005. En el país mueren unas cuatro mujeres cada día fruto de actos de violencia, según datos del INEGI. Según Amnistía Internacional, en su Informe 2006. *El estado de los derechos humanos en el mundo*, en México se practica la tortura, detenciones arbitrarias y malos tratos. El sistema judicial es fuente de violaciones de garantías, particularmente de los más desposeídos y desfavorecidos. Se impide las investigaciones y juicios contra militares acusados de cometer violaciones a derechos humanos. A los defensores de derechos humanos se les intimida y amenaza. De igual modo a los periodistas que denuncian la corrupción y el crimen organizado.

### III. Insatisfacción de la necesidad material de intelección.

La insatisfacción de la necesidad material de intelección tiene sus modos históricos de expresión como insatisfacción de la necesidad de información, de opinión y de conocimiento.

1ª *Necesidad de información gratuita y popular.* En México, a 103.000.000 de mexicanos se les oculta parte de la información nacional y mundial. La mayoría de los medios de información ocultan las caras de la realidad que no son rentables. Valga como ejemplo la ocultación de rostro y la vida de 10.000.000 de personas de habla indígena (v.gr. la ocultación de la revolución en Venezuela).

2ª *Necesidad de una opinión popular bien formada.* En México, la mayoría de los medios de opinión impiden el análisis crítico a 103.000.000 de personas. Los medios de información ofrecen al pueblo opinión manipulada, 'fabricada', orientada esencialmente hacia la explotación rentable del consumo, el deporte y los espectáculos.

3ª *Necesidad de educación gratuita y popular.* En México, según datos de la UNESCO, de la población mayor de 15 años, hay unos 7.000.000 de personas que son analfabetos. Unos 32.000.000 de mexicanos no tienen la secundaria completa. Más de 44.000.000 no terminaron la educación media superior. En el país, dependiendo de las fuentes, entre 1.000.000 y 2.100.000 de niños no asisten a la escuela por distintas causas. El mexicano medio tiene dificultades en comprender lo que lee y expresar lo que piensa. Para 1.000.000 de postulantes universitarios, el Estado no tiene plaza. De los 10

millones de indígenas mexicanos, hay más de 2.000.000 de hombres analfabetos, y unos 3.000.000 de mujeres. Sólo unas 500.000 mujeres indígenas han alcanzado la educación media. Según el informe de la UNESCO sobre el estado de la educación superior en América Latina y el Caribe (2000/2005), México, tiene 2 millones 322 mil 781 jóvenes matriculados en educación superior, sólo 225 de cada 10 mil habitantes llegan a una universidad. En más del 55% en instituciones privadas. El presupuesto medio destinado al nivel superior no llega al 1,5 del PIB.

En definitiva, la realidad de la insatisfacción de las necesidades de vida de los pueblos mexicanos muestra un hecho verificado en los últimos cinco siglos, los últimos 90 años de la vigente Constitución, y particularmente agravado en los últimos 20 años. Los derechos recogidos en la Constitución mexicana de 1917 no están satisfechos. Con este ejemplo de la realidad de los pueblos mexicanos hemos querido ilustrar cómo son las necesidades estructurales de vida de los pueblos, y la situación histórica concreta de su satisfacción e insatisfacción, el criterio de juicio crítico-jurídico, la legitimación y el contenido del Derecho a la Revolución que tienen los pueblos.

**PALBRAS CLAVES:** Necesidades, Derecho a la revolución, Filosofía de la liberación.

**KEY WORDS:** Needs, Right to revolution, Liberation Philosophy.

**DEMOCRACIA EN LA ERA NEOLIBERAL.****REFLEXIONES MULTIDISCIPLINARIAS<sup>1</sup>**

*POR: S. ALFONSO SILVA SERNAQUE<sup>2</sup>*

**Resumen:** La democracia, es ante todo una forma de gobierno y según se enseña en Ciencia Política en occidente descansa sobre dos ejes fundamentales: la libertad y la igualdad. Este ensayo pretende un ejercicio crítico en el campo de las ideas sobre estos dos conceptos medulares, del sistema democrático.

**Resumo:** A democracia, é antes de tudo uma forma de governo e segundo se insígnia em Ciência Política em ocidente descansa sobre dois eixos fundamentais: a liberdade e a igualdade. Este ensaio pretende um exercício crítico no campo das idéias sobre estes dois conceitos medulares, do sistema democrático.

**Abstract:** The democracy, is first of all a government form and, according to it is taught in Political Science, the West rests on two fundamental axes: the freedom and the equality. This test tries a critical exercise in the field of the ideas on these two medullary concepts, of the democratic system.

**PALABRAS CLAVES:** Democracia, Crítica de la teoría de la democracia, Ciencia Política.

**KEY WORDS:** Democracy, Critique of the Theory of Democracy, Political Science.

**I.**

La pregunta que nos debemos hacer es ¿de qué igualdad y de qué libertad? y ¿en qué democracia?

Se sostiene que, los dos conceptos no se explican el uno sin el otro.

El neoliberalismo y el fundamentalismo del mercado, en todos los planos, no sólo económico sino ideológico y político afirman que la democracia es la otra cara del modelo político neoliberal, veamos cómo lo dice Soros:

... El capitalismo necesita a la democracia como contrapeso porque el sistema capitalista por sí sólo no muestra tendencia alguna al equilibrio.”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Recibido el 22 de septiembre de 2008. Aceptado el 14 de octubre de 2008.

<sup>2</sup> Catedrático, Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos (FDEM). Doctor en Derecho, por la Universidad del País Vasco; Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (U.N.M.S.M), y Licenciado para ejercer la profesión de la abogacía en Perú; Abogado en Puerto Rico y Licenciado para ejercer esa profesión por el Tribunal Supremo del E.L.A. de Puerto Rico.

<sup>3</sup> Soros, George. *La crisis del capitalismo global, la sociedad abierta en peligro*, 1.ª edición, Barcelona, Editorial Plaza Janés, pp. 21-32, 1999. Soros refiriéndose críticamente al fundamentalismo del mercado dice: “Entre las funciones que no pueden ni deben ser gobernadas globalmente por las

No hay empacho para argumentar y sostener en el plano de las ideas que el capitalismo (léase neoliberalismo, en nuestros tiempos, una nueva etapa del imperialismo), tiene como contraparte a la democracia. Nosotros decimos, en los recientes pasados aproximadamente 200 años al servicio de la clase en el poder: la capitalista, hoy en su etapa imperial.

La democracia así entendida representa intereses particulares en detrimento de los forjadores de la riqueza social, los trabajadores manuales. Sólo les interesa la acumulación desmedida o salvaje del capital, ahora a nivel global (ya no a escala nacional) al igual que en la época clásica liberal.

Ya no se trata del empobrecimiento de una clase: el proletariado, o las pequeñas burguesías, las burguesías nacionales, hasta su extinción y/o convertidas en administradores de los nuevos ricos o de esa clase poderosa a nivel global.

Por otro lado, la concepción de lo que conocemos por democracia, además, tenemos que unirla indisolublemente con el concepto Estado y poder.

Así se dice que, siendo que el Estado es una ficción jurídica, ella se asienta sobre el concepto de nación, que son el conjunto de una sociedad organizada, unidos por una serie de vínculos comunes y que para gobernar, este soberano —el conjunto de esta sociedad— “delega” en algunas personas para que puedan gobernar en su nombre. Nació así, desde los albores del liberalismo, la democracia representativa<sup>4</sup>, en oposición a la democracia directa y/o participativa, concebida en las sociedades más antiguas de occidente.

---

fuerzas del mercado se cuentan muchas de las cosas más importantes de la vida humana, ejemplo los valores morales, hasta las relaciones familiares y los logros sociales y estéticos e intelectuales. Sin embargo, el fundamentalismo del mercado no cesa en su empeño de extender su dominio a estos campos, en forma de imperialismo ideológico. Según el fundamentalismo del mercado, todas las actividades oscilan y las interacciones humanas deben considerarse relaciones transaccionales y contractuales y valorarse en función de un único y común denominador, el dinero. Las actividades deben ser reguladas, en la medida de lo posible, por nada más intrusivo que la invisible mano de la competencia para maximizar los beneficios. Las incursiones de la ideología del mercado en campos muy distintos de los negocios y la economía tienen efectos sociales destructivos y desmoralizadores. Pero el fundamentalismo del mercado es tan poderoso hoy que cualquier fuerza política que ose resistirse es motejada de sentimental, ilógica e ingenua”. ¡No se le moteja, se le persigue, se le encarcela, se le desaparece, se le liquida Sr. Soros!

<sup>4</sup>Sólo hay que recordar que ya para 1791 los Principios de la Revolución francesa habían sido abandonados. Nosotros decíamos: “ya en 1791 el pueblo francés no goza ni de libertades democráticas ni del derecho al voto universal. Por el contrario, el mecanismo de elección de representantes fue restringido a los burgueses o propietarios ricos, que de esa manera, pasan a monopolizar buena parte de la decisión y, además, los cargos del Estado. El “voto censatario”, tal como se ha dado en llamar es una institución política que responderá específicamente a los intereses de la burguesía para mantener el control del Estado frente al pueblo mayoritario. Este sistema se complementa con la teoría de la representación nacional ardorosamente defendida por Sieyès. El mismo, poco tiempo antes hacía loas a todo el Tercer Estado y de ello resulta que <<los electores no votan como ciudadanos que ejercen un derecho individual en su propio nombre, sino como funcionarios llamados por la nación a elegir en nombre de ella y por su cuenta>>.” Véase: SILVA SERNAQUE, S. Alfonso.

La democracia representativa, históricamente, ha sufrido mutaciones, la más reciente ha sido expresada a través de los partidos políticos. Pero, los representantes, una vez elegidos en elecciones, donde participa el “soberano” mediante procesos electorales periódicos, con el voto<sup>5</sup>, el representante elegido, no rinde cuentas de sus actos a sus mandantes, en tanto se sostiene que no es en propiedad un mandatario o un representante de la comunidad que lo eligió, sino de todo el país y del Estado, por tanto no tiene obligación ninguna de rendir cuentas a sus electores. La razón, los órganos institucionales del Estado tienen sus mecanismos de control ético, que de encontrarlos en violación de sus funciones se encargarán de investigarlo y procesarlo. La realidad nos demuestra que estos órganos de control institucional, nunca o muy pocas veces ha funcionado, por eso el descrédito de esta forma de democracia y la deslegitimación de los gobiernos neoliberales.

Hasta aquí lo primero que podemos constatar es que, la clase en el poder, se ha dotado de todo un arsenal teórico, para sustentar su democracia a partir de las instituciones del Estado democrático del capitalismo, imperial, neoliberal, ahora a nivel global.<sup>6</sup> Así la democracia representativa ha servido a sus intereses, no a los sectores más pobres o desclasados, sino a la élite o clase dirigente –los administradores del aparato estatal– y, a la burguesía, los verdaderos patronos de senadores y representantes de las democracias parlamentarias de nuestros tiempos.

Es preciso dejar sentado que, en esta etapa histórica neoliberal, la economía y las finanzas del modo de producción cuestiona toda la parafernalia teórica política de la modernidad como el concepto nación, soberanía, regulación de la economía por el estado, subsidios a la producción nacional, barreras arancelarias, etc., porque aplicarlas en nuestros tiempos constituyen camisas de

---

*Control Social, Neoliberalismo y Derecho Penal*, Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú, 2002, p. 62-63

<sup>5</sup> Núñez, Rafael. En su artículo periodístico: EL VALOR DEL VOTO. Se pregunta: ¿Cuánto cuesta un voto? Y se responde “En una democracia realmente existente, el valor del voto es incommensurable, pero sobre todo, respetable. Relieve la dimensión cualitativa del sufragio, reflejo del avance (o retroceso) del sistema en relación con el logro de su promesa libertaria. Un voto al que se le asigna un precio se le está añadiendo un componente extraño a su esencia mediante un procedimiento ajeno, determinado por el mercado y que cambia la naturaleza del sufragio por una condición degradante y subordinada a lo pecuniario. Eso es posible si –y solamente si– la noción de intercambio prevalece sobre todos los aspectos de la actividad política y termina por supeditarla al mercado, que reduce al ciudadano a la condición de cliente, para hacerlo funcional a la nueva espiritualidad. El consumismo “legítima” esa brutal involución.” En *www.clavedigital.com*, Jueves, 1 de noviembre de 2007. Las elecciones en occidente son así un mero ejercicio del mercado, sólo véase los miles de millones de dólares en las campañas electorales. Los medios mediáticos se han preocupado porque la reciente electa Presidenta argentina CFK, no gastó ingentes cantidades de dinero en los medios de comunicación masivas, pese a ello, el buen gobierno del actual Presidente, fue la mejor propaganda para su campaña electoral: ¡el triunfo fue arrollador! Esa es una enseñanza que se debe seguir en A.L.

<sup>6</sup> Véase: Amin, Samir. (CLACSO), *Capitalismo, imperialismo y mundialización*, donde estudia el fenómeno porque gran número de académicos en ciencias sociales han abandonado el concepto imperialismo al estudiar el desarrollo del capitalismo. Del mismo autor: *El capitalismo en la era de la globalización*, Editorial PAIDOS, Argentina, 3ra. Edición, 1999.

fuerza para la acumulación salvaje de capital a nivel global pero, las defienden en sus fronteras, y con sus productos subvencionados penetran a nuestros mercados liquidan nuestra, ya endémica, industria nacional, con los TLC, es el doble discurso, de “perseguir y combatir” los nacionalismos en el plano económico con el discurso de la “sana competencia del mercado”; en el plano político a los gobiernos que se atreven a distanciarse de los dictados del imperio los llaman gobiernos “populistas” o autoritarios, como si la burguesía y el imperialismo no lo fueran, por definición.

La realidad ha sido que, la clase que advino al poder luego de la revolución norteamericana y francesa, concibieron el concepto de democracia liberal, a partir de los valores y los principios de Libertad e Igualdad, que se asentaron como paradigmas de la modernidad, pero aquellos valores sirvieron para consolidar los objetivos, inicialmente, nacionales –como territorio– en el plano económico-financiero; y, en la actualidad a nivel a global, de la clase emergente, en ese proceso histórico, hoy consolidada y triunfante a nivel global: la capitalista.

En esa dirección la gobernabilidad es una relación política entre gobernantes y gobernados “o soberano-súbdito<sup>7</sup>, o Estado-ciudadanos, una relación entre superior e inferior, salvo en una concepción democrática radical donde gobernantes y gobernados se identifican por lo menos idealmente en una sola persona y el gobierno se resuelve en el autogobierno<sup>8</sup>.”

<sup>7</sup> La monarquía sobreviviente se resiste a abandonar el escenario de la historia y como un dinosaurio prehistórico ha mutado su discurso y hoy se presenta como defensora de los procesos democráticos, pero siguen pensando y actuando como que todos somos sus súbditos –a nivel internacional y nacional– y se creen con derecho a mandarnos callar, aun cuando se trate de Jefes de Estado legitimados por elecciones democráticas. Nos referimos al último acontecimiento en la que el Monarca español mandó a que se calle el Presidente Latinoamericano Hugo Chávez, cuando estaba ejerciendo el Derecho Fundamental a la Libertad de Expresión, en la reciente Cumbre Iberoamericana realizada en Chile, noviembre del 2007.

En América del Sur, el exabrupto del monarca español, no se le puede permitir. Independientemente de que estemos de acuerdo o no con el Presidente Hugo Chávez, tenemos que defender la dignidad de nuestras naciones, el Presidente de un País nos personifica, si nos remitimos a la teoría de la representación en el contrato de la modernidad, por eso y más, tenemos que estar con la posición del Presidente de la Nación Bolivariana. Citando al mismo Presidente de Venezuela Hugo Chávez sólo “hay que recordarle al rey de España que aquí somos libres (...) Parece que en ese segundo de desespero se le olvidó al rey eso de que nosotros no somos sus súbditos, si es que él nos ve todavía como súbditos (...) hace 500 años, desde Madrid imperial salió la orden: ¡Que se callen! – a los indígenas originarios “y los callaron” pero “cuando les cortaron la garganta (...) Sólo así los callaron. Los descuartizaron, los picaron en pedazos y colocaron sus cabezas en estacas a la entrada de los pueblos por los caminos. ¡Ese fue el imperio español aquí! En BBC Mundo: [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin\\_america/newsid\\_7093000/7093722.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7093000/7093722.stm) del 11 de noviembre del 2007.

Sobre el mismo tema COLÓN PRATS, Ramón Edwin, abogado puertorriqueño, dice, en un artículo inédito, de próxima publicación: “El monarca pertenece a esa raza de vividores en vía de extinción, que por su comodidad, vagancia y falta de vergüenza, por muchos siglos han proclamado estar ungidos por la gracia divina para perpetuarse en el poder consumiendo lo que los demás producen sin dar nada a cambio.”

<sup>8</sup> Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, Fondo de Cultura Económica, Breviarios.487. México, octava reimpresión 2001, p. 82.

Las relaciones de los ciudadanos o del pueblo con el Estado, desde Platón se han visto y estudiado desde la perspectiva del gobernante, en donde el pueblo o los ciudadanos son relegados a ser sujeto pasivos. Este modelo de relación de poder o de gobernabilidad, es lo que la democracia liberal representativa hizo suya desde el siglo XVIII hasta nuestros días, perfeccionadas en el siglo XX con el advenimiento de los partidos políticos, como instrumentos institucionalizados de poder con los gobernantes de turno y el Estado.

Resumidamente, podemos afirmar, que lo que hemos conocido y conocemos como democracia liberal, ha sido una de naturaleza representativa monárquica<sup>9</sup> o republicana, en el sentido antes expuesto.<sup>10</sup>

Es necesario enfatizar que en occidente en los últimos, aproximadamente, 200 años, las ideas políticas y filosóficas que se han aplicado fueron las del Conde de Montesquieu y no las del ginebrino Rousseau.<sup>11</sup>

El autor del Contrato Social, fue un creyente del poder de los ciudadanos en las decisiones políticas del Estado o de la voluntad general de los pueblos, esas ideas políticas, bien temprano, luego de la revolución francesa fueron dejados de lado por la burguesía cuando monopolizó todo el poder político y económico a su favor, se deshizo de las alianzas con el pueblo, que fueron los que se jugaron la vida en ese proceso libertario. La burguesía traicionó sus acuerdos y, sus teóricos nos vendieron el concepto de libertad maquillada: la libertad económica; y, la igualdad, igualmente, maquillada, como la igualdad jurídica.

Esse ha sido, más o menos, el derrotero de estos valores de la llamada sociedad democrática. Veamos ahora, aquella democracia liberal, en nuestros tiempos.

## II.

El neoliberalismo, ha recogido las viejas teorías políticas y las reelaboró para aplicarla a nuestro tiempo a escala internacional, se “oficializó” desde los 80 al 2000<sup>12</sup>, se conoce a este período, también, como la era de la globalización del sistema capitalista<sup>13</sup> a nivel imperial.

<sup>9</sup> Véase cita 6 de este trabajo.

<sup>10</sup> En los albores del capitalismo, “...la idea mercantilista fue el reconocimiento de la necesidad de una nueva disciplina, un código de conducta económico que traería la prosperidad, en lugar de la miseria, el trabajo en vez de la indolencia... Lo nuevo en su visión es el franco utilitarismo, su aceptación de la idea de la abundancia como ideal social en sí mismo. Esto se ve, sobre todo en su actitud hacia el pobre. No creo exagerado decir que miran a los sin empleo como criminales sociales; disminuyen la riqueza posible de alcanzar. Este es el espíritu de la ley isabelina de beneficencia; lo evidencian las medidas represivas que en contra de ellos aconsejaba Lafferma.” LASKI, H.J., *El liberalismo europeo*, Fondo de Cultura Económica, Breviarios, 81, México, undécima reimpresión, 1989, p. 53.

<sup>11</sup> Silva Sernaqué, S. Alfonso. Ob. Cit., p. 200 y ss.

<sup>12</sup> Aunque tiene sus antecedentes en las economías asiáticas —mundialmente conocidas como los tigris asiáticos— con dictadores como Sukarno y en América del Sur en Chile con la dictadura de Pinochet desde 1973, y en Perú con la dictadura cívico militar de Fujimori, que fueron eco-



El modelo de gobernabilidad que ha prevalecido ha sido el de la democracia representativa, según expuesto.

Esta relación del neoliberalismo y la democracia, han sido estudiadas muy abundantemente en los últimos 20 años, veamos:

La relación entre neoliberalismo y democracia es uno de los temas que más atención ha recibido en las ciencias sociales latinoamericanas en los últimos diez años. Con contadas excepciones, el lector es generalmente enfrentado con dos enfoques básicos: mientras que algunos economistas enfatizan el impacto sectorial regresivo de la aplicación vernácula de políticas económicas de mercado, politólogos y sociólogos tienden a atribuir al neoliberalismo un efecto negativo sobre la consolidación democrática en América Latina, sea en términos de consideraciones institucionales o en términos de sociedad civil.<sup>14</sup>

La aplicación del modelo a escala global, con detalle lo explicamos en un trabajo anterior.<sup>15</sup> Para esta trabajo, sólo nos basta decir, que dicho fenómeno no es esencialmente económico, sino político y, fundamentalmente, ideológico.

---

nomías de ensayo (y que aun perduran) de los Chicago boys, discípulos del profesor Friedman, uno de los padres, sino el padre de este modelo de economía de mercado. Sin perder de vista como dice JESÚS ALBARRACÍN et al que el “objetivo de la ofensiva neoliberal, no es ...el mercado, sino la economía del mercado, esto es el capitalismo... En la actualidad, desde el punto de vista ideológico, cuando se habla del mercado se está hablando, también, de propiedad privada, de mercado de trabajo, etc., es decir, en general, se está haciendo ideología capitalista. De hecho, uno de los mensajes del neoliberalismo es que un verdadero mercado libre no puede funcionar sin la existencia de empresarios privados, esto es, que mercado y economía de mercado es lo mismo.” págs. 25-26. Citado por SILVA SERNAQUE, S. Alfonso, Ob. cit. p. 54. La variante es, que ahora se sabe que los empresarios privados, en EE.UU., son amigos del Presidente y están gobernando con él. ¿De qué democracia estamos hablando? Véase. MICHAEL MOORE, *Estúpidos hombres blancos*, Ediciones B, grupo Z, Buenos Aires, septiembre del 2003, págs. 23-50. Del mismo autor, el documental Fahrenheit 9/11, estrenada en el verano del 2004 en los EE.UU.; podemos estar a favor o en contra de este autor, sus textos verificados por la imagen, ponen a los investigadores clásicos, en una desventaja: la objetividad de la imagen, difícil de refutar.

<sup>13</sup> Camino, Vicente, dirá sobre el concepto de globalización: “Existiría un amplio abanico de conceptualizaciones y que irían desde aquellas que contemplan la globalización como un fenómeno de internacionalización económica (en el sentido de continuidad de un fenómeno existente). Estaríamos hablando de una globalización de los mercados.” Después de explicar la visión de Ohmae, cuyo concepto de globalización nos llevaría a la desaparición del estado-nación, la teoría de Alain Touraine, quien plantea una diferencia en mundialización y globalización, Adda, quien señala la importancia “del fenómeno de la globalización reside no tanto en que pueda suponer el triunfo universal del capitalismo como en que pueda suponer la emergencia de un mercado mundial autorregulado. La globalización supone una profunda inflexión en las relaciones de fuerza entre los mercados y los estados, entre las leyes de la acumulación del capital y las leyes de nuestras sociedades.” (Énfasis nuestro) en su trabajo inédito *Globalización*, Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, San Sebastián 2000, p.9 y 10.

<sup>14</sup> Gordón, Jorge P. (Universidad de Pittsburg), Neoliberalismo y democracia en América Latina: descentralización, ¿el eslabón perdido?, en E.I.A. L. (Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe) Tel Aviv, University: *DEMOCRACIA Y NEOLIBERALISMO*, Volumen 13, Núm. 1, enero, junio del 2002.

<sup>15</sup> Véase del mismo autor *Control Social, neoliberalismo y derechos penal*, Ob. Cit.

Brevemente expongamos como se materializa lo expuesto en la ciencia del derecho y las ciencias penales, en particular.

En occidente, hoy por hoy se está aplicando en ese campo, teóricamente, por ejemplo, un derecho penal no garantista, ni mínimo, sino un derecho penal y procesal penal, penitenciario autoritario, sin garantías, o lo que es, lo mismo, un derecho democrático autoritario, que ya es característicos o propio de las sociedades demo liberales, con sus respectivos modelos de Estado y de gobierno o democracia autoritaria, con características como lo exigían los fisiócratas de la primera etapa del capitalismo o sea con un Estado capaz de garantizar la acumulación salvaje de riqueza o del capital, mediante un gobierno fuerte, cuya fuerza esté subordinada a la defensa de la propiedad, exigiendo, por otro lado, que el Estado no debería tener más que una función: la represiva.

En América Latina este modelo se ha aplicado, con nefastas consecuencias para sus poblaciones nacionales en países como Uruguay, Argentina, Brasil, Chile, Bolivia, México y Perú, entre otros.<sup>16</sup>

El modelo de democracia representativa con sus instituciones gubernamentales, a partir de entonces, sufrieron radicales cambios acordes con el nuevo modelo de gobierno empresarial.

En ese período se pusieron en práctica el modelo neoliberal, cuyas bases teóricas tienen en Friedrich August Hayek<sup>17</sup> como a uno de sus maestros fundadores. A escala global el modelo clásico de democracia, sufrió cambios cualitativos sustanciales: pérdida o restricción, hasta la desaparición, de las libertades, derechos y garantías constitucionales, como han ocurrido, en el campo penal, ya expuesto supra.

Los ideólogos del neoliberalismo, sustentaron así la alternativa al viejo modelo de gobierno burocrático (del Estado Benefactor o de Providencia) por uno “de corte empresarial”: un gobierno activo y de eficacia en lugar de un gobierno burocrático.<sup>18 19</sup>

<sup>16</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Undécima reimpresión de la segunda edición en español (1980), Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 141, en esa dirección ideológica-política, tenemos que estudiar, por ejemplo, el Patriot Act norteamericano, luego del nefasto acto terrorista del 11 de septiembre del 2001.

<sup>17</sup> Friedrich August Von Hayek, nació el 8 de mayo de 1899 en Viena; y, murió el 23 de marzo de 1992 en Freiburg, filósofo y brillante economista, fue un ardoroso defensor del liberalismo en oposición del socialismo y del colectivismo del siglo XX, por los que los neoliberales lo consideran uno de los maestros fundadores de este nuevo modelo, que hoy se aplica a nivel global.

<sup>18</sup> Osborne, David y Gaerber, Ted, en *La Reinención del Gobierno*, escribieron: “Los mercados son a la actividad económica y social lo que los ordenadores –computadoras– son a la información: utilizando los precios como el principal mecanismo, envían y reciben señales casi de un modo instantáneo, procesando millones de entradas eficazmente y permitiendo a millones de personas tomar decisiones por sí mismos” Editorial Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1994, p. 389.

<sup>19</sup> El concepto eficacia, no es un concepto de Derecho; ha sido incorporado al Derecho por la Economía. Veamos. CARMEN HERRERO dice: “Los economistas tenemos la <<costumbre>> de valorar las decisiones de política económica tomando en consideración algunos elementos que tienen que ver con la eficiencia, o funcionamiento óptimo del sistema. Y entendemos tal eficiencia en

Este modelo de Estado, Hobbes lo llamaba Estado por adquisición, en oposición al otro modelo de sometimiento, por acuerdo entre sí, para someterse a un hombre o asamblea de hombres voluntariamente<sup>20</sup>, en la confianza de ser protegidos por ellos contra todos los demás, él lo llamaba Estado político o Estado por Institución.<sup>21</sup>

Soy de opinión que este modelo vertical, autoritario, dictatorial, presidencialista, representativo y en el lenguaje de nuestros tiempos, fuerte, es el que se está aplicando en la era neoliberal.

Ayer como hoy, su “religión” a sido la acumulación desmedida e irracional de la riqueza o del capital, sin importar para nada los costos colaterales de desempleo, mortalidad infantil, desnutrición, educación deficiente, falta de vivienda, insalubridad colectiva, destrucción de los aparatos productivos nacionales, la eliminación de barreras arancelarias nacionales para dar entrada al capital financiero golondrino internacional en cada uno de nuestros países, el incremento incesante de los intereses leoninos en los préstamos internacionales de la deuda externa por los organismo o buques insignias del neoliberalismo el FMI y el BM, entre otros, que en la década de los 70 y 80, otorgaron préstamos que no se dirigieron a los más pobres de nuestros países, sino a la corrupción de las élites o clases sociales gobernantes, agravando sin precedentes los niveles de pobreza de cada una de nuestras poblaciones latinoamericanas, al exigirnos el pago de la deuda externa, sin importar los daños colaterales a nuestras poblaciones más pobres y beneficiando con nuestra pobreza extrema y desempleo galopante, a los países más ricos del norte.<sup>22</sup>

---

dos aspectos distintos: a) eficiencia económica (nos preocupa que el sistema no desaproveche oportunidades), y b) eficiencia informacional (nos preocupa que las decisiones políticas puedan ser puestas en práctica a bajo coste).

Aparte de los dos elementos de eficiencia mencionados, es claro que hay otros dos elementos importantes que considerar a la hora de valorar las decisiones gubernamentales: c) Respeto a las libertades individuales, y d) Justicia (o equidad).

La defensa a ultranza de la libertad individual subyace a las bases filosóficas del liberalismo económico. En este sentido, el liberalismo considera que el respeto a las libertades individuales es tal vez el más importante entre los valores mencionados, y el primero que hay que garantizar. La idea fundamental que defienden los liberales descansa en suponer que nadie conoce mejor que el propio individuo qué es lo bueno para sí mismo, y por tanto, la única misión del Gobierno consiste en la defensa de los derechos individuales, sin realizar ningún tipo de intervención en la actividad económica.” en “Racionalidad individual-irracionalidad social”, Revista de Filosofía DOXA, Núm 13, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, España, 1993, p. 49-67.

El modelo económico de expansión del mercado a escala global, exigía a su vez una reforma a nivel institucional estatal, se había iniciado la era del neoliberalismo.

<sup>20</sup> He aquí en Hobbes el origen teórico más elocuente de lo que conocemos como democracia representativa.

<sup>21</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, undécima reimpresión, 2001, p. 141.

<sup>22</sup> Véase de Briceño Berru, José Enrique, *Raíces de la pobreza, vicisitudes históricas. Ensayo de interpretación de la realidad latinoamericana*, Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, septiembre del 2006. Donde el autor hace una radiografía de la causa de la pobreza en A. L., los abortos de democracia, la voracidad de las potencias europeas y norteamericanas ahora, las guerras, interferencias, invasiones, anexiones y dominio de los EE.UU. para

De aquellas políticas –o arte de gobernar- han sido responsables directos los partidos políticos tradicionales en toda A. L., el descontento de nuestras poblaciones latinoamericanas para con sus gobernantes, se ha expresado, recientemente, de distintos maneras exigiendo cambios cualitativos radicales. Los medios escogidos han sido los procesos electorales en Brasil, Argentina, Chile, Venezuela, Ecuador, Uruguay, Nicaragua, por ejemplo. Todos estos cambios, demuestran cambios de dirección cualitativa en el arte de la gobernabilidad y de abandono del modelo económico prevaleciente: el neoliberal.

Los partidos, jamás representaron los intereses de sus electores, ni de sus poblaciones nacionales. Sino veamos alguna data.

En 1996, los países latinoamericanos, africanos y asiáticos endeudados debían más de dos billones de dólares a Estados, bancos comerciales e instituciones financieras multilaterales (en este orden de importancia), casi el doble que diez años antes. Cerca del 50% de los pagos anuales que efectúan estos países son exclusivamente intereses de la Deuda.

Los países latinoamericanos cumplen el criterio de Maastricht en general: Bolivia 51%, Perú 45%, Chile 43%, Venezuela 41%, Argentina 38%, México 37%, Costa Rica 34%, Uruguay 32%, Colombia 27%, Brasil 23% , Haití 21% y Paraguay 20%. Latinoamérica, con un ratio DX/PBI de 37 % (1998) sale bien comparado con el Este Asiático 40 %, sur del Asia 27 %, países Europeos en desarrollo 36%, medio oriente 29% y Sub Sahara africana 68 %, sin embargo en los 80's Latinoamérica llegó a un ratio de 65 % por un fuerte endeudamiento, alza de tasas de interés, deterioro de términos de intercambios y devaluaciones,... Su evolución reciente muestra grandes fluctuaciones, ya que su monto global era de 9.000 millones de dólares en 1992, pasó a 20.000 millones en 1993, disminuyó a 14.400 en 1994 y volvió a subir a 22.200 en 1995.<sup>23</sup>

Véase más adelante cómo esta deuda en el 2004 había subido en América Latina y el Caribe a 761,344 millones de dólares. ¡Los países pobres haciéndose más pobres para enriquecer a una élite financiera internacional devoradora y devastadora de nuestras riquezas nacionales! ¡Esta es la democracia, esta es la igualdad, esta es la libertad, que no queremos! De esta realidad son responsables los partidos y dirigentes políticos tradicionales.

### III.

En un trabajo anterior decíamos:

---

imponer el modelo de democracia a su medida bajo el signo de la doctrina Monroe y del Destino Manifiesto, injerencia continua desde comienzo del s. XIX, pero acrecentándose a partir del s. XX en los asuntos internos de las naciones latinoamericanas, financiando y apoyando a gobiernos tiránicos y genocidas, recientemente el apoyo a los gobiernos de Colombia y Perú, como bastiones en América del Sur del neoliberalismo. Véase mi libro sobre *Control Social, neoliberalismo y Derecho Penal*, Ob. Cit. p. 143 y ss.

<sup>23</sup> <http://www.monografias.com/trabajos6/ladeu/ladeu.shtml>

En las sociedades del llamado Tercer Mundo —Perú incluido— la economía de mercado no ha resuelto los problemas centrales de las sociedades latinoamericanas pese a que existe un esfuerzo por modernizar el Estado a través de gobiernos con concepción empresarial. Los gobiernos de Argentina, con de la Rúa, y el de Fujimori, antes de su desaforo por conducta inmoral en noviembre del 2000, han sido una demostración de que los problemas sociales se han agravado a extremos. Al advenimiento de la Presidencia de Néstor Kirchner en el caso de la sociedad argentina más del 50% de la población estaba en los niveles de pobreza<sup>24</sup>; en el caso de Perú, durante el gobierno del genocida Fujimori fue superior al 65%, incluyendo 25% en extrema pobreza, con ingresos inferiores a USA 1,10 diarios.

Aquí es oportuno volver citar al ex secretario general de las Naciones Unidas:

“La ética del mundo moderno ha subrayado la dignidad del individuo, la igualdad de los estados y la necesidad de respetar los principios universales de justicia pero la realidad es muchas veces diferente... La globalización en buena parte un fenómeno económico, no ha logrado llegar a todos los pueblos. Muchos han sido excluidos, incapaces de obtener acceso a la prosperidad que ofrece.”

Al mismo tiempo la economía de mercado [neoliberalismo], que es el motor de este movimiento, está conduciendo por su propia lógica, a gran cantidad de personas, tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo, a una pobreza y desesperación cada vez más profundas.<sup>25</sup> [Énfasis Nuestro].

A lo anterior, agregamos, en Latinoamérica y el Caribe —227 millones— vive bajo la línea de la pobreza. De los cuales 177 millones son niños y adolescentes o jóvenes menores de 20 años. El número de indigentes llega a 100 millones, la mitad son mayores de 60 años y no percibe ingreso alguno.

A fines de la década pasada (fines del s. XX), 55 millones sufría algún grado de desnutrición; aguda en el 9 por ciento de los menores de 5 años y

<sup>24</sup> En la Cumbre de presidentes iberoamericanos que se celebra en Chile en el mes de noviembre del 2007, Néstor Kirchner, informó que en Argentina esta tasa se redujo al 20 %, o sea una reducción real de 30 % en cuatro años, la producción en el mismo período creció de manera sostenida en un promedio de 8.8% anual generando millones de empleos para los desocupados, lo que demuestra, que si queremos, podemos enfrentar resueltamente los problemas sociales fundamentales de nuestros pueblos.

<sup>25</sup> Boutros Boutros-Ghali. “Vista larga a la matanza en los países pobres”. Diario El Nuevo Día. San Juan, Puerto Rico, p. 56, martes 13 de febrero de 1996. Un ejemplo es Perú. Veamos: Según cifras oficiales hoy se conoce que “10.5 millones de peruanos (45%) viven bajo el límite de la pobreza de US\$ 1.75 (dólares) por día; pero, además, casi el 20% de la población (4.5 millones) están condenados a extrema pobreza, es decir, que carecen de US\$1.10 (dólares) al día para cubrir una dieta mínima”, en SANTOS ALFONSO SILVA SERNAQUÉ, *Control Social, Neoliberalismo y Derecho Penal*, Editorial Barco de Papel, de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, Mayagüez, Puerto Rico, 2003, versión CD, p. 284.

crónica en el 19.4 de los niños hasta esa edad (Estudios de la CEPAL y del Programa Mundial de Alimentos de la FAO).

Un dato de la desigualdad o inequidad en nuestro mundo globalizado en occidente: el 20 por ciento más rico se queda con el 60 por ciento del ingreso total y el 20 por ciento más pobre con un 3 por ciento. Por otro lado, en Estados Unidos el 20% más rico recibe el 51.65% del ingreso nacional, en Puerto Rico el 20% más rico recibe el 59.9%. El 20% más pobre en Estados Unidos recibe el 3.4% mientras que en la Isla de Puerto Rico recibe el 1.7%.

"Al terminar el 2003 había en América Latina y el Caribe 20 millones de pobres más que en 1997 Repitiendo los cálculos de más arriba, se observa que la pobreza creció a razón de 9,100 latinoamericanos por día, 380 por hora y de 6 por minuto." (José Luis Machinea, Secretario Ejecutivo de la Comisión Económica para América Latina-CEPAL-, organismo de la ONU).

Lo que está sucediendo es que la concentración de capital, por las estrategias globales de los neoliberales, se está ampliando la población marginada en el mundo globalizado, incluida Europa con su modelo económico de predilección: la economía de mercado.<sup>26</sup>

Las políticas de "estabilización" dictadas por los organismos financieros como el FMI o el BM, dieron directivas a nuestros gobernantes para "estabilizar" nuestras finanzas, con resultados nefastos para nuestros pueblos, estas instituciones diseñaron los requerimientos para los "prestamos" internacionales a cada uno de nuestros países, agravando, en lugar de aliviar, nuestras finanzas internacionales, así:

En el año 2004 la deuda total de América latina fue de 761,344 millones de dólares, en el año 2005 fue de 656,129 millones de dólares y en el año 2006 fue de 632,849 en cifras preliminares a junio de 2006.

A esta disminución ha contribuido también la iniciativa de adelantos del pago de la deuda de los grandes países de ingresos medios: México, Brasil,

<sup>26</sup> Caballero Harriet, Francisco. en Estado, Derecho y Globalización. En *ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO*, Tomo XVII, España, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, Ministerio de Justicia, Nueva Época, 2000, p. 20, dice: "En definitiva y, solamente puede hablarse de una única soberanía, entendida como poder superior, absoluta, ilimitada, a imagen y semejanza al dios medieval que es la [economía] del mercado, especie de orden "supramundano", que determina el orden del mundo terrenal en el que el Estado cumple el papel de "vigilante nocturno". El resultado de todo esto, finalmente, es que, después de quinientos años, "el temor a la voluntad de Dios", se ha convertido en el temor a las consecuencias no deseadas de la voluntad del mercado". En suma en la era neoliberal hay una transmutación de conceptos y de valores. El concepto soberanía rousseauniano, no existe nunca más, está vaciado de contenido. Igual tenemos que decir con el concepto de separación de poderes, cuando ni el legislativo, ni el ejecutivo, ni el judicial regulan las relaciones internas de sus sociedades, sino que están para obedecer el mandato de las burocracias-tecnocráticas de los organismos internacionales que son el instrumento de gobierno de las grandes transnacionales. No entender esta realidad, es como estar ciegos en el reino de la "nueva ilustración". No podemos seguir cabalgando con el mismo caballo, urge, modificar nuestra manera de ver el mundo actual (Énfasis nuestro).

Argentina como una forma de lograr mayor autonomía de los organismos internacionales en sus decisiones económica –financieras.

Los adelantos de pagos de la deuda externa se han hecho sea pensando en lograr la sostenibilidad fiscal y los niveles de déficit recomendados, [así] como por una mayor autonomía han sido hechos sin considerar la deuda social.<sup>27</sup>

Sin embargo la rebaja más significativa de la deuda total en esos tres años se da por las operaciones realizadas por Argentina en el año 2005 y en Brasil en los años 2004 y 2005.<sup>28</sup>

No obstante el peso de la deuda pública, hoy, por hoy, sigue siendo muy pesada para nuestros pueblos, sino veamos:

El peso de la deuda Pública es en: Nicaragua 85.8%, Bolivia 72.1%, Argentina 68.6% Uruguay 62.8%, Panamá 62.2%, Brasil 49.9%, Honduras 48.7, Colombia 45.2%, El Salvador 40.6%, Haití 39.5%, Ecuador 35.1%, Perú 34.1%.<sup>29</sup>

Junto a todo este panorama las transferencias netas de recursos al exterior siguen siendo negativas para toda América Latina desde el año 2001. En el 2004 llegaron a ser -67,076 millones de dólares; en el año 2005 llegaron a la suma de -76,987, millones de dólares; y, en el año 2006 ascendieron a -102,367 millones de dólares. Los países con transferencias de recursos negativas más altas son: Venezuela, Chile, Brasil, Argentina, México y Perú.

En diciembre del 2005, reproducimos las palabras del Canciller cubano en la ONU, Felipe Pérez Roque ante el quinquagésimo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General realizada en New York el 24 de septiembre del 2004, allí dijo:

Somos los países subdesarrollados los que financiamos el derroche y la opulencia de los países desarrollados. Mientras en el 2003 ellos nos dieron como Ayuda Oficial al Desarrollo 68,400 millones de dólares, nosotros les entregamos como pago por la deuda 436,000 mil millones. **¿Quién ayuda a quién?**

En la misma dirección el sacerdote dominico Frei Brito, a quien no se le puede acusar de comunista, dirige el Programa Hambre Cero del Gobierno brasileño de Lula, el cual ya presenta índices positivos, nos dijo:

Cada 24 horas hay cien mil personas en la tierra que mueren de hambre, de las que TREINTA MIL SON NIÑOS CON MENOS DE CINCO AÑOS DE EDAD. O sea, son ocho millones de niños por año que fallecen por este flagelo.<sup>30</sup> Son diez torres gemelas de Nueva Cork llenas de niños que mueren

<sup>27</sup> Es aquella expuesta precedentemente en este escrito.

<sup>28</sup> <http://www.latindadd.org/modules/content/index.php?id=2>

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> BBCMundo.com: “Cada cinco segundos una persona se muere de hambre. El 16 % de la población mundial padece de hambre. Seis millones de niños se mueren de hambre anualmente antes de cumplir los cinco años. 842 millones de personas no tienen que comer, una cantidad mayor que la combinación de las poblaciones de EE.UU., Canadá, Europa y Japón. El hambre y la desnutrición

diariamente y frente a esto no hay ninguna protesta, ninguna indignación. La única respuesta que encontré es cínica, porque el hambre hace distinción de clase, los demás factores no. Las cifras de la FAO son contundentes: de cada seis millones de habitantes de la tierra, 1.1. Mil millones de personas pasan hambre.<sup>31</sup>

Sin agotar, el tema de desprotección a la niñez, veamos la data en cuanto al trabajo infantil: La española Carmen Moreno, especialista regional en trabajo infantil, ha revelado que:

(...) en América Latina y el Caribe más de 20 millones de niños están obligados a trabajar, sobre todo en actividades de comercio informal, agricultura y en labores domésticas.<sup>32</sup>

La Organización internacional del trabajo (OIT) señala que para el año 2002 a nivel mundial trabajaban alrededor de 352 millones de niños. De éstos, 246 millones participando en formas de trabajo infantil que deben erradicarse por ser altamente peligrosas o entrañar explotación; 187 millones de estos menores tienen entre 5 y 14 años de edad. Por otro lado, 180 millones de niños ejercen las peores formas de trabajo infantil, y al menos 8 millones realizan actividades de prostitución o trabajo forzoso, incluyendo en esta última cifra aquellos que, sin ser trabajadores en sentido estricto, participan en conflictos armados.

Un niño o niña o un adolescente trabajando constituyen un síntoma social; hablan no sólo del presente de la comunidad a la que pertenecen, sino también de su porvenir. El porqué un menor trabaja esta indisolublemente ligado a la situación de la pobreza. En cualquier país donde se da el fenómeno, siempre hay que entender el mismo en la lógica de 'ayuda' al presupuesto familiar. En las áreas urbanas, según estimaciones de la OIT igualmente, su trabajo puede aportar entre 20 y 25 % del ingreso del hogar al que pertenece. Y en áreas rurales, donde su trabajo no se traduce monetariamente en forma directa, la ayuda es inestimable porque sin ella –tanto en las faenas agrícolas, como en el ámbito doméstico– no se podrían sostener las familias.

Por lo tanto el trabajo infantil llena una acuciante necesidad; eliminarlo significa privar a una enorme cantidad de población adulta de una ayuda que, de no tenerla, se vería sumida irremediabilmente en la indigencia total. Por lo que estamos ante un complejo círculo vicioso: poblaciones pobres –familias– padres con pesadas cargas familiares–, niños que deben trabajar– niños que no acceden a la educación formal– futuros adultos sin capacitación– familias pobres– poblaciones pobres. Círculo muy difícil de romper. ¿Por donde empezar?<sup>33</sup>

---

matan a mas personas que la combinación de muertes por SIDA, malaria y tuberculosis.” Fuente: Programa Mundial de Alimentos de la ONU. En el artículo “Lula lidera lucha contra el hambre”, publicado el 20 de septiembre del 2004. véase: <http://newsvote.bbc.co.uk/mpapps/pagetools/print/news.bbc.co.uk/hi/spanish/internacional>

<sup>31</sup> Arellano Ortiz, Fernando (CRONICON). Entrevista a FREI BETTO, “El hambre hay que convertirlo en asunto político.” En, Argenpress.info: <http://www.argenpress.info/notaprint.asp?num=014783>.

<sup>32</sup> <http://www.argenpress.info/notaprint.asp?num=010663>. 4/26/2004.

<sup>33</sup> Colussi, Marcelo, en ‘Pobreza para el futuro’. Véase: <http://www.argenpress.info/notaprint.asp?num=010663>. 4-26-2004



Una investigación realizada por la OIT revela que el 48 % de los niños trabajadores domésticos en la Capital del Perú trabajan sin recibir salarios. La explotación es más grave en la ciudad del Cuzco, donde la cifra se eleva al 63 %, mientras en Cajamarca, en el norte, es del 35 %, destaca el estudio de la OIT, llamado: Invisible y sin derechos: Aproximación al perfil del trabajo infantil doméstico en el Perú. La mayoría de estos menores son mujeres y reciben apenas una propina o pago esporádico, a veces sólo casa y comida. Su jornada supera las 9 horas, en el Cuzco las 14 horas. La casi totalidad de empleadores no les concede seguridad social, no gozan de descanso semanal ni de vacaciones.

Todo lo anterior, ha llevado a la OIT a hacer recomendaciones de erradicación del trabajo infantil, políticas que deben ser implementadas por cada uno de los países miembros, Perú, en este caso; y, desarrollar estrategias para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Se puede resumir que la pobreza no permite el desarrollo integral y con ella no puede haber mejoramiento en la calidad de vida. La educación, que nos conduciría a la formación del capital humano, es la clave para superar la pobreza, los sectores pobres son justamente los que menos acceso tiene a esas posibilidades. Donde con mayor elocuencia se ve el fenómeno es en la niñez pobre. Urge de los gobiernos implementar políticas públicas, que posibiliten el acceso de este sector de manera mayoritaria, a una educación y de calidad auténtica si queremos, un futuro mejor.<sup>34</sup>

¿Estas consecuencias de la democracia neoliberal de nuestros tiempos es la que queremos para nuestros países, naciones, sociedades, poblaciones, etnias, comunidades nativas, indígenas, latinoamericanas?

La respuesta, tiene que ser al unísono: ¡NO!

Ahora corren nuevos vientos por América Latina, tenemos gobiernos progresistas y revolucionarios. Sobre el gobierno de Venezuela cuyo Presidente constitucional es Hugo Chávez, por ejemplo, un organismo internacional que no se le puede imputar el calificativo de pro-chavista, ha escrito:

El Centro de Investigaciones políticas y económicas de Washington DC reportó en un informe de julio del 2007 que: ...la economía venezolana tiene un crecimiento sostenido a partir de la recesión del 2003, aumentando en un 10.3 por ciento en el 2006... El gasto del gobierno central ha aumentado de un 21 % del producto bruto nacional en 1998 a un 30 % en el 2006. El gasto en programas sociales ha aumentado de un 8.2 % a un 20 % durante ese mismo periodo. El nivel de pobreza a base del ingreso ha disminuido de un 55 % en el 2003 a un 30.4 % en el 2006.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Silva Sernaqué, S. Alfonso, *Derechos Humanos de los Niños y Adolescentes y la Legislación Internacional. Reflexiones entre el discurso de legalidad y la realidad*, Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima Perú, diciembre del 2005, p. 78 y ss.

<sup>35</sup> Semanario *CLARIDAD*, Puerto Rico, del 25 al 31 de octubre del 2007, p. 12.

Urge que consolidemos un nuevo modelo político, alternativo a la democracia representativa, cuyo fundamento valorativo tenga que ser una con *Libertad e Igualdad de nuevo tipo*, que atienda primero, la deuda social: mayor vivienda, salud pública<sup>36</sup>, disminución de las tasas de mortalidad infantil, trabajo, producción nacional –crecimiento sostenido– que satisfaga el mercado nacional, educación de calidad en todos los niveles, administrar mejor nuestros recursos naturales, recuperar las riquezas entregadas a la empresa privada (nacionales y extranjeras), recuperar las empresas estratégicas en la defensa nacional, renegociar los llamados contratos de “estabilidad jurídica” con los inversores nacionales y extranjeros, atraer socios para que inviertan en nuestros países, y no transnacionales que se lleven nuestras riquezas y nos dejen sólo escombros, hambre, desocupación y miseria. Las relaciones entre países, se deben privilegiar con los de nuestra región al Sur del Río Grande, con aquellos con quienes respeten nuestras soberanías, nos traten como socios y no como países subalternos o inferiores, tenemos que renegociar las llamadas “ayudas” para la defensa del sistema, los derechos humanos y las “inversiones.”

Tenemos que ser capaces de hacer un esfuerzo autocrítico como pueblos para redirigir nuestros actos de gobernabilidad y de relaciones exteriores, primero con nuestra región y después con el resto del mundo o sea primero con nuestras naciones.

Los pueblos que son sabios haciendo uso del ejercicio democrático del sistema están eligiendo a una nueva generación de mandatarios que han tomado conciencia de su responsabilidad histórica: con sus pueblos, con su nación, con su Patria, con su región, primero.

La prioridad de sus políticas de gobernabilidad tiene que ser para saldar la deuda histórico-social, que se tiene con nuestras poblaciones desempleadas, faltas de educación de calidad, de viviendas adecuadas, de servicios de seguridad universal, rebajar o eliminar los niveles de pobreza y de pobreza extrema, de resolver hasta eliminar los índices de mortalidad infantil y otros problemas centrales para nuestra América, al Sur del Río Grande. En ese esfuerzo, no se puede desmayar.

#### IV.

La libertad que la democracia burguesa capitalista garantizó fue la de índole jurídica.

En este tipo de democracia en occidente el ciudadano está protegido contra la arbitrariedad de terceros. Sólo que hay que recordar que **la libertad de contratar es una libertad efectiva sólo para los económicamente iguales**. Como resultado, la seguridad, la autonomía y el desarrollo de la personalidad

<sup>36</sup> “Unos treinticinco millones de personas morirán de tuberculosis pulmonar (TP) en las próximas dos décadas si no se toman medidas urgentes para frenar su incremento, advirtió la Organización Mundial de la Salud (OMS)” agregó “la proliferación del VIH/SIDA esta causando una crisis de tuberculosis que podría causar la infección de MIL MILLONES DE PERSONAS” (énfasis mío).

—que son el contenido positivo de la libertad formal— sólo crecen —sostienen— en la *independencia económica*.<sup>37</sup> En suma lo que la burguesía defendió en el plano de las ideas o del pensamiento político de la modernidad fue la Libertad y la Igualdad, entre iguales, o sea los de su clase, para nada, se tomó en cuenta al pueblo que se jugó la vida por esos paradigmas en esas dos grandes revoluciones. El pueblo, los desarraigados, fueron históricamente traicionados en estos últimos 200 años de democracia representativa en occidente.<sup>38</sup>

En el modelo *globalizado* el papel de los Estados, de ser simples gestores de los intereses económicos neoliberales exige el mantenimiento del *orden* y la *disciplina social* en sus respectivos ámbitos territoriales; algunos teóricos la denominan política de mano dura contra el crimen, que esencialmente está dirigida contra las poblaciones marginales en la medida que los intereses de las elites gobernantes no consiguen integrar económica-política-socialmente y, sobre todo, ideológicamente a sus respectivas poblaciones.

Estas poblaciones marginales, se convierten así en poblaciones enemigas, tanto que algunos “académicos” han desarrollado toda una teoría de *derecho del enemigo*, no sólo para aquellos fuera del estado-nación, sino para sus propias poblaciones internas. Distinguiéndose dentro de estas poblaciones a los ciudadanos de los no ciudadanos, especialmente con las poblaciones migrantes. Lo que como se entenderá está limitando el derecho de asilo, del debido proceso y de derechos y garantías fundamentales de carácter democráticas.

PORTILLO CONTRERAS, Guillermo, sobre el particular nos dice: “En los últimos años, se observa una acentuada tendencia que, basándose en el modelo del <enemigo>, en una legislación de guerra, justifica e intenta legitimar la estructura de un Derecho Penal y procesal sin garantías [la presencia de una legislación penal-procesal marcada por la restricción de derechos, es con seguridad, el inicio del fin del sistema liberal democrático, pues como señala Schulz, el sismógrafo de un Derecho penal liberal es el Derecho Procesal o el proceso legal]. Conforme a ella lo que realmente importa es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de la garantías del propio Estado.

G. JAKOBS, uno de los principales protagonistas en esa discusión, definiendo este modelo funcionalista bajo el mega concepto de *Derecho penal del “enemigo”*...A esta finalidad, se articula la noción **del derecho penal del enemigo a todo aquél que ha huido de modo duradero del Derecho, frente a**

<sup>37</sup> BBCMundo.com. “El neoliberalismo no cumplió.” Nota publicada: 2004/04/30 en: [http://news.bbc.co.uk/go/pt/pt/-/hi/spanisch/latin\\_america/newsid](http://news.bbc.co.uk/go/pt/pt/-/hi/spanisch/latin_america/newsid). Es una de las principales conclusiones vertidas por los participantes del espacio interactivo producido por el programa “Enfoque” de la BBC, desde sus estudios en Londres, a propósito del trabajo investigativo de ex-canciller argentino Dante Caputo “La democracia en América Latina”, informe publicado por el PNUD (Oficina dependiente de ONU.).

<sup>38</sup> Véase Silva Sernaque, Santos Alfonso, Ob. Cit. (versión CD) p. 36-109.

**quien la sociedad reacciona, hasta el extremo de contraponer un Derecho para ciudadanos y un Derecho para enemigos.”<sup>39</sup>**

A partir de este Derecho penal-procesal del **enemigo**, se puede decir, que se han sentado las bases ideológico-jurídicas, de este período histórico.

**El Derecho de guerra**, será entonces, guerra contra la criminalidad, guerra contra los enemigos al interior, que puede ser cualquier ciudadano en la lucha contra el terrorismo, y contra los enemigos capturados vivos en una guerra exterior, por ejemplo, a quienes no se les reconocerá la condición de prisioneros de guerra con todos los derechos y garantías que les reconoce el derecho internacional, sino que serán “combatientes enemigos”, sin ningún derecho ni garantías, a quienes se les aplica una legislación excepcional (como el Patriot Act, las leyes antiterroristas en nuestras respectivas jurisdicciones nacionales.

La supresión total o parcialmente de derechos y garantías constitucionales, que han sido y son el sustento del sistema democrático de la sociedad norteamericana desde su fundación, produjo el cuestionamiento de académicos, políticos y científicos sociales (de ese país) fue una reacción en cadena contra la mencionada pieza jurídica (según sus autores, central para la lucha contra el terrorismo) dado que ponía en serio cuestionamiento la seriedad y veracidad de la democracia norteamericana y la legitimidad del sistema, dado que restringía derechos como el debido proceso, la asistencia de abogado, y a tener su día en corte bajo la jurisdicción federal americana, aunque privados de su libertad fuera del territorio continental. Una decisión reciente del Tribunal Supremo Federal ha resuelto que a aquellos que, el Ejecutivo ha denominado *combatientes enemigos*, tienen derecho al debido proceso en el sistema judicial de los EE.UU.

Por otro lado, a nivel mundial la democracia a la norteamericana exige a sus aliados para enfrentar eficazmente, entre otras, a las grandes amenazas de las sociedades y los Estados, de nuestros tiempos, como el *terrorismo*, las drogas, el crimen organizado, la contaminación ambiental, el tráfico de armas y los arsenales químicos, hay que hacerlo (aconsejan) a través de *un Estado de Derecho y fuerte*.<sup>40</sup>

Así en las sociedades democráticas con Estado de Derecho, que no es otra cosa el imperio de la ley, o sea el sometimiento a ella de todas las instituciones o poderes del Estado y de las no estatales, como de sus respectivos ciudadanos, con un sistema equilibrado de separación y división de poderes, cada una de estas ramas del Estado el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, deben funcionar en el marco de plena legalidad, discrecionalidad, nunca de arbitrariedad, dentro de una función integradora y siempre dentro del sistema jurídico. En esta clase de Estado deben estar vigentes y a plenitud todos los principios

<sup>39</sup> Portilla Contreras, Guillermo, *Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo*, Material entregado por el profesor Ignacio Muñagorri a sus estudiantes del curso doctoral en la FDEMh, en junio del 2004, págs. 43-44.

<sup>40</sup> Winfried Hassemer, Traducción de PATRICIA S. ZIFFER, *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, Editorial Ad-Hoc SRL., Buenos Aires, Argentina, mayo de 1995, p. 79.

para la existencia de un Derecho penal y procesal democrático, sin embargo estamos constatando que tanto en el Primer como en el Tercer Mundo, *hay una especie de quiebra de las democracias y de sus instituciones representativas* cediendo el paso a las sociedades democráticas autoritarias o de las sociedades democráticas neoliberales de nuestros tiempos.

En el período 80-2000, que estamos estudiando, pasó a hegemonizar la filosofía del nuevo derecho penal, **la defensa de la ley y el orden**, pero con una nueva terminología: **seguridad ciudadana y seguridad del estado**, estas políticas con igual fraseología o maquilladas se extienden hasta nuestros días en todo occidente, con mayor razón luego del nefasto acto terrorista y genocida del 11 de septiembre del 2001 en los Estados Unidos de Norteamérica.

En esa dirección las medidas de *eficiencia* han apuntado en el recorte de derechos fundamentales de naturaleza sustantiva o procesal en contra del (los) imputado (s), lo que como se entenderá va más allá de lo que conocemos como derecho penal y derecho procesal penal *democrático y liberal*, dando paso a un Derecho democrático autoritario o democrático [*neo*] liberal. Hoy se puede aseverar que un fantasma cualitativamente distinto (al del socialismo) recorre el mundo, el fantasma del neoliberalismo y su tipo de gobierno democrático con economía de mercado<sup>41</sup>. Es la era del neto predominio de las tesis neoliberales.<sup>42</sup>

## V.

En esta realidad el Estado, en tanto fuerza coercitiva, ordena y reordena la legalidad. Con sus acciones burocráticas y policíacas promueve intereses que no son siempre los de la colectividad ciudadana, sino los de los sectores sociales económicamente privilegiados. No olvidemos que el Derecho penal liberal del siglo XIX, durante la ilustración fue “un instrumento de conservación de las

---

<sup>41</sup> Tres variables serán claves para entender este período en las sociedades de nuestros tiempos: el consumo, el individualismo y la eficiencia de individuos, empresarios, sociedad y el Estado. Aquellas variables estarán presentes cuando estudiemos la seguridad personal, la seguridad ciudadana y fenómenos como la criminalidad.

<sup>42</sup> Visto como un salto dialéctico del capitalismo, luego del ocaso del keynesianismo, sobre el particular MONTES, PEDRO, en *El Desorden neoliberal*, dice: “Las concepciones neoliberales se impusieron rotundamente a lo largo de la década de los ochenta como resultado del fracaso de los últimos intentos por resolver la crisis por la vía de la política expansiva y lo que significó la llegada al poder de los conservadores REAGAN en Estados Unidos y THATCHER en Gran Bretaña como contraofensiva global, que acabaron con arrastrar al resto de los gobiernos con independencia de sus ideologías. La política que surge de esas concepciones se aplica tanto en cada uno de los países considerados aisladamente como en el conjunto de la economía mundial, cumpliendo en ambos casos el papel de favorecer a los sectores dominantes del capital y potenciándose sus efectos por ese carácter adquirido de doctrina universal.” Editorial Trotta, Madrid, segunda edición 1996, págs. 26-27.

condiciones fundamentales de vida de una sociedad que proclamaba la máxima libertad individual”.<sup>43</sup>

El individuo, en su relación con el Estado, es la parte más débil. Históricamente, luego de feroces luchas y muchos sacrificios, las sociedades han conseguido que el Estado les reconozca a los ciudadanos derechos y garantías fundamentales, amparados constitucionalmente.<sup>44</sup>

MANUEL CALVO GARCÍA, nos ha dicho que “La ideología liberal creía posible conciliar libertad y seguridad. Quizá por eso, se concebía el papel del Estado como el de un mero guardián del orden público.

*Surgió, así, un sistema de control social basado en los criterios de racionalidad formal y seguridad jurídica*, un derecho compuesto por normas prohibitivas, obligaciones de no hacer, reforzadas por sanciones de carácter negativo.

Un modelo de *control social* basado en la “tipificación” mediante leyes en sentido estricto de las conductas sancionables, para proteger los principios de legalidad y seguridad jurídica; “formal”, para proteger los valores de libertad individual y seguridad personal: presunción de inocencia, etc. Un modelo coherente, en definitiva, con la atribución al Estado de funciones meramente negativas, de mero árbitro del juego social. O mejor dicho, tomar las iniciativas necesarias para garantizar la plena realización de las leyes “naturales” del orden social.

Las transformaciones del Estado y la evolución del derecho, sin embargo han corrido por otras sendas.

Hoy por hoy, se ve como algo “natural” la intervención del Estado con el fin de regular jurídicamente y controlar las formas espontáneas de la vida social, sobre todo cuando el estado actúa para gestionar políticas orientadas a corregir y compensar los profundos desequilibrios que genera el desarrollo capitalista y a controlar las situaciones más alarmantes de riesgo social.”<sup>45</sup> (Énfasis nuestro).

Es preciso aclarar que el mencionado autor distingue entre lo que es *estado social*, en el que la intervención tiene como objetivo regular jurídicamente las formas espontáneas de la vida social [el capitalismo, en su primera etapa el liberalismo clásico] y el *estado de bienestar*, en el que la intervención tiene

<sup>43</sup> Mantovani, El siglo XIX y las ciencias criminales, p. 15, citado por GONZALO D. FERNÁNDEZ en *Culpabilidad y Teoría del delito*, JULIO CÉSAR FAIRA, Editor, Buenos Aires, Argentina, p. 47.

<sup>44</sup> Estos derechos en la sociedad moderna son fruto de dos grandes revoluciones la francesa y la norteamericana. Véase: LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Cap. I, “El derecho como sistema de garantías, Cap. II, ‘Derechos fundamentales’, ‘De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona’, Editorial Trotta, Madrid, 1999; *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Parte I, ‘Epistemología, ‘La Razón en el Derecho Penal’, Editorial Trotta, segunda edición 1997, págs. 33-90; MAURIZIO FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales, Apuntes de historia de las constituciones*, Editorial Trotta, Universidad Carlos III de Madrid, 1996.

<sup>45</sup> Calvo García, Manuel. “Políticas de seguridad y transformaciones del derecho”, OÑATI PROCEEDINGS 18, en *La protección de la seguridad ciudadana*, Editado por I. MUÑAGO-RRI LAGUIA a Publication of Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1995, p.97-98

como objetivo prioritario la realización de derechos distributivos y asistenciales.<sup>46</sup> Este modelo, se consolidó en los EE.UU.<sup>47</sup> En su etapa de descomposición que estudiaron David Osborne y Ted Gaebler, llamaron una *Reinvención del [de los] Gobierno[s]*<sup>48</sup>; según hemos dicho supra, le denominaron estados burocráticos. Propusieron sustituirlo por *la concepción neoliberal de la democracia que se basa en criterios de mercado tales como* eficiencia, efectividad y economía (de bajo costo, según algunos teóricos neoliberales).

Otros autores a esta forma de organización social la conocen, también, como **“noción de democracia de baja intensidad.”**<sup>49</sup>

La democracia en los estados de competencia se preocupa solamente con completar los detalles de una manera efectiva, dejando el gran diseño al desarrollo socio-político del mercado.

*La flexibilización y la desregulación/liberalización son vistos como medios para efectuar un proceso de reestructuración mundial que asegure las condiciones propicias para la explotación y subordine al estado nacional más efectivamente a los dictados del mercado. El mercado mundial viene a ser el medio por el cual los estados nacionales, sobre su propia iniciativa, se ven compelidos a establecer democracias de bajo costo.*

En resumen, la imagen en espejo del proyecto neoliberal de un mercado social individualizado donde el mercado habla sin cuidarse de los costos, es el estado de competencia que se acomoda a las condiciones del apartheid global imponiendo el apartheid sobre su población a fin de resultar exitosos en “la guerra económica.”<sup>50</sup>

En otras palabras, las normas penales se aplican de manera *desigual*, en el sistema penal. O sea la igualdad formal ante la ley, es eso una igualdad formal, la realidad es lacerante para las poblaciones deprimidas o pobres contra quienes se dirige el sistema penal en general.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Ibid. p. 100.

<sup>47</sup> Bonefeld, Werner. “Globalización y Democracia: Una evaluación de El Estado competitivo de Joachim Hirsch, pág. 5. <http://www.rcci.net/globalizacion/fgo49.htm>.

<sup>48</sup> Osborne, David y Ted Gaebler, *La reinvención del Gobierno*, Barcelona, Editorial Paidós, Buenos Aires, México, 1994.

<sup>49</sup> Estados en guerra. Recuérdese que este es un concepto traído del campo militar (guerras de alta y baja intensidad), en este caso sirve para significar de que los estados democráticos en defensa de sus ciudadanos está en permanente guerra contra la criminalidad, la drogadicción, contra el tráfico de drogas, contra la pobreza, la pornografía infantil, etc.

<sup>50</sup> Bonefeld, Cernir. Ob. cit. p. 8 en los paréntesis cita a la obra de Hirsch.

<sup>51</sup> En Perú, el 22 de julio del 2007, pudimos leer en el *Diario Oficial El Peruano* 11 Decretos Legislativos, firmados por el Ejecutivo, que demuestran de modo inobjetable, que el modelo de control neoliberal impuesto por Fujimori y después por Toledo, lo está perfeccionando el actual Presidente Alan García Pérez, al modificar los códigos penal, procesal penal, penitenciario, preparando así el terreno para garantizar una paz social a cualquier precio al capital extranjero o las llamadas “inversiones extranjeras” o nacionales; son disposiciones legales -esencialmente- en contra el movimiento obrero o popular cuando reclamen contra las políticas anti-obreras o anti-democráticas del régimen, por ejemplo, al modificar el art. 20 del Código Penal, adicionaron un nuevo inciso de inimputabilidad penal en los siguientes términos: “Está exento de responsabilidad penal: 11. El personal de las fuerzas armadas y de la policía nacional, que en cumplimiento de su deber y en uso de sus armas

## VI.

Frente a los acontecimientos recientes a nivel mundial, soy partidario que para re-mejorar nuestro sistema democrático en un Estado de Derecho, en lo referente a política pública en el campo penal, procesal penal y penitenciario, tenemos la obligación ineludible de hacer un ejercicio crítico de nuestras mejores instituciones del Estado, de su sistema democrático, a nivel político sustituir la llamada democracia representativa, por la democracia participativa y/o comunitaria, sin ser excluyentes, lo que supone que trabajemos por *un nuevo pacto social*, que tome en cuenta a nivel institucional mecanismo de control real a nuestra dirigencia en los nuevos gobiernos o estados, como referéndums, constituyentes, revocación de cargos, participación directa y real del soberano en cada una de estas nuevas instancias políticas; en lo económico, poner en práctica un modelo alterno al modelo neoliberal, uno de economía social y de empresas mixtas, en la nos asociemos al capital y éste considere a los trabajadores como sus socios y no como sus esclavos, que se atienda una mejor y más justa redistribución de la riqueza social entre los más pobres; en el plano del derecho, trabajemos por un nuevo derecho, en la que privilegiemos el pacto social, sin abandonar los contratos individuales, que éstos no tengan por finalidad el lucro agiotista, sino la justa utilidad social, para una sana convivencia social comunitaria y participativa. En el Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Penitenciario comparado, a partir de cada una de nuestras propias realidades, tenemos que persistir en la defensa de los derechos y garantías fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales tanto de las Naciones Unidas, como de la Organización de los Estados Americanos.

En resumen unas políticas más humanas en la dirección propuesta implica a su vez una participación más activa de la sociedad en el sistema penal, democratizando nuestras instituciones estatales que ahora padecen (como hemos dicho) de una seria crisis de legitimidad.

Es urgente, cambiar la dirección del enfoque del sistema penal y penitenciario hacia uno rehabilitador y humanista es decir, uno más abarcador que tenga en cuenta al ser humano trasgresor como expresión de una realidad social concreta. El derecho penal por sí solo no explica el delito, ni la criminología clásica puede ser el campo para la mejor comprensión de la realidad delictual y criminal de la hora presente. Es necesario que el Estado admita su *cuota de responsabilidad* en el problema.

---

en forma reglamentaria, cause lesiones a muerte.” (Decreto Legislativo 982). Esta forma de legislar es una variante de las llamadas democracias “representativas”, de nuestros tiempos, que vergonzosamente en Perú de hoy el Legislativo han abdicado su función de legislar a favor del Ejecutivo, con dicha norma legal el Estado ha dado IMPUNIDAD A LAS FUERZAS ARMADAS Y LA POLICIA NACIONAL CUANDO TENGA QUE HACER USO DE SUS ARMAS DE FUEGO EN EL ‘CUMPLIMIENTO DE SU DEBER’, toda la población nacional está notificada que se ha re-instaurado una dictadura con careta de democracia, a partir de estos decretos legislativos (las mencionadas normas son el equivalente al autogolpe durante el Gobierno de Fujimori, que se dotó de una Constitución hecha a su medida y que el actual gobierno se niega a derogarla).



Debe terminarse el uso del Derecho Penal, por nuestros gobiernos, como instrumento de represión contra el ser humano. En las sociedades latinoamericanas y en Puerto Rico, como en las sociedades del Primer Mundo, este planteamiento puede ser una utopía, una ilusión e, incluso, una locura. Sólo tenemos que recordar que los derechos fundamentales hoy reconocidos en casi todas las constituciones del mundo y de este hemisferio son el fruto de más de dos mil años de historia o de lucha persistente de los más débiles, los más pobres, los desclasados, y no podemos renunciar a ellos.

Entre las leyes y tratados internacionales que tenemos que mantener y perfeccionar están los convenios internacionales de Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos, como el Pacto de San José de 1969, o la Declaración Americana de Derechos Humanos.

Estas doctrinas, principios y teorías expresan de manera concreta el pensamiento filosófico de las sociedades democráticas, del Derecho penal y procesal penal democrático de nuestro tiempo, en tanto que son normas legales de aceptación en occidente a nivel internacional, regional y nacional.

A nivel político y social, todo proceso de reinvención del Estado neoliberal o de la nueva gobernabilidad, tampoco debe desechar estos valores, derechos y principios del sistema democrático liberal, tenemos eso sí que dotarlos de nuevos contenidos cualitativos para ponerlos al servicio en el nuevo Estado social, participativo y comunitario.

Desde esta tribuna, saludamos a los nuevos gobiernos que están forjando un nuevo estilo de gobernabilidad en América Latina y retomando nuestro destino, sólo les pido que hagan realidad el ideal del Libertador Simón Bolívar quien quería para nuestra América una Patria Grande y Unida.

Gracias.

## ETNOGRAFÍA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ:

SOCIEDAD MULTICULTURAL Y TENDENCIAS DEL DERECHO  
CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>PAVEL H. VALER-BELLOTA<sup>2</sup>

**Resumen:** Después de la independencia del Perú de la Corona Española a principios del siglo XIX, los vencedores de la contienda se vieron en la necesidad de fundar una sociedad política imaginaria que diera sustento jurídico a la 'nación peruana', podría parecer que sólo las naciones originarias o pueblos indígenas habrían podido llenar esta necesidad. Sin embargo, debido al agotamiento político que habían sufrido los grupos indígenas después de las guerras de independencia, el grupo social preeminente criollo/occidental desarrolló un proceso de construcción nacional basado únicamente en sus preceptos culturales y políticos. La constitución del Perú republicano como sociedad política se funda en la realidad post colonial de la historia peruana, y en la relegación jurídica de la diferencia étnica/nacional que atraviesa toda la sociedad a favor de la entronización del criollo como modelo político 'normal' de ciudadano. Esta relegación se ha plasmado en los diecisiete documentos constitucionales que han regido la vida del Perú republicano. Este artículo expone, desde una perspectiva socio jurídica, el tratamiento que desde el Derecho Constitucional peruano se ha dado a la multiculturalidad. Con este objetivo describe la sociedad postcolonial multicultural peruana caracterizada por la existencia de una sociedad compuesta por varios grupos culturales (naciones) en grandes espacios territoriales, y también por diversos grupos étnicos presentes en las grandes ciudades. Resume las respuestas que el Estado ha dado a la diferencia cultural. Identifica, a grandes rasgos, las dos tendencias del pensamiento social y político que tienen influencia en el constitucionalismo peruano sobre la diferencia cultural, trazando una propuesta de los períodos que ha atravesado su desarrollo. Finalmente, propongo algunas ideas para superar la tendencia jurídica cultural de relegación de la realidad multicultural del Perú.

**Resumo:** Depois da independência do o Peru da Corona Española a princípios do século XIX, os vencedores da disputa se viram na necessidade de fundar uma sociedade política imaginária que desse sustento jurídico à 'nação peruana', poderia parecer que só as nações originárias ou povos indígenas haveriam cheio esta necessidade. No entanto, devido ao esgotamento político que tinham sofrido os grupos indígenas depois das guerras de independência, o grupo social preeminente crioulo/occidental desenvolveu um processo de construção nacional baseado unicamente nos seus preceitos culturais e políticos. A constituição do o Peru republicano como sociedade política se capa na realidade post colonial da história peruana, e na relegación jurídica da diferença étnica/nacional que atravessa toda a sociedade a favor da entronização do crioulo como modelo político 'normal' de cidadão. Esta relegación se plasmou nos dezessete documentos constitucionais que regeram a vida do o Peru republicano. Este artigo expõe, desde uma perspectiva sócio jurídica, o tratamento que desde o Direito Constitucional peruano se há dado à multiculturalidade. Com este objeti-

<sup>1</sup> Recibido el 7 de julio de 2008. Aceptado el 18 de noviembre de 2008.

<sup>2</sup> Pavel H. Valer-Bellota es investigador en temas de Multiculturalidad, Estado y Derecho. Graduado en derecho en la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco (Perú). Ha obtenido el DEA en Justicia y Derecho en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (2001), la Maestría en el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto (2003), y el Master of Arts in Sociology of Law en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati (2004). Cualquier comentario será bienvenido a: pvalerb@yahoo.com.

vo descreve a sociedade postcolonial multicultural peruana caracterizada pela existência de uma sociedade composta por vários grupos culturais (nações) em grandes espaços territoriais, e também por diversos grupos étnicos presentes nas grandes cidades. Resume as respostas que o Estado há dado à diferença cultural. Identifica, a grandes rasgos, as duas tendências do pensamento social e político que têm influência no constitucionalismo peruano sobre a diferença cultural, traçando uma proposta dos períodos que atravessou seu desenvolvimento. Finalmente, proponho algumas idéias para superar a tendência jurídica cultural de relegación da realidade multicultural do o Peru.

**Abstrac:** After the independence of Peru from the Spanish Crown at the beginning of 19 the century, the victorious of the contest met in the need to found an imaginary political society which would give a juridical sustenance to the 'Peruvian nation', it might seem that only the original nations or indigenous peoples might have filled this need. Nevertheless, due to the political depletion that the indigenous groups had suffered after the wars of independence, the Creole/western social pre-eminent group developed a process of national construction based only on its cultural and political precepts. The constitution of republican Peru as a political society is founded on the post colonial reality of the Peruvian history, and on the juridical relegation of the ethnic/national difference that crosses the whole society in favour of the enthronement of the Creole as political 'normal' model of citizen. This relegation has taken form of seventeen constitutional documents that have governed the life of republican Peru. This article exposes, from a socio juridical perspective, the treatment that the Peruvian Constitutional law has given to the multicultural. With this objective it describes the postcolonial multicultural Peruvian society characterized by the existence of a society composed by several cultural groups (nations) in big territorial spaces, and also for diverse ethnic groups present in the big cities. It summarizes the answers that the State has given to the cultural difference. It identifies, in to big features, two trends of the social and political thought that have influenced the Peruvian constitutionalism on the cultural difference, planning a proposal about the period that has crossed its development. Finally, I propose some ideas to overcome the juridical cultural trend of relegation of the multicultural reality of Peru.

**PALABRAS CLAVES:** Perú, Teoría del derecho constitucional, Etnografía, Multiculturalismo.

**KEY WORDS:** Peru, Constitutional Law Theory, Ethnography, Multiculturalism.

### Índice

1. La sociedad multicultural peruana. 1.1. El fenómeno social multicultural en el Perú postcolonial. 1.2. La migración interna como fuente de multiculturalidad.
2. Las respuestas del Estado peruano a la realidad multicultural. 2.1. Los elementos de la dominación contra los grupos no privilegiados por el Estado.
3. La perspectiva del Derecho Constitucional peruano frente a la diferencia multicultural. 3.1. Los periodos constitucionales en el Perú, hacia los modelos de reconocimiento. 3.2. Dos grandes tendencias en el pensamiento jurídico constitucional peruano. 3.3. El desarrollo de los estudios sobre multiculturalidad y Derecho. 4. ¿Qué hacer para materializar el reconocimiento de un Perú multicultural?. Bibliografía.

### Introducción.

La sociedad política llamada Perú es eminentemente multicultural. Sin embargo, las personas que han elaborado sus constituciones políticas no se han percatado de este hecho sobresaliente e importante de la sociedad peruana. Los constitucionalistas, tradicionalmente, han hecho como si esta realidad multicultural no existiera y han legislado con modelos constitucionales propios de países cultural y nacionalmente homogéneos, han convertido en invisible la diferencia que existe entre costa/sierra, ciudad/campo, grupos sociales occidentales/grupos sociales autóctonos. Han olvidado el origen trágico colonial de la historia contemporánea y seguido la tradición constitucional de relegar la diferencia étnica que atraviesa toda la sociedad. Los resultados han sido la invisibilización legal de las nacionalidades y regiones que no fueran criollas u occidentales; el olvido del indio, de su sociedad y su organización política; el olvido del cholo<sup>3</sup> y la entronización del criollo como modelo político 'normal' de ciudadano.

Esta invisibilización y la amnesia jurídica de nuestros legisladores no es un fenómeno peruano únicamente, sino, se ha presentado en un buen número de Estados, como parte de una gran corriente (liberal) de pensamiento. A pesar que la mayoría de las comunidades políticas de la historia han sido multiétnicas la mayoría de los especialistas en teoría política han utilizado un modelo idealizado de polis en la que los ciudadanos comprarten unos ancestros, un lenguaje y una cultura común y única.<sup>4</sup>

La invisibilización y olvido de la diferencia étnica y cultural está en reñida contradicción con la filosofía política contemporánea más avanzada respecto a la diferencia cultural, que en su mayor parte, aunque con diferencias significativas, tiende a garantizar los derechos de los grupos diferenciados culturalmente: las minorías nacionales y los pueblos indígenas.

Este artículo tiene como finalidad exponer desde una perspectiva socio jurídica la relación entre la sociedad multicultural y las tendencias generales del constitucionalismo peruano sobre la multiculturalidad. Con este objetivo describo la sociedad multicultural peruana, e identifico, a grandes rasgos, las dos grandes tendencias del pensamiento social y político que tienen influencia en el constitucionalismo peruano sobre la diferencia cultural.

---

<sup>3</sup> Cholo es una palabra usada en Perú para referirse al mestizo, hijo(a) de un(a) criollo(a) e indio(a), quien conserva importantes rasgos culturales indígenas. Esta palabra, cholo, en algunos contextos sociales ha tenido un significado peyorativo en exclusiva, pero actualmente ha dejado esta exclusividad y ha pasado a ser utilizado como una expresión de la reivindicación del origen social, algunas veces como expresión de orgullo y otras como cariño paternalista.

<sup>4</sup> "Aun cuando los propios especialistas vivieron en imperios plurilingües que gobernaban numerosos grupos étnicos y lingüísticos, escribieron como si las ciudades-Estado de la antigua Grecia proporcionasen el modelo esencial o estándar de una comunidad política". Kymlicka (1996, p. 14).

Finalmente propongo algunas ideas para superar la tendencia cultural criollo/occidental de olvido jurídico del origen del Perú como país.

### **1.- La sociedad multicultural peruana.**

La sociedad multicultural es aquella que alberga dentro de ella diversos grupos humanos que mantienen tradiciones lingüísticas o culturales propias y un sentido de identidad separado, luego de haber sido incorporados a un Estado mediante la conquista o la emigración. Las sociedades políticas denominadas Estados son en mayor número multiculturales, es decir están conformadas o presentan en su territorio grupos de personas con variaciones culturales diferentes al grupo preeminente, están compuestas de grupos étnicos diferentes que tienen una posición en el entramado social y un rol particular dentro de estas sociedades políticas.

Se puede afirmar que casi todos los Estados en el mundo presentan una composición pluricultural marcada por la existencia de diversos grupos étnicos y naciones. Algunos estudios sobre la sociedad multicultural (Torbisco, 2000, p. 3) afirman que solamente el diez por ciento de los Estados en el mundo presentan formaciones sociales monoculturales, sin embargo este porcentaje de pureza cultural de los Estados actuales podría ser incluso menor si se toman en cuenta los procesos globales de migración que se experimentan crecientemente en el mundo. La multiculturalidad es entonces la característica más general de la realidad mundial.

El Perú es también un país multicultural. Se aprecia claramente que existen grupos sociales autóctonos y otros provenientes de sociedades de fuera del país. Es un país con una numerosa población originaria. La mayoría de los datos estadísticos encuentran, por ejemplo, que entre el 30 al 50 por ciento de su población es indígena<sup>5</sup>. Los investigadores (Ossio, 1992, p. 11) dan cuenta de la existencia de “trece grupos lingüísticos en la Amazonía [...], los campesinos [indígenas] quechuas, aymaras, los descendientes de los mochica, etc.; a quienes se les suman los descendientes de europeos y de algunas culturas africanas y orientales”. Estas sociedades participan de manera desigual en los procesos nacionales.

El Perú, es entonces una sociedad en la que se presentan las dos formas básicas de pluralismo cultural: las minorías nacionales autóctonas y los descendientes de europeos o grupos de inmigrantes. Esta distinción es muy importante por que teniendo en claro qué forma de pluralismo cultural se presenta se pueden aplicar diferentes formas de políticas de reconocimiento de la diversidad cultural.

---

<sup>5</sup> Las estadísticas del Estado consignan que un 30 por ciento de la población habla al menos un idioma indígena, son por lo tanto las que menos cantidad de indígenas reconocen en el territorio peruano. Las estadísticas manejadas desde el exterior hablan de 50 por ciento de población indígena en el Perú.

Siguiendo a Will Kymlicka (1996, p.25), describiremos a las minorías nacionales como aquellas que han sido incorporadas a la sociedad política mediante la conquista y la colonización de sus sociedades que anteriormente gozaban de autogobierno, y estaban territorialmente concentradas en un Estado mayor. Las culturas incorporadas presentan como característica distintiva el deseo de seguir siendo sociedades distintas de la cultura mayoritaria de la que forman parte; exigen por tanto diversas formas de autonomía o autogobierno para asegurar su supervivencia como sociedades distintas.

Los grupos de inmigrantes o descendientes de europeos pueden ser descritos como aquellas personas que son sumadas a la sociedad mediante el traslado voluntario o involuntario de personas y familias al territorio del país.<sup>6</sup>

Kymlicka escribe desde Canadá y es claro que sus descripciones sobre las fuentes de pluralismo cultural son hechas desde una experiencia de país receptor de grandes corrientes de inmigración internacional. Tal es el caso de los grupos étnicos conformados por inmigrantes. Éste fenómeno de la inmigración internacional hacia los países industrializados, que se ha incrementado en las últimas dos décadas, es un fenómeno que recientemente (en términos históricos) importa a los teóricos occidentales. La inmigración de grandes grupos sociales occidentales hacia el Perú es, sin embargo, muchísimo más antigua, se confunde con el origen colonial del Estado actual<sup>7</sup>.

### **1.1.-El fenómeno social multicultural en el Perú postcolonial.**

La realidad del Perú, a diferencia de los países hegemónicos del mundo<sup>8</sup>, esta marcada por su carácter de Estado que ha empezado a formarse a partir del proceso de colonización y que ha surgido luego de su descolonización o independencia formal o jurídica. Es un Estado que se ha fundado sobre la base de la llamada sociedad postcolonial, como tal presenta como característica central el hecho de haber heredado (y en la mayoría de los casos preservado) los tejidos sociales coloniales. Ha sido instituido sobre la base del despojo y destrucción a la que fueron sometidas las naciones primigenias que conformaban el Tawantinsuyu, por parte de los grupos sociales colonizadores. Desde un punto de vista de análisis postcolonial de las diferencias culturales de los grupos étnicos o nacionales, podemos afirmar que el Perú presenta en su composición dos grupos sociales diferenciados: los pobladores herederos del grupo originario y, por otro lado, los grupos herede-

---

<sup>6</sup> Los inmigrantes acostumbran unirse a asociaciones poco rígidas y evanescentes, a las que Kymlicka (1996, p. 26) denomina "grupos étnicos". "Estos grupos desean integrarse en la sociedad de la que forman parte y que se les acepte como miembros de pleno derecho de la misma (...) su objetivo es modificar las instituciones y las leyes de dicha sociedad para que sea más permeable a las diferencias culturales".

<sup>7</sup> Me refiero en este trabajo fundamentalmente a los grupos sociales occidentales, europeos. Aunque es necesario recalcar que el Perú ha sido receptor también de importantes grupos de orientales, asiáticos, desde el siglo XIX.

<sup>8</sup> Me refiero a los llamados 'países industrializados' o del 'primer mundo'.

ros de los privilegios de las potencias colonizadoras. Esta anterior característica se presenta en el Perú combinada con su base étnica múltiple y define su carácter multinacional.

Este carácter multinacional nos lleva a considerar la explicación que alcanza De Obieta Chalbaud (1993), respecto a la composición los Estados multinacionales, formados por un mosaico de varias naciones o grupos culturales<sup>9</sup>. Entre los pueblos que forman al Estado-nación hay uno, el pueblo privilegiado, con el que dicho Estado, como organización política se ha identificado jurídicamente, haciendo suyas su lengua y su cultura le ha otorgado el carácter de representante oficial y exclusivo de su identidad interior y de su personalidad internacional en el exterior. “En relación a este pueblo privilegiado el Estado se presenta y se comporta, tanto jurídica como sociológicamente, como si fuese un Estado uninacional. El ejemplo más conocido de este tipo de Estado es el de la Francia actual”.<sup>10</sup>

Los restantes pueblos existentes en el territorio del Estado-nación –los pueblos no privilegiados– podrán ser parcialmente tolerados, totalmente olvidados o incluso perseguidos, pero “bajo ningún concepto se les permitirá ostentar la representatividad oficial del Estado, ni se tolerará que su mera existencia, o sus esporádicas y autorizadas manifestaciones folklóricas o culturales, puedan suplantar o empañar el monopolio que ejerce la cultura oficial como único e indiscutible representante de la identidad de dicho Estado-nación”. (De Obieta, 1993 p. 114).

Una descripción independiente del Perú (Maier, p.156) hecha como parte de un estudio de derechos y libertades fundamentales, todavía en 1975, indica que:

“El Perú es [...] uno de los países más conservadores en América Latina, que aun preserva modelos coloniales españoles. Una pequeña clase alta, compuesta mayormente de descendientes blancos de los conquistadores españoles, ha controlado la riqueza de la nación y en conjunción con las fuerzas armadas y la iglesia católica romana, ha formado una alianza mediante la cual ha controlado también el proceso político. Este acuerdo ha dado como resultado la creación de una sociedad dominada por una elite con una estratificación de clases parecida a una pirámide que descansa sobre una extensa base formada mayormente por miles de dispares comunidades indígenas”.

---

<sup>9</sup> El término ‘nación’ es muy discutido, aquí prefiero utilizar la noción de cultura, en lugar de nación, en el sentido que lo hace Ramón Soriano más allá de su acepción antropológica, tomando una distinción política de análisis, como colectivo con unas señas de identidad definidas –etnia, lengua, religión, tradiciones [...] que interacciona con otras culturas en una escala de distintas posiciones de dominio y dependencias. En este contexto hay culturas hegemónicas [...] y culturas dependientes. Soriano (2004) p.13.

<sup>10</sup> El término “pueblo privilegiado” es utilizado por Obieta en la obra bajo comentario (Pág. 113); creo que engloba más directamente el significado de otros términos como “pueblo preeminente” o “pueblos o naciones dominantes” utilizados por Kymlicka y otros autores.

La descripción concluye que, “de hecho, se puede hablar de dos sociedades: una sociedad peruana estratificada cuyos miembros comparten ciertos rasgos básicos que les dan una homogeneidad cultural” y otra sociedad conformada por las culturas indígenas.

Los rasgos básicos que comparte la ‘sociedad peruana estratificada’ a los que la descripción se refiere son: el uso del idioma español, el sistema político occidental, el sistema religioso cristiano-católico, un sistema económico europeo en el proceso de transición desde el preindustrial al industrial, una tradición compartida de participación en las vicisitudes del Perú como una nación independiente. Estos rasgos básicos corresponden al grupo social-cultural dominante, hegemónico del Estado peruano.

Aunque algunos puedan apreciar que la descripción anterior puede ser tachada de extrema y, actualmente al menos de manera parcial, no válida, tiene la virtud de mostrar la realidad de una sociedad fragmentada compuesta por grupos nacionales o culturales diferenciados, uno de los cuales –la sociedad estratificada que corresponde al segmento social criollo/occidental– es el pueblo privilegiado por Estado, y el otro –la sociedad autóctona o indígena– es el pueblo no privilegiado por el Estado.

### **1.2.- La migración interna como fuente de multiculturalidad.**

La situación del país descrita anteriormente ha variado en la actualidad, debido al fenómeno de la enorme migración interna desde las zonas rurales, con fuerte presencia indígena, a las ciudades. Hasta que se produjera este gran proceso de migración, las ciudades del Perú, en especial la capital del país, podían ser descritas como predominantemente criollo-occidentales, en atención a la cultura predominante en ellas. Los inmigrantes rurales que entonces arriban a las ciudades, en especial a las de la costa, entran a una sociedad que les impele a rechazar su identidad étnica-nacional indígena y a cambiar sus hábitos culturales por costumbres criollas, las ciudades se convierten en una máquina de asimilación cultural, de acriollamiento, de los grupos recién llegados mediante el ejercicio de la violencia cultural.<sup>11</sup>

En una primera etapa, la estrategia que los inmigrantes utilizan ante el acoso violento de la asimilación cultural en las ciudades es la estrategia del

---

<sup>11</sup> Utilizo aquí el concepto de violencia cultural acuñado por Galtung (2003): tras la violencia directa y la violencia estructural se encuentra la violencia cultural que tiene la finalidad de dar sustento lógico a la práctica de la violencia directa y la violencia estructural, tiene la finalidad de hacer legítimo en la mente del agresor o en la conciencia colectiva el ejercicio de la violencia, justifica la violencia directa y la violencia estructural. En palabras de Galtung, “por violencia cultural queremos decir aquellos aspectos de la cultura, el ámbito simbólico de nuestra existencia (materializado en religión e ideología, lengua y arte, ciencias empíricas y ciencias formales –lógica, matemáticas–) que puede utilizarse para legitimar la violencia directa o estructural” [...] “La violencia cultural hace que la violencia directa y estructural aparezcan, e incluso se perciban, como cargadas de razón – por lo menos no malas–”. Los estudios sobre la violencia son estudios sobre dos problemas: el uso de la violencia y la legitimación del uso de la violencia.



disimulo, tratan de ocultar aquellos rasgos culturales por los cuales son estigmatizados, los Andinos disimulan algunas de las características más visibles de su identidad como la lengua o el vestido, “para poder infiltrarse en un Caballo de Troya en el campo enemigo. Una vez superada la muralla, lo que quedaba era el camino de la aculturación o el rescate de una serie de elementos que se habían dejado de lado para poder traspasar la muralla” (De Gregori, 1999, p. 113). En este proceso, las personas inmigrantes en las ciudades han pagado un precio cultural gigantescamente costoso, se han visto compulsivamente obligadas a deshacerse, por ejemplo, del uso cotidiano de los idiomas autóctonos, como el Quechua o Aymara.

De Gregori (1993, p. 113-134), ha señalado que esta primera estrategia, la del disimulo, esta siendo en la actualidad superada, ya que los inmigrantes van consolidando cabeceras de playa cada vez más sólidas y extensas en los centros urbanos, sin perder totalmente sus raíces rurales/andinas (quechuas o aymaras), ayudados por las redes de parentesco que vinculan ciudad y campo expanden sus rasgos culturales, como sus redes de reciprocidad o solidaridad, más allá de los límites de sus comunidades de origen. “Por otra parte, a partir de la expansión de la economía mercantil un sector de campesinos se diferencia cada vez más del resto. Junto a los dirigentes sociales y los jóvenes educados, estos campesinos “ricos” cada vez más vinculados a las ciudades donde sus hijos migran, constituyen otro sector de élite. Este tercer sector no imagina comunidades ni elabora proyectos pero reformula conductas, relaciones sociales y pautas culturales”.<sup>12</sup>

Las anteriores consideraciones llevan a apreciar que en el Perú existe una sociedad multicultural que presenta dos características: es multinacional por que está compuesta por varios grupos nacionales, unos autóctonos y otros herederos de la tradición hispana occidental. También es un país multiétnico, por que las grandes ciudades y algunas capitales de departamento presentan, debido a la inmigración, grupos étnicos diferenciados. Sin embargo, estas características del fenómeno multicultural en la sociedad peruana se ven atravesadas por un fenómeno central: el Perú es un país postcolonial en el que un grupo social-cultural heredero de las estructuras coloniales proyecta e impone su proyecto de construcción nacional a los grupos sociales-culturales no preeminentes, en el campo y en la ciudad.

## **2.- Las respuestas del Estado peruano a la realidad multicultural.**

---

<sup>12</sup> De Gregori, además comenta que “Estos diferentes sectores conforman la masa crítica para la reformulación de un conjunto de manifestaciones culturales en el campo y las ciudades. En muchos casos se pierden lengua y vestido, pero las redes de cooperación basadas en el parentesco y el paisanaje, por ejemplo, se extienden a las ciudades y el estigma tiende a convertirse en recurso, utilizado lanío a nivel económico, por ejemplo en la construcción de empresas informales, como a nivel cultural. La fiesta andina, por ejemplo, se expande hacia las ciudades y se transforma en los propios lugares de origen rurales a partir de las influencias que recoge en los centros urbanos”(Pág. 125)

Desde sus orígenes, el Estado moderno en el Perú ha afrontado la realidad multicultural de su sociedad desde diversas perspectivas. Por lo general ha proyectado las concepciones culturales y políticas de asimilacionismo y/o dominación por parte del segmento social criollo hispano (o criollo occidental) hacia los demás grupos nacionales autóctonos (pueblos indígenas o minorías nacionales), y algunas otras veces ha desarrollado políticas de reconocimiento.

Para enfrentarse con la realidad social fragmentada, que da la apariencia de la existencia de dos países en uno, no han bastado las estrategias políticas para construir la ciudadanía y la democracia. El Estado peruano en manos del grupo preeminente criollo/occidental ha desarrollado en el siglo XX, estrategias específicamente culturales. Siguiendo a Sinesio López (2000), estas pueden ser resumidas en dos: las políticas de integración del Estado y las políticas de reconocimiento.

Las primeras, las políticas de integración, han implicado acciones de asimilación de los grupos nacionales a un modelo de ciudadano 'normal' criollo/occidental, por la cual los grupos sociales más poderosos dominan y absorben a grupos más débiles. Se ha perseguido con este proceso que las culturas diferentes queden fundidas en una unidad homogénea mediante la eliminación de las características autóctonas 'extrañas' que les permitan adaptarse con facilidad a la estructura y funcionamiento típicos de la nueva unidad cultural, sustituyendo las características de nacionalidad del grupo más débil o numéricamente inferior, por otras diferentes del grupos sociales más poderosos. Un ejemplo de las políticas de integración/asimilación ha sido el avasallamiento y el intento de eliminación de la lengua Quechua.

Las políticas de integración han sido las más usadas por el Estado y han adoptado dos formas: asimilación autoritaria, por decreto y por la fuerza; y la asimilación mediante la persuasión y la negociación. En el Perú esto se ha traducido en el 'acriollamiento' forzado y el 'acriollamiento' amable que fueron políticas principalmente educativas. "El 'acriollamiento' forzado y el 'acriollamiento' amable fueron impulsados desde el Estado, el primero por el civilismo de comienzos de siglo y el segundo, por una corriente intelectual indigenista en los años 40" (López 2000, p. 168).

La política del reconocimiento implicó la aceptación de la identidad y la autonomía del mundo indígena con su lengua y su cultura. Por ejemplo, el velasquismo de fines de los 60 desarrolló una política de reconocimiento hacia el mundo indígena, con la intención de hacer del Perú un país bilingüe.

Desarrollando la idea propuesta por Sinesio López (2000) podemos hacer un resumen histórico sobre la peculiar relación entre sociedad y Estado. El Estado peruano ha variado su carácter criollo hasta convertirse en un Estado multiétnico (respecto a la composición de su burocracia). En el siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX el Estado era criollo y la sociedad era multinacional. En la primera mitad del siglo XX, el Perú se transformó en una sociedad multiétnica debido a las migraciones a las ciudades, pero el Estado conservó su carácter criollo.

Para el autor comentado, en la segunda mitad del siglo XX, la sociedad sigue siendo predominantemente multiétnica y secundariamente multinacional, pero el Estado actual ya es también multiétnico. Estos desarrollos estatales y sociales, si bien han reducido la brecha político social, no la han eliminado.

Sin embargo, el carácter predominantemente multiétnico de la sociedad peruana (en las que predomina la presencia de varios grupos étnicos provenientes de la migración) es una característica de las ciudades, de la capital y de las capitales de provincia del país. Diferente es la situación característica que se puede encontrar en algunas regiones del 'interior' de Perú, como por ejemplo Cusco, Apurímac o Puno en las que la presencia indígena andina de pueblos quechua y aymara es enormemente relevante.

En estas zonas, la diferencia entre naciones o grupos étnicos-culturales es grande y se puede afirmar que son zonas en las que el carácter multinacional (la presencia de una o más naciones) es predominante. Un ejemplo se puede encontrar en Cusco –región en la que se constituyó el centro del mundo andino inca prehispánico– en la que es sobresaliente la presencia de lo que las investigaciones antropológicas han denominado 'cusqueñismo' e 'incanismo',<sup>13</sup> para referirse a un posicionamiento ideológico, a una posición reivindicativa de lo inca, en el que se puede encontrar señas de un sentimiento nacional más antiguo cuyos orígenes pueden rastrearse desde la resistencia andina inca a la invasión europea hasta la resistencia a la aculturación propuesta por el modelo cultural criollo/occidental<sup>14</sup>.

Por eso creo necesario insistir en que existen extensas zonas en el Perú en las que la diferencia de carácter nacional entre los grupos culturales criollo/occidentales y autóctonos es preponderante. Por lo tanto, en estas regiones con fuerte presencia de naciones originarias o indígenas el carácter multinacional de la sociedad es el predominante y marca todo el fenómeno social, cultural y político.

### **3.- La perspectiva del Derecho Constitucional peruano frente a la diferencia multicultural.**

Entre las perspectivas descritas anteriormente con las que el Estado peruano ha afrontado la multiculturalidad del país, destaca la perspectiva del Derecho Constitucional, ideario político plasmado en los más de diecisiete documentos constitucionales que han regido durante la historia post colonial peruana.

Las constituciones peruanas han aplicado a lo largo de la historia unos modelos de relación jurídica entre los grupos étnico-nacionales que han proyectado la construcción de la nación peruana desde la perspectiva del grupo

---

<sup>13</sup> Puede consultarse por ejemplo, el trabajo de Flores Ochoa & Van den Berghe (2000). p. 7-26.

<sup>14</sup> Puede consultarse para tener una apreciación sobre las formas de resistencia indígena que actualmente toman la forma de negociación la siguiente obra: Pérez Galán, Beatriz, 2003, p.145-165

criollo-hispano predominante privilegiado por el Estado, descartando toda posibilidad de tolerancia de procesos de construcción nacional diferentes o alternativos al proyecto de nation-building único y dominante. Las diversas formas que el Estado ha asumido en el Perú:<sup>15</sup> estado pretoriano, estado oligárquico, estado populista, y estado neoliberal; han mantenido algunos elementos comunes de continuidad: el patrimonialismo, el carácter excluyente, la debilidad de la comunidad política, y finalmente, la fragilidad de las instituciones estatales y el predominio de las funciones e instituciones coercitivas. Estos elementos, aunados al centralismo que ha concentrado las decisiones económicas y políticas más importantes en Lima, han servido para preservar la relación de dominación hacia los grupos peruanos autóctonos, minorías nacionales o pueblos indígenas.

De esta manera, en el Perú se ha establecido históricamente una sociedad “oficial”, un tipo de relación entre los diferentes grupos étnicos y nacionales marcada, por un lado, por el dominio incontestable del grupo criollo/occidental privilegiado por el Estado, y por otro lado, por la subordinación y sometimiento de los restantes grupos no privilegiados. Bajo el manto de la teoría liberal clásica que postula la neutralidad cultural del Estado, el grupo étnico nacional privilegiado ha administrado el Estado y manejado sus aparatos como si sólo perteneciesen a este grupo integrante de la sociedad peruana, arrebatando toda posibilidad a los grupos nacionales subordinados de participar en su conducción. Se establece así, históricamente, un Estado apoyado en la teoría liberal pero que en la práctica cotidiana se comporta como un Estado autoritario alejado del ejercicio democrático del poder.

Si la sociedad peruana “oficial” ha proyectado un plan de construcción nacional basado en sus ideas y proyectos culturales, religiosos, económicos y políticos; los pueblos indígenas (y las minorías nacionales) no han tenido en los ordenamientos constitucionales los mecanismos para ejercer el mismo derecho que el grupo dominante. Por el contrario, viven por lo general en condiciones de extrema pobreza, se encuentran entre los grupos más vulnerables cuya única alternativa es sobrevivir en los márgenes de la sociedad, sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales son violados con frecuencia o no existen en la legislación nacional peruana, son excluidos y estigmatizados debido a su identidad indígena y sus rasgos distintivos son encasillados en patrones de discriminación racial, étnica y religiosa. Los pueblos diferentes al grupo nacional predominante han sido por lo general privados de las posibilidades de desarrollar un proyecto de construcción nacional propio que se exprese y se garantice en las constituciones políticas debido a la existencia de estructuras sociales, políticas y legales que lo impiden.

---

<sup>15</sup> De acuerdo a López, Sinesio, “Cuatro han sido las principales formas que ha asumido el Estado peruano en la historia republicana: el Estado pretoriano del siglo XIX, el Estado oligárquico de la primera mitad del siglo XX, el Estado velasquista que se aproximó a lo que en América Latina se ha llamado el Estado populista y el actual Estado neoliberal”. En esta parte del presente artículo he tratado de resumir las ideas de este autor.

Las estructuras jurídicas y sociales heredadas de la colonia que determinaban la existencia de dos repúblicas, la república de indios y la república de blancos, han sido reproducidas por el Estado postcolonial peruano de tal manera que los grupos sociales autóctonos, sus expresiones culturales, económicas, religiosas y de organización social son relegadas a una situación de subordinación, marginación, desprecio y olvido.

La estructura política del Perú, en especial en lo referente a la distribución geográfica del poder, se ha caracterizado por un centralismo político exacerbado por el afán de control de los grupos dominantes situados en la capital de la república hacia los grupos autóctonos de los departamentos del 'interior' del país, para lo cual han construido una relación jurídica de dependencia política que ha dado lugar al fenómeno del gamonalismo y su heredero político el clientelismo político. El edificio jurídico que ha correspondido a las estructuras sociales postcoloniales y al centralismo político de dominio de los grupos autóctonos subordinados ha olvidado legislar sobre la diferencia multicultural del Perú, así de una profusa legislación sobre el indio en la época colonial se ha pasado al olvido jurídico de éste, se ha legislado, bajo un mal entendimiento del dogma liberal, como si el país fuera una sola unidad social y cultural, como si todo el país se tratará de una ciudad criolla o como si se tratara de construir una sola nación de carácter criollo hispano.

El sistema político peruano, y las constituciones que lo han regido, han desarrollado una suerte de colonialismo interno hacia las regiones con poblaciones pertenecientes a nacionalidades no preeminentes políticamente. En efecto, el proceso de modernización y el contacto entre los grupos étnicos no ha llevado necesariamente a la unidad étnica o cultural del país, sino, a una situación de desigualdad que, agravada por el centralismo, puede llegar a presentar un conflicto étnico. Las desigualdades entre las regiones del país han relegado a las regiones periféricas a una posición inferior, dejando al centro—Lima y las capitales de provincia— como dominantes. En una situación de colonialismo interno, habrá una estratificación social de los grupos culturales o étnicos, una división cultural del trabajo, con el grupo central ocupando las mejores posiciones de clase y los grupos periféricos las posiciones inferiores. Esto corresponde a las naciones 'colonizadoras' y a las naciones 'colonizadas'<sup>16</sup>, y es el panorama que puede ser descrito, respecto al grupo criollo hispano privilegiado por el Estado y a las naciones autóctonas, en el Perú.

---

<sup>16</sup> Utilizo aquí el concepto de colonialismo interno elaborado por Michael Hechter. Si bien este concepto es propuesto a partir de un estudio de caso en el Reino Unido: *Internal Colonialism: The Celtic Fringe in British National Development, 1536-1966* (1975), puede ser perfectamente aplicado para entender situaciones postcoloniales como el Perú. Una versión resumida de su propuesta puede encontrarse en: Kellas, James G (2000).; *The Politics of Nationalism and Ethnicity*; Macmillan Press, 2nd Ed., (Págs. 49-51).

### **3.1.- Los periodos constitucionales en el Perú, hacia los modelos de reconocimiento.**

Esta obra de ingeniería jurídica desplegada por los grupos dominantes estaría entrando a un periodo de cambio que abre la posibilidad del reconocimiento pleno del carácter multiétnico y multinacional de la composición de la sociedad peruana, al menos en el aspecto constitucional. Este proceso puede ser identificado si se toma una perspectiva histórica de análisis.

De hecho, se identifican en el Perú tres grandes periodos constitucionales consecutivos y superpuestos. El primero de 1780 a 1822 que abarca el periodo revolucionario desde el levantamiento indígena de Tupac Amaru II hasta la independencia del Perú y la redacción de la primera Constitución Política del Estado. El segundo, desde 1822 que abarcaría el periodo de construcción de la “nación peruana” sobre bases políticas concebidas por los grupos criollo-hispanos (políticamente) predominantes. Y finalmente uno tercero desde 1990 hasta la actualidad, abierto a raíz del cambio constitucional que han experimentado los países andinos desde ese año.<sup>17</sup>

En el primer periodo constitucional, las proporciones gigantescas que cobró el levantamiento de Tupac Amaru II hirieron de muerte al régimen político, ante este hecho la reacción del Estado colonial acabó con los privilegios que aun conservaban algunos descendientes de la aristocracia indígena, y arremetió contra las expresiones culturales y políticas indígenas. Se llegó a prohibir incluso el uso del idioma quechua, y otros rasgos culturales Andinos como la forma de llevar el cabello y la vestimenta tradicional. La derrota de proyecto nacional de Tupac Amaru II implicó que las constituciones que inaugurarían el periodo republicano en el siglo XIX continuaran con la tendencia de borrar toda diferencia étnica que la reacción colonial había impreso, evitando la estipulación de un cuerpo de leyes que se ocupe específicamente de ella. El tratamiento legal de los indígenas es dejado a la legislación inferior común, compuesta por disposiciones dispersas incoherentes y contradictorias entre sí.

En un primer momento de la independencia del Perú las naciones precolombinas fueron tomadas por los ‘libertadores’ como un objeto histórico y político a utilizar simbólicamente. La guerra de la independencia fue presentada como una lucha por la eliminación de la esclavitud, una guerra constante que no finalizaría –en palabras de Simón Bolívar- ‘hasta expirar o arrojar al mar a los insaciables de sangre y de crímenes que rivalizan con los primeros monstruos que hicieron desaparecer de la América a su ra-

---

<sup>17</sup> La división de los periodos constitucionales en el Perú es una idea que ha desarrollado García Belaunde, Domingo (1992). A partir de esta periodificación he aplicado las ideas que he desarrollado en el presente trabajo.

za primitiva'<sup>18</sup>. De acuerdo a Ariza (2004, p.41), los pueblos originarios fueron presentados como símbolos de la tiranía del viejo orden y como la promesa de un orden social más justo y tolerante. Representan los rigores de un pasado de dominación y las posibilidades de un futuro emancipado.

Sin embargo, al haber sido debilitada su organización y situados sus rasgos culturales en una posición de subordinación, la 'nueva' elite política en poder del Estado postcolonial que surgió con la independencia, no tardó en deshacerse del valor simbólico de los 'primeros habitantes de América' y poner nuevamente a los indígenas en el lugar social que ocupaban en el orden colonial después del levantamiento libertario de Tupac Amaru II. Su exclusión revivió tan pronto como expiró su importancia simbólica para la política.

El segundo periodo constitucional –desde 1822– continúa con la anterior tendencia de borrar toda diferencia étnica o nacional. Luego de que las élites criollas conquistaron su independencia de España, se embarcaron en el proyecto de fundar un Estado-nación siguiendo el modelo europeo predominante de la época. Bajo este consenso trataron de constituir el nuevo Estado sobre la base de una supuesta nación o grupo cultural homogéneo, que al no existir en la realidad fue creada simbólicamente mediante la unificación de todos los ciudadanos mediante la igualdad formal ante la ley y la promoción de los valores criollo-europeos.

La elite criolla occidental encontró que sus intentos de 'modernización' liberal tenían un gran obstáculo: los pueblos indígenas autóctonos. Ellos veían en los pueblos indígenas un símbolo de primitivismo, de atraso económico, cultural y político que intentaron abandonar a toda costa. La vergüenza que sentían los criollos ante sus 'primitivos' conciudadanos trata de ser disipada por medio de su 'civilización', de su blanqueamiento: los 'indios' eran una vergüenza nacional, por obstaculizar el progreso y desarrollo.

Estas dos últimas cualidades sociales –el progreso y el desarrollo– se esperaba que fueran a ser conseguidas mediante el 'blanqueamiento' de la población, por lo que se impulsaron políticas de inmigración de blancos europeos, de adopción de sus conocimientos y habilidades, de su cultura. "Los pueblos indígenas y los afrodescendientes se veían en cierto modo compelidos a 'blanquear' su piel para poder acceder a posiciones sociales monopolizadas por los blancos: la conversión racial se convierte así en un mecanismo de ascenso y movilidad social" (Ariza 2004, p.42).

Las políticas públicas de integración cultural se encaminaron, bajo el manto del proceso de modernización, a conservar las estructuras políticas coloniales, transformándolas esta vez en un colonialismo interno, al que me he referido anteriormente, y acentuando el proceso de despojo del territorio indígena.

En el campo jurídico, Libardo Ariza (Op. Cit.) explica que, el Estado abandonó las formas de regulación autóctonas, el derecho indígena, para pasar a

---

<sup>18</sup> (Bolívar, *Escritos Políticos*, Madrid, Alianza, 1971.; pág. 69) Citado por Ariza.

un predominio del positivismo jurídico que produjo una concentración excesiva y exclusiva en el derecho estatal, debido a la adopción del sistema jurídico francés y al carácter decimonónico de la cultura jurídica latinoamericana. La ideología dominante en la cultura jurídica del momento, de la cual aun se pueden encontrar importantes vestigios, era la ideología del centralismo estatal. Así, la producción y administración de justicia por medio del derecho estatal –como el único presente y posible en la sociedad– se erigió como una de las principales herramientas para la construcción del Estado-nación y para la dominación de las culturas minoritarias autóctonas. “La renuencia del derecho estatal y de la administración de justicia a reconocer las leyes indígenas ha sido el elemento central de la dominación etnocrática a través de los siglos. (Ibíd. p.45)

La invisibilización legal de la diferencia cultural por parte de las élites criollas tras la independencia fue un eje fundamental de su proyecto de construcción nacional. El sistema jurídico nacional representaba la realidad de manera distorsionada, interpretándola como un campo culturalmente homogéneo. Cuando trataba la cuestión indígena lo hacía para buscar su asimilación.

Las Constituciones Políticas de la era decimonónica continúan esta tendencia a la invisibilización de la diferencia cultural, con la especificidad que proceden a excluir a la población india metódicamente del ejercicio de la ciudadanía “condicionando, por ejemplo, el derecho del voto al conocimiento y empleo correcto del abecedario, a la propiedad o al desenvolvimiento laboral en una profesión liberal. Al mismo tiempo, el discurso ideológico dominante insiste paradójicamente en la supuesta resistencia de los amerindios a integrarse a este ente ‘natural’ llamado República del Perú”. (Barié, 2004, p.483).

Sin embargo, la tendencia de invisibilización de la diferencia cultural empieza a resquebrajarse en 1920. El régimen de Augusto B. Leguía, en busca del apoyo popular, inaugura en ese año un nuevo constitucionalismo social que incluye por primera vez también a los indígenas. Como expone Barié (2004), “el reconocimiento y la protección de las comunidades indias y de sus propiedades, la abolición de las relaciones laborales de tipo esclavo, así como la prohibición de votar para analfabetos, son algunas características substanciales de este documento. La Constitución de 1933, que forma parte de esta primera fase, no hace más que vigorizar y perfeccionar el enfoque indigenista anterior”. La grieta abierta se amplía durante el Gobierno militar del general Juan Velasco Alvarado (1968-1975) que promulga una serie de leyes y disposiciones que protegen la posesión de las tierras e introducen el bilingüismo en la educación indígena. Posteriormente, la Constitución de 1979, en un momento de transición a la democracia, representa la profundización y la “constitucionalización” del indigenismo peruano.

El tercer periodo constitucional, caracterizado por la crisis del régimen económico y político del estado social manager, coincide con una coyuntura política turbulenta del régimen antidemocrático, autoritario y corrupto



de Alberto Fujimori, que promulga el documento constitucional de 1993 para consolidar su régimen y el Estado neoliberal. Con relación a los indígenas, este último documento constitucional de 1993 pretende conjugar diversas tradiciones legales (como el paternalismo, el liberalismo económico y el discurso multicultural, entre otros), pero finalmente no logra cuajarlas en un cuerpo de leyes coherente<sup>19</sup>. Se reconoce, por primera vez en la vida republicana, el carácter multicultural de la nación, así como el derecho consuetudinario y una jurisdicción especial para las comunidades campesinas y nativas, aunque este reconocimiento aun no se haya extendido a una práctica política, jurídica y cultural de reconocimiento efectivo y pleno, quedándose únicamente en un reconocimiento en el papel en la gran mayoría de las actuaciones del Estado respecto a los grupos nacionales no favorecidos por éste.

Este tercer periodo constitucional ha coincidido, a nivel internacional, con la aparición de una nueva manera de comprensión del proceso de construcción nacional (nation building) con la afirmación de la diferencia cultural de los ciudadanos, y la tendencia hacia el reconocimiento legal de la existencia de los diversos grupos étnicos y la pluralidad nacional en los Estados andinos. En todo el continente americano se han desatado procesos sociales de lucha por el reconocimiento de los derechos de las minorías nacionales y de los pueblos indígenas. Este fenómeno ha tomado relevancia internacional y ha sido visto como un 'regreso a las culturas'<sup>20</sup> que ha tenido repercusión en amplios ámbitos jurídicos, especialmente en la reforma constitucional, en países con importante presencia indígena como México, Guatemala, Perú, Ecuador y Bolivia<sup>21</sup>. El 'regreso a las culturas' es parte de procesos sociales que se enfrentan a la idea de sociedad nacional monoétnica en la que se fundamenta el proyecto que intenta llevar a cabo el Estado en dichos países. El Estado Nación es crecientemente desafiado por un surgir y/o resurgir de identidades y proyectos contra hegemónicos ubicados a un nivel subnacional, determinados movimientos sociales de orientación 'regionalista' comienzan a formular agendas alternativas a las del tradicional centralismo nacional.

La contradicción entre el proyecto de construcción nacional (nation building) de la sociedad peruana 'oficial' con la realidad multicultural del Perú

---

<sup>19</sup> En este punto sigo las ideas de Barié (2004).

<sup>20</sup> El regreso a las culturas, ha sido definido también como la respuesta del hombre a la decepción que ha supuesto la promesa de liberación y emancipación espiritual y material de la Reforma no materializada a lo largo de la civilización capitalista, que ha encadenado al hombre como en el inicio de la historia, esta vez no a unas estructuras resultado de un orden divino, sino, en su condición de individuo consumidor, a un marco ordenado por el nuevo 'dios-mercado'. La vuelta a las culturas es el regreso del ciudadano al depósito axiológico, en el que puede encontrar de nuevo su identidad perdida tras la ilusión frustrada por la no consecución de la libertad individual absoluta en un mundo en el que los valores universales, al final, resultaron ser las cadenas del mercado. (Caballero Harriet, 2000; p. 13-43)

<sup>21</sup> Para un estudio detallado de la reforma constitucional sobre pueblos indígenas en algunos países de Latinoamérica puede consultarse el trabajo de Aparicio Wilhelmi, M. 2002, *Los pueblos indígenas y el Estado: el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Cedecs.

ha sido un hecho ‘normalizado’ desde el periodo de la Independencia hasta la actualidad. Sin embargo, este proyecto viene siendo severamente cuestionado desde diversas fuentes sociales de ámbito nacional e internacional. A partir del proceso de globalización se han generalizado nuevos paradigmas entre la sociedad política mundial, tales como la valoración de la democracia liberal y su relación con el respeto (tolerancia) a la diferencia cultural. Se han producido nuevos acontecimientos globales como la irrupción de los movimientos nacionales. Se ha ampliado, y cobrado mayor importancia, el debate en la teoría política sobre la necesidad del respeto y la posibilidad de la existencia de Estados plurinacionales, que desacredita el proyecto de construcción de una única “nación peruana”.<sup>22</sup>

Actualmente, hay una pugna sobre la pertinencia de una nueva Constitución Política que reemplace al texto constitucional de 1993. Se aprecia en este proceso la existencia de dos corrientes en pugna, una por la reforma parcial del texto constitucional de 1993; y la segunda por la sustitución de este instrumento legal por una nueva Constitución Política que exprese los anhelos de construcción democrática del Estado.

Se ha abierto la posibilidad de un cambio constitucional, por lo que es importante proponer estudios, recuentos y análisis sobre la formación de la sociedad peruana, sobre las diferencias étnicas y nacionales en el Perú, y sobre cómo estas diferencias se han expresado constitucionalmente y cómo deberían ser recogidas en una nueva constitución. Este esfuerzo intelectual debe servir para poder comprender –desde una óptica democrática– las tendencias históricas de los proyectos de construcción nacional, del tratamiento de la diferencia cultural en la sociedad multiétnica en las constituciones políticas a lo largo de la historia republicana en el Perú.

Es necesario dotarse de herramientas teóricas que sirvan para fundamentar posibles cambios en la constitución orientadas hacia el respeto de la diferencia cultural, los derechos individuales y colectivos en un contexto multicultural que amplíe y profundice la democracia. Es necesario abordar el estudio del Derecho Constitucional desde diversas perspectivas que superen el tradicional derecho positivo y la descripción normativa, que tomen en cuenta la realidad multicultural del Perú desde una óptica comparativa y desvinculada de una particular etnografía legal que proporciona únicamente el punto de vista de un sólo grupo nacional o étnico componente del Estado. Por el contrario, es necesario recurrir a una perspectiva multidisciplinar para dar respuesta a la realidad constitucional multicultural peruana, recurrir

---

<sup>22</sup> Inclusive entre las posiciones liberales, tradicionalmente conservadoras en temas de trato diferenciado a grupos culturales, se discuten las razones de ¿por qué no deberían las minorías nacionales tener los mismos poderes de nation-building que la mayoría? La teoría política liberal más actual ha puesto ahora la carga de la prueba, “en aquellos que negarían a las minorías nacionales los mismos poderes de nation-building que la mayoría nacional da por supuestos” (Kymlicka, 2002, p.38).

inclusive a lo que Kim Scheppele (2004) denomina etnografía constitucional<sup>23</sup> para centrarse en las lógicas de un contexto constitucional particular como una forma de iluminar las relaciones complejas entre los elementos políticos, legales, históricos, sociales, económicos y culturales del país.

### **3.2.- Dos grandes tendencias en el pensamiento jurídico constitucional peruano.**

Desde las apreciaciones anteriores, creo que existen dos grandes tendencias generales en el pensamiento constitucional respecto a la diferencia cultural que se pueden identificar en el Perú. Estas tendencias pueden apreciarse en los estudios sobre los pueblos indígenas que se han realizado en el país.

Como he señalado, una primera tendencia es la criolla occidental basada en el proyecto de construcción nacional del grupo predominante vinculado tradicionalmente al poder del Estado. Esta tendencia hegemónica propone una ingeniería legal que elimine todas las diferencias étnicas o culturales de los ciudadanos (asimilacionismo nacional-cultural), y/o la construcción de mecanismos legales de dominación por parte del grupo preeminente hacia los grupos étnicos diferentes culturalmente (mecanismos de dominación).

Una segunda tendencia se puede ver en las propuestas desarrolladas inicialmente por intelectuales indigenistas –cada vez más aceptada en variados ámbitos académicos y tendencias ideológicas– que se basa en el reconocimiento de la diferencia nacional-cultural, en la afirmación de la existencia de la sociedad multicultural peruana, así como en la tolerancia de variados proyectos de construcción nacional en el ámbito del territorio del Estado. Ésta tendencia propone técnicas pluralistas de tratamiento de la alteridad cultural y avanza hacia proyectar mecanismos de acomodación política de las diferencias, hacia las propuestas de regionalismo político, el federalismo, las autonomías territoriales, etc.

A pesar de su contexto social multicultural, tradicionalmente la intelectualidad peruana ha tomado muy poco en cuenta el multiculturalismo como un fenómeno a abordar, especialmente en el campo relacionado con las ciencias jurídicas. Los estudios realizados sobre la relación multiculturalidad y derecho en el Perú son escasos en relación a la importancia que tiene la división étnica y nacional que atraviesa transversalmente todos los ámbitos de la sociedad peruana. La mayor parte de estudios de Derecho Constitucional peruano se ha agotado en las instituciones clásicas del Derecho Constitucional, en un análisis y descripción de la norma, han carecido de análisis que tomen

---

<sup>23</sup> Algunos autores, como la norteamericana Scheppele (2004), proponen una nueva metodología para superar este enfoque reducido de los sistemas legales mediante nuevas técnicas, en estricto la realización de una etnografía constitucional.

en cuenta la sociedad multicultural y las diferencias culturales y nacionales de los grupos que cohabitan el territorio peruano.

Se han realizado importantes estudios sobre el Derecho en la sociedad multicultural peruana, sin embargo, hay que recalcar que son pocos en relación a la importancia del tema. Dentro de estos pocos estudios sobre la realidad multicultural, se puede afirmar que los intelectuales peruanos que se han ocupado sobre el multiculturalismo y su relación con el derecho manifiestan mayoritariamente una tendencia hacia el reconocimiento de la diferencia nacional-cultural, y hacia la afirmación de que ésta realidad multicultural debe tener un correlato jurídico y político.

Este reconocimiento mayoritario entre los intelectuales de la sociedad multicultural y el derecho es un hecho muy importante, debido a que se ha desarrollado –por decirlo de alguna manera– en el marco de una sociedad estamentaria que, además, excluye a los grupos culturales que se alejan de la ‘normalidad’ criollo-occidental; el reconocimiento se produce dentro de una sociedad tradicional que no incorpora en sus prácticas hacia grupos minoritarios, en muchas ocasiones, inclusive, ni las conquistas democráticas del modernismo.

De esta manera, los estudios sobre multiculturalidad y derecho han sido una respuesta a una realidad marcada por la inequidad y la injusticia, un surgir intelectual contra la sociedad estamentaria y patriarcal. Pero no ha sido únicamente un fenómeno o un movimiento romántico intelectual que se ha restringido al grupo de investigadores del tema multicultural, sino que paulatinamente ha sido incorporado al discurso oficial del Estado, al menos parcialmente, producto de las transformaciones que se operaban en el ámbito internacional, de los cambios sociopolíticos a nivel interno, y a la necesidad de echar a andar un proyecto nacional de salvamento del Estado que en muchas ocasiones ha corrido el riesgo de convertirse en inviable.<sup>24</sup>

El proceso en el que se han desarrollado las perspectivas desde las que se han abordado el carácter multinacional del Perú por el derecho constitucional peruano puede ser apreciado tomando en cuenta el devenir de los estudios que en este país se han realizado sobre la multiculturalidad y el derecho. Seguidamente expongo una propuesta de sistematización en etapas de dicho desarrollo.

### **3.3.- El desarrollo de los estudios sobre multiculturalidad y Derecho.**

El desarrollo de los estudios sobre multiculturalidad y derecho en el Perú, y en especial sobre los pueblos indígenas, pueden ser analizados de una manera histórica. Aunque su devenir no ha sido lineal, su desarrollo ha travesado por varias etapas que resumo a continuación.

---

<sup>24</sup> Utilizo aquí el concepto de Estado inviable en el sentido que lo hace Oswaldo De Rivero (2003).

La primera etapa corresponde a las primeras investigaciones que se realizaron respecto a los indígenas y su relación con el derecho a partir de la primera década del siglo XX. Los primeros estudios (de los que se tiene referencia) se realizaron en la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco (UNSAAC), ubicada en el sur del Perú, en una zona con una población considerablemente mayoritaria de indígenas. Una buena parte de estos estudios corresponden a una visión estereotipada del indio como inferior y su comportamiento hacia y con el derecho oficial como un hecho meramente folclórico. En esta primera etapa los intelectuales que se ocuparon de los estudios del indio y el derecho fueron influenciados por la reforma universitaria impulsada por el grupo de intelectuales cusqueños llamado ‘generación de 1909’, y por el surgimiento del indigenismo como una corriente teórica y artística peruana.

Estos estudios enmarcan el inicio de lo que se ha venido a llamar el indigenismo jurídico, nombre con el que quiero referirme a un gran grupo de investigaciones, tesis y artículos académicos que se publicaron en la UNSAAC, y en otras universidades del Perú<sup>25</sup>, que tienen como temática al indio en el sistema jurídico peruano. Estos estudios son recurrentes hasta mediados de 1950<sup>26</sup>. En años posteriores el interés por estos temas fue decayendo hasta casi desaparecer para ser retomados desde la década de 1970 desde centros de investigación privados en la capital del Perú.<sup>27</sup>

Una revisión (Drzewieniecki, 1992) de la literatura sobre pueblos indígenas y derecho nos da cuenta que “Antes de 1980 el área de mayor interés fue el derecho colonial y la legislación de la época republicana”. En los años 1920 a 1940, algunos indigenistas investigaron y propusieron una nueva legislación respecto a los indígenas desde perspectivas ampliamente divergentes, mientras que otros denunciaban el maltrato de los pueblos indígenas por parte del sistema legal y de los abogados.<sup>28</sup>

La mayoría de los trabajos de investigación en los siglos XIX y XX se concentraron en el uso que los indígenas hacían del derecho y en los conflictos

---

<sup>25</sup> Estos estudios de indigenismo jurídico debieron haberse expandido a todo el Perú ayudados por la difusión del indigenismo y por el traslado de los intelectuales cusqueños a otras localidades del país. En la Universidad Mayor de San Marcos (Lima) hay una tesis que podría probar este punto de vista, el autor, cusqueño, es uno de los intelectuales que fundaron la revista Kuntur y La Sierra: Valer Portocarrero, Carlos L. (1950); *El proceso de la propiedad indígena en el Perú*; [Tesis universitaria UNMSM] Lima.

<sup>26</sup> Hasta el momento no existe un estudio que abarque el pensamiento que el indigenismo jurídico produjo en sus primeras etapas en la Universidad Nacional de San Antonio Abad.

<sup>27</sup> Para una historia de los primeros estudios sobre derecho y pueblos indígenas en Cusco (Perú) puede revisarse los trabajos de Tamayo Herrera, José (1981), *Historia Social del Cusco Republicano*; Ed. Universo, Lima; y (1980), *Historia del Indigenismo Cuzqueño*, Edit. Lumen, Lima. Un resumen de los estudios relevantes sobre derecho y pueblos indígenas posterior a los primigenios estudios cusqueños puede hallarse en el trabajo de Drzewieniecki (1999).

<sup>28</sup> Por ejemplo, la “*Historia del Derecho Peruano de Basadre* (1937, 1988) que se ocupa en detalle del Derecho Inka y la legislación colonial, o la *Compilación del Derecho Republicano de Varallanos* (1946, 1947). (por ejemplo Encinas 1919; Sivirichi 1946) (por ejemplo Castro Pozo 1979; González Prada 1976)”.

sobre tierras, y en menor extensión sobre el funcionamiento del derecho a fin de desafiar los abusos que la élite cometía con los indígenas.

La segunda etapa corresponde a los estudios hechos mayormente desde Lima, la capital del Perú, respecto al fenómeno del derecho y los 'campesinos'. Surge en base al fenómeno político que desató la lucha campesina por la tierra que sacudió el Perú en los años 60 y de su respuesta por parte del Estado, que en un primer momento fue de represión indiscriminada del movimiento campesino (indígena) y posteriormente dio lugar al proceso de Reforma Agraria. La vanguardia intelectual limeña desarrolla la idea de 'problema nacional' para referirse al proceso de construcción del Perú como una sola nación. Estos estudios se centran en aspectos funcionalistas del derecho, toman al indígena solamente desde un punto de vista 'económico', los estudios se ocupan del campesino como categoría de análisis económico, priorizando este aspecto en desmedro de su condición de componente de una cultura nacional determinada y diferente a la cultural nacional criolla hegemónica.

Es en esta segunda etapa en la que resurgen los estudios sobre el pluralismo legal. El pluralismo legal fue explorado inicialmente en el Perú por DESCO (una ONG de investigación limeña) a partir de 1977, en un estudio empírico que se enfocó en el uso del derecho consuetudinario en los Andes y en barrios pobres en las ciudades, las variables que influenciaban a los campesinos a escoger entre los medios informales o los medios legales, y el uso del derecho indígena por las autoridades del Estado. Después de un lapso de casi veinte años se retoma el interés por los temas de investigación sobre multiculturalidad y derecho.

Una tercera etapa puede ser identificada a raíz del proceso de globalización. Los intelectuales peruanos son influenciados por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en ámbitos internacionales –como la OIT y el Convenio 169– y por los estudios hechos fuera del Perú, y también por intelectuales peruanos, sobre el fenómeno indígena. Un tema importante de influencia son seguramente lo que se ha venido a llamar el 'renacer étnico' en el mundo y los debates que éste propició en el campo de la teoría política, a partir de los cuales se desarrolla la idea del Perú plurinacional, del reconocimiento de las 'nacionalidades oprimidas'. El indígena es visto ya no solamente como portador de folklore o como categoría económica, sino como miembro de una asociación más grande (grupos étnico-nacionales), se habla ya no solamente de 'comunidades campesinas o indígenas' sino de 'pueblos indígenas', con lo que se amplía el ámbito del reconocimiento de la multiculturalidad y el de su correlato jurídico hacia ámbitos de autonomía política y autodeterminación.

Lo central del cambio en esta tercera etapa es que se habrían cuestionado tres legados básicos de periodos anteriores (Irigoyen, 200?, p.32-37): Primero, se considera el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos y no solamente como objetos de una política dictada por

otros, “como sujetos con derecho a controlar sus propias instituciones y autodefinir sus propios destinos. Esto es importante para dismantelar la ideología de la inferioridad y el supuesto de la necesidad de la tutela establecida en el periodo colonial para legitimar la subordinación política y la explotación política de los pueblos indígenas”. Segundo, se cuestiona dos ideas centrales de la legalidad republicana: el binomio nación-Estado y Estado-derecho. “Se quiebran las ideas de que el Estado representa una nación homogénea (con una sola cultura, lengua e identidad religiosa), y se viene a reconocer la diversidad cultural, lingüística y legal”. Al cuestionar el monopolio de la producción legal del Estado es admitido el pluralismo legal en diferentes grados, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas y de los campesinos a tener su propio derecho, sus propias autoridades, y sus propias formas de justicia.

#### **4.- ¿Qué hacer para materializar el reconocimiento de un Perú multicultural?.**

El cambio que exige el reconocimiento institucional de la realidad multicultural del Perú, de los derechos de nation building alternativos al proyecto dominante, y en especial de los derechos de los pueblos indígenas, es enorme debido a que la posición social, en la que los ha colocado la sociedad dominante, tiene causas que están enraizadas profundamente en la ideología y en la realidad de la sociedad peruana, que provienen de la situación colonial que ha sido la base de la dominación a la que han sido sometidos los grupos culturales no privilegiados por el Estado por parte de los grupos preeminentes. Por esto no existe, a mi entender, un solo método o una secuencia de pasos única y lineal a seguir para lograr la emancipación de estos pueblos sojuzgados, que se pueda seguir a manera de un plan de ingeniería social. Sin embargo, creo que existen algunas pautas que ayudarían en ese proceso. Las describo a continuación en un orden aleatorio.

a. Debe promoverse que el tema de la sociedad plurinacional sea un tema que esté en la agenda política y en el debate a todos los niveles del Estado y de la sociedad en el Perú, de tal manera que se pueda proceder al reconocimiento de la alteridad cultural (el carácter plurinacional de la sociedad) como un hecho normal en la sociedad peruana, y poder formular así reformas constitucionales, legales, y políticas públicas de reconocimiento de la diversidad cultural. Entrar a una especie de dialogo intercultural a fin de reconocer los derechos de construcción nacional alternativos al proyecto criollo occidental de construcción nacional del Perú que ha dominado a lo largo de su historia; este dialogo intercultural debe ser parte del proceso de democratización al que debe aspirar la sociedad peruana. Los componentes del Estado en el Perú deben de llegar a comprender que la acepción de democracia actual, aceptada como un nuevo estándar a nivel internacional, es una democracia pluralista en la que pueden normalmente convivir varios proyectos políticos de construc-

ción nacional –de nation building– en un solo Estado, en el que no prima un solo proyecto de nación, en el que coexisten varios grupos étnicos nacionales con varios proyectos de construcción nacional no contrapuestos entre sí.<sup>29</sup> Debe abandonar la idea de la neutralidad cultural del Estado por ser una idea falsa, debe Así, el Perú concebir que el reconocimiento de la diferencia cultural debe de traducirse en una ampliación del proceso de descentralización –regionalización–, y pasar a transferir poderes, hasta ahora centralizados, hacia los lugares, geográficos y sociales, donde afecten en la práctica las decisiones a tomar sobre la economía regional, las lenguas oficiales, el núcleo del currículo educativo, y permitir que los diferentes grupos culturales puedan difundir en su territorio (o su medio) su cultura particular y promover su identidad nacional particular basada en la participación en esa cultura societaria.<sup>30</sup>

b. Las tendencias ideológicas a favor del respeto de los derechos de los grupos étnico-nacionales minoritarios en el Perú deben traducirse a nivel jurídico en una reforma legal que implique una reforma constitucional y consecuentemente una reforma de las leyes de menor rango para lograr la coexistencia de los derechos de construcción nacional de los diversos grupos étnico-nacionales que conforman en el Perú. Es central que esta reforma constitucional y legal implique una reforma de la distribución geográfica de poder; se debe abandonar el centralismo que ha regido durante siglos en el Perú y dar paso a un diseño más cercano a un sistema político federal o al estado de las autonomías.

c. En este extremo se pueden citar las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) que se conformó en el Perú para investigar las causas y las consecuencias del proceso de violencia interna. La CVR ha hecho algunas recomendaciones para “lograr la presencia de la autoridad democrática y de los servicios del Estado en todo el territorio, recogiendo y respetando la organización popular, las identidades locales y la diversidad cultural, y promoviendo la participación ciudadana”.<sup>31</sup>

Como parte de estas recomendaciones se encuentra el reconocimiento e integración de los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades en el marco jurídico nacional para incluirlos de manera importante en el proceso de reforma constitucional, con la finalidad de brindarles una protección jurídica justa y legítima como sujetos de derechos y reafirmar la diversidad y pluralidad de la nación peruana. Algunas propuestas en este sentido son:

- Inclusión de derechos individuales y colectivos en el texto constitucional.

---

<sup>29</sup> Uso el término Estado nacional para referirme a un Estado en el que no prima un solo proyecto de nación, en el que coexisten varios grupos étnicos nacionales con varios proyectos de construcción nacional no contrapuestos entre sí. Este término y concepto lo tomo prestado de Smith (2004).

<sup>30</sup> Aquí tomo las ideas de Kymlicka sobre los derechos de nation building de las minorías nacionales.

<sup>31</sup> Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (2002). Capítulo sobre Reformas Institucionales. Perú, (Págs. 109-138).



- Definición del Estado peruano como un Estado multinacional, pluricultural, multilingüe y multiconfesional.

- Interculturalidad como política de Estado. En función de ello debe quedar establecida la oficialización de los idiomas indígenas y la obligatoriedad de su conocimiento por parte de los funcionarios públicos en las regiones correspondientes. Asimismo, el desarrollo de la Educación Bilingüe Intercultural, con capacitación de maestros, currículos y materiales de enseñanza. Finalmente, la promoción de la Salud intercultural que implica formación de personal adecuado, así como implica que sea participativa y descentralizada con prevención de enfermedades y ampliación de los servicios básicos a toda la población indígena.

- Reconocimiento de la existencia legal de los Pueblos Indígenas y de su personalidad jurídica como ‘pueblos’ considerando ampliamente la trascendencia política de dicho reconocimiento, y de sus formas de organización comunal.

- Tierras y territorios tradicionales inalienables, imprescriptibles, inembargables e inexpropiables.

- Derecho y administración de justicia indígena de acuerdo a los derechos humanos y acceso a la justicia ordinaria con juzgados especializados en materia indígena.

- Reconocimiento de mecanismos tradicionales de justicia alternativa.

La Comisión de la Verdad ha recomendado también la creación de una institución u órgano estatal de política en materia indígena y étnica, que actualmente es inexistente. Este órgano debería tener suficiente fuerza y autonomía técnica, administrativa, económica y financiera, que aglutine las atribuciones, programas y proyectos de los diversos sectores públicos, con competencias para normar, dirigir, y ejecutar políticas planes y programas de desarrollo.

Estas recomendaciones son de por sí importantes, pero dejan de considerar algunas de las reformas políticas necesarias para dar posibilidad a que las comunidades indígenas y los grupos culturales componentes de la sociedad peruana puedan escoger sus propios conceptos y caminos para lograr su desarrollo. Reitero concretamente la necesidad de otorgar a los grupos minoritarios, allá donde son una mayoría regional, las posibilidades de convertirse en gobiernos con autonomía política, económica y administrativa, dentro de un proyecto de profundización democrática y mejoramiento del proceso de regionalización (descentralización) que se está llevando a cabo actualmente en el Perú.

d. La reforma debe ser continua. Este proceso de reforma legal e institucional debe de ser permanente, continuo, no estancarse en algunas recomendaciones, sino ampliarse de tal manera que se logre romper con siglos de tradición y de dominación de un grupo social-cultural sobre las naciones peruanas originarias, hasta normalizar las relaciones interculturales. Las reformas deben de proseguir de tal manera que la diferencia

cultural, por ejemplo el uso de diferentes idiomas como el Quechua y el Aymara en grandes ámbitos regionales del Perú –así como su uso cotidiano en todas las instancias privadas y públicas–, sea normalizado.

### **Bibliografía.**

Ariza, Libardo José (2004); “Identidad indígena y Derecho estatal en Colombia”; *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos* Número. 30, Universidad de Deusto, Bilbao.

Barié; Cletus G (2004); *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*; Instituto Indigenista Interamericano y Ed. Abya Yala; 2ª Edición.

Caballero Harriet, Francisco Javier (2000); “Globalización, Estado y Derecho”; en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XVII, España.

Carbonell, Miguel (2000); “Constitucionalismo, minorías y derechos”; en *Isonomía* Nro. 12, ITAM, Abril.

Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (2002); *Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Capítulo sobre Reformas Institucionales*, Perú.

De Obieta Chalbaud, José (1993); *El derecho humano de autodeterminación de los pueblos*; Ed. Tecnos, Madrid.

De Rivero, Oswaldo (2003); *Los Estados inviables, no-desarrollo y supervivencia del Estado en el siglo XXI*; Ed. Catarata, Universidad Complutense de Madrid.

Degregori, Carlos Iván (1993); “Identidad étnica, movimientos sociales y participación política en el Perú”; en VVAA, *Democracia, etnicidad y violencia política en países andinos*, IPEA, IEP (Serie América Problema), Lima.

\_\_\_\_\_ (1999); “Multiculturalidad e interculturalidad”; En: *Educación y diversidad rural. Seminario Taller Julio 1998*, Ministerio de Educación, Lima.

Dietz, Gunther (2003); “Introducción”; en Pérez Galán, Beatriz & Dietz, Gunther (eds); *Globalización, resistencia y negociación en América Latina*; Ed. Catarata, Madrid.

Drzewieniecki, Joanna (1999); *Indigenous people, law, and politics in Peru*; State University of New York at Buffalo and LASA; Pittsburgh USA, 1995. En Internet (11/1999): <http://lanic.utexas.edu/project/lasa95/drz.html>

Flores Ochoa, Jorge y Van den Berghe, Pierre L (2000); "Tourism and nativistic ideology in Cuzco", Peru; *Annals of Tourism Research*, Vol. 27, No. 1, pp. 7-26, Elsevier Science, Great Britain.

Galtung, Johan (2003); *Paz por medios pacíficos*; Gernika Gogoratuz; Working Papers Munduan; País Vasco.

García Belaunde, Domingo (1992); "Los inicios del Constitucionalismo Peruano (1821-1842)"; en *El primer constitucionalismo americano*, pp. 147 y sgtes, Soberanes Fernandez De.; Marcial Pons, Madrid.

Irigoyen Fajardo, Raquel (200?); "Legal pluralism, indigenous law and the special jurisdiction in the Andean countries"; en *Beyond Law* Nro. 27, pp. 32-47; ILSA.

Kellas, James G. (1998); *The politics of nationalism and ethnicity*; Macmillan Press, 2nd Ed.

Kymlicka, Will (2002); "El nuevo debate sobre las minorías"; en *Democracia y Pluralismo Nacional*, Ferran Requejo Coord., Ed. Ariel Ciencia Política; Barcelona.

\_\_\_\_\_ (1996); *Ciudadanía multicultural, Una teoría liberal de los derechos de las minorías*; Ed. Paidós Ibérica; Barcelona.

López Jiménez, Sinesio (2000); "Democracia y participación indígena: el caso peruano"; en *Las sociedades interculturales: un desafío para el siglo XXI*; Fernando García, coordinador, FLACSO Sede Ecuador, IBIS Dinamarca.

Maier, George (1975); "Peru: portrait of a fragmented society"; en *Case Studies on Human Rights and Fundamental Freedoms, a world survey*, Vol. I; Willem A. Veenhoven Ed. & Winifred Crum Ewing Assistant Ed.; Published by Foundation for the Study of Plural Societies, Martnus Nijhoff, The Hague.

Monreal Requena, Pilar (2003); "De campesinos a indígenas: tierra y cultura en los discursos del desarrollo"; en Pérez Galán, Beatriz & Dietz, Gunther (eds); *Globalización, resistencia y negociación en América Latina*; Ed. Catarsa, Madrid.

Montoya Uriarte, Urpi (1998); “Hispanismo e Indigenismo: o dualismo cultural no pensamento social peruano (1900-1930). Uma revisão necesaria”; en *Rev. Antropol.* v.41 n.1 São Paulo.

Ossio, Juan Maria (1992); *Los indios del Perú*, Colecciones Mapfre 1992, Editorial MAPFRE, Madrid.

Pérez Galán, Beatriz (2003); “Escenificando tradiciones incas: turistas indígenas y antropólogos en el Cuzco contemporáneo”; en Pérez Galán, Beatriz & Dietz, Gunther (eds); *Globalización, resistencia y negociación en América Latina*; Ed. Catarata, Madrid. (Págs. 145-165)

Scheppele, Kim Lane (2004); “Constitutional Ethnography, an introduction”; in *Law & Society Review*, Volume 38, Number 3, pp 389-406.

Smith, Anthony D. (2004); *Nacionalismo: teoría, ideología e historia*; (Traducción de Olaf Bernárdez Cabello), Alianza Editorial, Madrid.

Soriano, Ramón (2004); *Interculturalismo, entre liberalismo y comunitarismo*; Editorial Almuzara, Colección Cuadernos de Autor; Andalucía, España.

Tamayo Herrera, José (1981); *Historia social del Cusco republicano*; Ed. Universo, Lima.

Torbisco, Neus (2000); *Minorías culturales y derechos colectivos, un enfoque liberal*; Universitat Pompeu Fabra, Tesis de doctorado; Barcelona.

Ugarteche, Oscar (1998); *La arqueología de la modernidad* Cap. IV, DESCO, Lima.

Valer Bellota, Pavel H (2004); “Perú: Guerra interna y violencia de género”; en: *América Latina en Movimiento* Vol. 28 N° 380 Enero; ALAI Quito.

Valer Portocarrero, Carlos L (1950); *El proceso de la propiedad indígena en el Perú*; [Tesis universitaria UNMSM] Lima.

---

## ANÁLISIS

---

## WEBER Y LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO EN LA CRÍTICA DE Kelsen<sup>1</sup>

AGOSTINO CARRINO<sup>2</sup>

**Resumen:** Las críticas de Kelsen encaminadas a los sociólogos del derecho son radicales, sin embargo, dice el autor, con Weber, su crítica buscó desenvolverse en la línea de la afinidad, más que de las oposiciones y los contrastes. No concibe la idea de una sociología del derecho, donde el término de “derecho” sea el mismo objeto de investigación, por ello la sociología del derecho no existe y no puede existir, razón por la que buscó la elaboración de una teoría “pura” del Derecho y del Estado.

**Resumo:** As críticas de Kelsen encaminadas aos sociólogos do direito são radicais, no entanto, diz o autor, com Weber, sua crítica buscou progredir na linha da afinidade, mais que das oposições e os contrastes. Não concebe a idéia de uma sociologia do direito, onde o termo de “direito” seja o mesmo objeto de pesquisa, por isso a sociologia do direito não existe e não pode existir, razão pela qual buscou a elaboração de uma teoria “pura” do Direito e do Estado.

**Abstract:** The critics of Kelsen directed to the sociologists of the right are radical, nevertheless, says the author, with Weber, their critic looked for to develop in the line of the affinity, more than of the oppositions and the resistances. It does not conceive the idea of a sociology of the right, where the term of “right” is the same object of investigation, for that reason the sociology of the right does not exist and it cannot exist, reason for which looked for the elaboration of “a pure” theory of the Right and the State.

1. Las críticas que en el curso de las dos primeras décadas de su actividad científica dirige Hans Kelsen a los sociólogos del derecho, como Kantorowicz y Ehrlich, difícilmente, podrían ser definidas de otro modo que como radicales. Al punto que, sobre el tema “sociología del derecho”, Olhman Spann que conocía bien a Kelsen, hubo de definirlo como un enemigo de la sociología<sup>3</sup>. Se ha observado que incluso su interés por la teoría de las ficciones de Vaihinger, tenía, fundamentalmente el fin de encontrar un apoyo y un aliado “para su refutación de la sociología del Estado en general y para su concepción positiva del Estado como un ordenamiento jurídico”.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Recibido el 3 de noviembre de 2008. Aceptado el 10 de diciembre de 2008.

<sup>2</sup> Universidad de Nápoles, Italia.

<sup>3</sup> O. Spann, “Der Streit um die Möglichkeit und das Wesen der Gesellschaftslehre”, *Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozial politik*, Bd. 2, 1922, p. 199.

<sup>4</sup> H. Jockel, *Hans Kelsen rechtstheoretische Methode* (1930), reimpresión Scientia, Aalen, 1981, p. 193. A. Balog, “Kelsens Kritik an der Soziologie”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Bd. 59, 1983, pp.515 ss., ha debido poner, en gran relieve, la de terminación histórica de la crítica normativista kelseniana respecto a los desarrollos más recientes de la investigación sociológica, tendiente a demostrar la no dependencia de la significatividad (husserliamente presente en Kelsen, en gran medida) de la normatividad en el ámbito del obrar social.

Pero también, es de señalar que, independientemente del hecho de que estuvo en su contacto, en los Estados Unidos, con la jurisprudencia analítica y la sociológica y de que Kelsen revisa su clara oposición en su confrontación con el sociólogo del derecho que más ásperamente le ha contestado -Eugen Ehrlich<sup>5</sup>- formulando la idea de una complementariedad<sup>6</sup> de la sociología jurídica (que después sería aquello que se llamaría "realismo jurídico") y la jurisprudencia normativa, en la confrontación, al menos con Weber (más que con Geog. Simmel), la crítica kelseniana buscó desenvolverse más sobre la línea de la afinidad que la de las oposiciones y contrastes<sup>7</sup>. El juicio sobre la tentativa weberiana de fundar una sociología del derecho -la tentativa "más importante" y "hasta ahora la más feliz"<sup>8</sup>- que se encuentra en su *General Theory of Law and State* de 1945, puede ser retrotraído, bajo ciertos aspectos, a los mismos años veinte. En el ensayo, que se ofrece por primera vez en traducción italiana, "Der Staatsbegriff der 'vorlehenden Soziologie'", aparecido en la *Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik* en 1921 y después resumido en el volumen del año siguiente, sobre el concepto jurídico y sociológico de Estado<sup>9</sup>, la opus magnum de Weber, apenas publicada, póstumamente, *Wirtschaft und Gesellschaft*<sup>10</sup>, es definida como "la contribución sociológica más significativa que a aparecido después de a Sociología de Simmel".

Pero la primera referencia de Kelsen es aun más antigua: se le encuentra en el prefacio a primera edición de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* de 1911, no comprendida en la segunda edición (1923) del libro. Ahí Kelsen se apropia, directamente, -en el sentido de la teoría for-

<sup>5</sup> Cfr. H. Rottleuthner, "Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich (1915-1917)", in Krawietz, H. Schelsky (Hrsgg.), "Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen", *Rechtstheorie*, Beiheft 5, Duncker & Humblot, Berlin 1984, pp. 521 ss.

<sup>6</sup> La jurisprudencia sociológica, escribe Kelsen, *Dottrina pura e giurisprudenza analitica* (1941), trad. it. en Lineamenti di dottrina pura del diritto, al cuidado de R. Treves, Einaudi, Torino, 1967, p.184, "es un complemento de la jurisprudencia normativa", pero subrayando que es un complemento secundario y accesorio a la jurisprudencia normativa. Ciertamente es una novedad respecto a las posiciones anteriores, novedad que coloca una contradicción en los presupuestos gnoseológicos de la teoría pura del derecho, pero la sospecha original sino la hostilidad estaban tan arraigados que, todavía, se lee aquí, que la sociología es incapaz de "trazar una línea entre su objeto y otros fenómenos sociales". En último análisis, la verdadera novedad es que la sociología del derecho, en vez de ser psicología individual -como en los primeros escritos kelsenianos-, se transforma en análisis de la ideología de la idea de justicia, todo sumado, entonces a una suerte de psicología individual revisada y puesta al día. Sobre el punto cfr. R. Treves, "Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia in Hans Kelsen", *Sociologia del diritto*, 1981, 1, pp. 135 ss.

<sup>7</sup> Roffenstein, G. "Kelsens Staatsbegriff und die soziologie", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. 4, 1925, pp. 539 ss.; M. Stockhammer, "Hans Kelsens Rechtstheorie und Max Webers Soziologie im Spiegel der Erkenntnistheorie", *Osterreichische Zeit, für öffentliches Recht*, Bd. 5, 1953 pp. 410 ss.; Bobbio, "Max Weber e Hans Kelsen", *Sociologia del diritto*, 1981, 1, pp.135 ss.

<sup>8</sup> Kelsen, Hans. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, (1945), trad. it. S. Cotta e G. Treves, Etas-Kompas, Milano, 1966, p.178.

<sup>9</sup> Kelsen, Hans. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Mohor, Tübingen, 1922, pp. 156 ss.

<sup>10</sup> Weber, Max. *Economía e sociedad*, trad. it. al cuidado de P. Rossi, Comunità., Milano 1961.

mal-normativa del derecho- de las palabras de Weber sobre la objetividad de las ciencias sociales<sup>11</sup> para caracterizar el fin cognoscitivo que él prefigura y que reside en el no querer "traspasar un modo de consideración puramente formal de las normas jurídicas". En esta limitación reside, en su opinión, "la esencia de la manera de la consideración formal-normativa de la jurisprudencia"<sup>12</sup>, a diferencia de aquella ciencia social como "ciencia de la realidad" de que habla Weber.

Pero en el término "limitación" está incita una doble posibilidad interpretativa. Puede tratarse, en efecto, de una limitación instrumental y contingente, siempre con el fin de alcanzar una determinación conceptual rigurosa del fenómeno "derecho". Ahora, si se atiende a las premisas gnoseológicas neokantianas (igualmente comunes) que Kelsen expone y defiende, repetidamente, sobre todo después de su pire gran trabajo, en particular respecto al neokantismo de Cohen (pero con una influencia igual sino mayor del Cassirer du Substanz und Funktionsbegriff, la limitación no puede necesaria y permanente, en la medida en que el "objeto" es el producto" de las diferencias de enfoque (Blickrichtungen) en que se divide, originariamente la actividad del intelecto cognoscente: la dirección del punto de vista orientado al deber (Sollen) o norma o valor contrapuesta a la dirección del punto de vista orientado al ser (Sein), al hecho<sup>13</sup>. Es decir, en la medida en que el derecho (o Estado) es necesariamente y únicamente un complejo ideal de normas, un sistema normativo, un "contenido de sentido": pura validez del deber (Soll-Geltung), contrapuesta, en suma a la efectividad o eficacia

Pero en este sentido y en esta medida, aparece claro en seguida que Kelsen, no obstante su interés por los sociólogos (en particular Simmel y Weber), no puede aceptar una sociología del "derecho" donde el término "derecho" investigue el mismo objeto de la ciencia normativa. Todo su esfuerzo debe entonces ser orientado a demostrar que la sociología del derecho es una ciencia (pero ya incluso sobre el uso del término se considera perplejo) que debe presuponer el derecho de la ciencia jurídica normativa, el concepto del derecho, en suma, producido y elaborado por el método cognoscitivo del científico del derecho, construido, metodológicamente, por el jurista. Y en efecto, esta es,

<sup>11</sup> Weber, Max. "La oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale" (1904), trad. it. di P.- Rossi in *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Einaudi, Torino 1974, p.84. El fragmento weberiano es el siguiente: "No hay ningún análisis científico puramente objetivo de la vida cultural o de los fenómenos sociales, independientemente de los puntos de vista específicos y 'unilaterales', según los cuales son escogidos aquéllos como objetos de investigación, analizados y organizados en la exposición. El fundamento de ello está en el carácter específico del fin cognoscitivo de cada trabajo de la ciencia social, que quiere proceder de otro modo distinto a una consideración, puramente formal de las normas jurídicas o convencionales de la subsistencia social".

<sup>12</sup> Kelsen, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Mohr, Tübingen, 1911, p.IX.

<sup>13</sup> Kelsen, Hans. *Die Rechtswissenschaft als Norm-oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung* (1916), ahora en Kelsen, A. Merkl, A. Verdross, *Die Wiener rechtstheoretische Schule*. hrsg. von H. Klekatsky, R. Marcic, U. Schambeck, Europa Verlag, Wien 1968, Bd. 1, p. 37.



exactamente, la condición con la cual la teoría pura del derecho se presenta sobre la escena del debate cultural en los años diez y veinte del siglo.<sup>14</sup>

2. Son estos, precisamente, los años del inicio de la tentativa kelseniana prudencia al rango y a la dignidad de una auténtica ciencia, años que coinciden con el nacimiento de aquella otra disciplina tendiente también a la realización de esta ambición antigua de los juristas: la sociología del derecho<sup>15</sup>. Aplicando los métodos de la ciencia natural y buscando descubrir las "leyes naturales" de la vida del derecho, la sociología tenía la pretensión de ser la única, la verdadera ciencia del derecho. Los escritos de Kelsen de este periodo quieren, en cambio, determinar una dimensión específica y autónoma de la jurisprudencia y subrayar la peculiaridad del "derecho de la ciencia jurídica" respecto al (presunto) "derecho" de la sociología<sup>16</sup>, la cual, para Kelsen, tiene que ver únicamente con hechos de la vida del derecho y, por lo tanto, es una ciencia de hechos empíricos. Todo lo contrario, en suma, del derecho, como lo conocen y lo entienden el jurista y el científico del derecho. De cualquier modo que se produzcan ciertas representaciones del derecho, como hecho basado en hacer de los hombres, dice Kelsen, "no puede encontrar ningún espacio al interior de una ciencia que conceptúe al derecho como norma, como Sollen, que trabaja con conceptos como validez, obligación, facultad, persona y, en general con todos aquellos conceptos que no pueden tener otro sentido que el normativo (...). El derecho que constituye el objeto (o el producto) de una tal ciencia jurídica no podrán jamás ser positivo" en el sentido de la factibilidad empírica<sup>17</sup>. El jurista, por tanto, se ocupa únicamente de las normas jurídicas en su "epoche" (husserlianamente hablando) respecto de la realidad efectiva, y la jurisprudencia como ciencia del espíritu no es jamás una ciencia de hechos, sino una ciencia normativa, no del ser, sino del deber, una ciencia del valor (relativo) del derecho, más exactamente, del "ser del deber".<sup>18</sup> Y ella tiene, por tanto, impedimento de su propia esencia, para operar con los métodos de las ciencias naturales -inducción y experimentación- debiendo, únicamente, elaborar su contenido espiritual, ideal de su material con el auxilio de los instrumentos de la lógica formal.

Semejante a la matemática, la jurisprudencia es para Kelsen una ciencia formal: ella desarrolla conceptos formales axiomatizados y deducidos de principios primeros o postulados, así que el derecho no es nunca, en su propia

<sup>14</sup> Por eso no puede valer, por tanto, el juicio de R. Dreier, *Recht-Moral Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1981, p. 225 que ha definido a la teoría pura del derecho, en todo sentido, como "una teoría sociológica del derecho con ropaje normativo".

<sup>15</sup> Para una reconstrucción completa y exhaustiva de las vicisitudes de la sociología del derecho, el estudio tiene ahora a su disposición el libro de R. Treves, *Sociologia del diritto*, Einaudi, Torino 1987.

<sup>16</sup> Binder, J. *Philosophie des Rechts*, (1925), reimpresión Scientia, Aalen 1967, pp. 183 ss.

<sup>17</sup> Kelsen, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu reinen Rechtslehre*, (1920), reimpresión Scientia, Aalen 1981, pp. 88-9.

<sup>18</sup> Cfr. H. Kelsen, "Der soziologische und der juristische Staatsbegriff", cit., p.76; *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlin 1925, p. 45.

esencia, "alguna cosa real".<sup>19</sup> "Cuando –escribe Kelsen– no se mira el comportamiento de los hombres conforme al derecho, sino, únicamente (...) como los hombres deben comportarse conforme a derecho y si se entiende por ello, únicamente al derecho positivo, a la ley, entonces se puede y se debe contestar, en la respuesta a esta pregunta, con ciertos criterios puramente formales". La actitud del teórico del derecho es idéntica a la del juez: ambos toman en consideración al derecho "sólo en sus relaciones formales de deber, sin consideración al ser correspondiente. En efecto, el jurista no ha de explicar materialmente el comportamiento jurídico efectivo de los hombres, no ha de comprender, explicativamente, los fenómenos de la vida del derecho, sino debe aprehenderlo, normativamente. La explicación es el cometido del sociólogo y del psicólogo, la descripción de lo que es y la exposición del devenir es la tarea del historiador de la cultura y del derecho"<sup>20</sup>. Esto significa excluir del campo problemático jurídico, específicamente jurídico, toda cuestión -sociológica o de otro tipo- relativa al fin concreto del derecho en su conjunto o de alguna norma en particular. Los conceptos jurídicos son categorías formales y a la jurisprudencia sólo concierne la "forma del fenómeno" cuyo contenido material es estudiado y conocido (donde su conocimiento sea verdaderamente posible) por la historia, por la sociología pero sobre todo por la psicología individual que, para Kelsen, es la única ciencia verdaderamente complementaria y compatible con la ciencia normativa del derecho.

Ya en una olvidada crítica a un libro de von Wiese de 1910, Kelsen sostenía la tesis de que la sociología "ha de operar siempre sólo con motivaciones psíquicas"<sup>21</sup>. Es un grave error no tomar en cuenta el ambiente político-cultural en el cual, Kelsen se ha formado, la gran Viena entre el fin del siglo XIX y los primeros años del siglo XX, la atmósfera histórico-espiritual en la cual se ve la luz (sólo en parte sobre el diván freudiano de la Berggasse) el hombre nuevo del siglo, el hombre psicológico.<sup>22</sup> No es casual, por ejemplo, que los límites de la concepción materialista de la historia –que para él no era sino una simple versión del iusnaturalismo,<sup>23</sup> emparentado, a su vez, con la sociología<sup>24</sup> –son vistos por el joven Kelsen, por lo que se refiere a las causas "profundas" de los fenómenos sociales, no en las relaciones económicas sino

<sup>19</sup> Kelsen, Hans. "Zur Theorie juristischen Fiktionen. Mitbesonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", --- (1919), en *W.r.S.*, cit., Bd. 1, p. 1238.

<sup>20</sup> Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., p. 42.

<sup>21</sup> Kelsen, Hans. Recensione a F. von Wiser, "Recht und Macht", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. Bd. 31, 1910. p. 261.

<sup>22</sup> Remítase sobre este punto a nuestro "L'io diviso. Formalismo- y nichilismo nella crisi Della modernità". en Aa.Vv., *Soggetti e norma individuo e società*, Esi, Napoli 1987, pp.43-70, spc. pp. 49 ss.

<sup>23</sup> Kelsen, Hans. Recensione a A. Menzel, *Naturrecht und Soziologie*, Fromme, Wien und Leipzig 1912, *Archiv sur die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung*, Bd. 5, 1925, pp. 225-2.29.

<sup>24</sup> Cfr. R. Treves, "Kelsen e la sociología" en C. Roehrsen, *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1983, pp. 169 ss.

en el “estrato ulterior” de las relaciones psíquicas entre los individuos “que plantean la necesidad de entender una satisfacción mucho mayor que la que se comprende en la concatenación de causas meramente económicas”<sup>25</sup>.

Las oposiciones de la filosofía política de Kelsen -sintetizadas en la oposición fundamental entre autocracia y democracia- son todas reconducidas al contraste entre una concepción individualista y una objetivista del mundo que, a su vez, se enraiza, en la estructura Psicológica del carácter del individuo, según que tenga un sentimiento fuerte o débil del propio yo, que pueda, en mayor o menor grado, reconocerse en el otro<sup>26</sup>.

El interés de Kelsen por las cuestiones psicológicas y por Freud<sup>27</sup> permite también comprender –al menos por lo que se refiere a su periodo europeo– ciertas incongruencias gnoseológicas relevantes aun en la relación jurisprudencia sociológica subrayadas por los críticos a propósito de la operación lógica sostenida, vigorosamente, por Kelsen, entre el mundo del ser y el deber, entre empirismo y normatividad, entre sociología y jurisprudencia. Respondiendo, en ocasión del congreso de sociólogos alemanes de 1926, a Salomon que había puesto de relieve una contradicción sobre el problema de la relación ser-deber o mejor dicho un deslizamiento de una contradicción a una conexión entre ambos, Kelsen, en esa ocasión, afirmó: “El punto de vista de mi ponencia actual (sobre la democracia) se distingue, necesariamente, de mi investigación de la teoría de las normas por el hecho de que, en el último caso, mi consideración se refiere, exclusivamente, a una ideología, es decir, a un sistema de normas, mientras hoy lo analizo en relación con la condición psicológica de los hombres. Si se llama sociológica a esta problemática, entonces el punto de vista sociológico es del todo compatible con aquella teoría de las normas”<sup>28</sup>. Tesis esta que ya, sin embargo, se encuentra explicitada en la crítica a Kantorowicz y a Kornfeld en 1912, donde se lee que la tarea de la sociología debe ser una “indagación psicológica” le sobre los complejos de representaciones vivientes en la conciencia de los hombres”<sup>29</sup>.

No hay duda que ésta es una concesión muy suspicaz hacia la sociología (o en todo caso hacía la autointerpretación y a la autorepresentación de los sociólogos del derecho), porque aquí se supone más bien una psicología individual (si es que no psicoanalítica) que una indagación de las estructuras histórico-sociales que también la sociología quiere estudiar. Estas –derecho,

<sup>25</sup> Kelsen, Hans. “Politische Weltanschauung und Erziehung” (91913), en *W.r.S.*, cit., Bd. 2, 1505.

<sup>26</sup> Cfr. A. Carrino, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Esi, Napoli, 1984.

<sup>27</sup> Sobre Kelsen y Freud ver M. C. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano 1981, pp. 138 ss.

<sup>28</sup> Kelsen, Hans. *Demokratie*, (1927), ahora en *W.r.S.*, cit., Bd. 2 p. 1774 (se trata de una de las réplicas de Kelsen a los participantes en el debate sobre sus ideas; esta réplicas no están comprendidas en la traducción italiana della relazione ne sulla democrazia in H Keisen, *Il problema del parlamento*, trad. it. al cuidado de C. Geraci, Giufre, Milano 1982).

<sup>29</sup> Kelsen, Hans. “Zur Soziologie des Rechtes kritische Betrachtungen”, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 34, p.614.

Estado, ordena miento, etc.—, en efecto, quedan, para Kelsen, objeto exclusivo de la específica ciencia que comprende esta “realidad en su dimensión auténtica que es y sólo puede ser formal, normativa. Kelsen conoce y quiere conocer a los individuos singulares, por un lado, con sus motivaciones reales, efectivas, sus impulsos originarios (se pueden leer las páginas de *Politische Weltanschauung und Erziehung*, de 1913, dedicadas al impulso lúdico como motivación a la acción y a la vida política<sup>30</sup>). Y, por otro, aquellos fenómenos puramente ideales, estructuras del espíritu. Es esta una postura que aparece ya en los *Hauptprobleme*<sup>31</sup>, aunque con una especificación todavía imprecisa, a nuestro juicio: la psicología como indagación sobre el derecho en tanto que “hecho de psicología de masas” (“als massenpsychologische Tatsache”), mientras que más tarde, en un contacto directo con Freud Kelsen precisaría que sólo es posible hablar solamente, de psicología individual y nunca “social” o de “masa”,<sup>32</sup>.

3. Para Kelsen, al menos en la fase “clásica” de la teoría pura del derecho, un concepto sociológico de Estado (o derecho), que por otro lado, sólo puede sostenerse en sentido jurídico, es un contrasentido, porque la específica unidad jurídica, “Estado”, no puede jamás ser pensada sin la aplicación exclusiva y fundadora de un modo de consideración puramente jurídico-formal. “Sólo la errónea opinión que la sociología pueda tratar, fundamentalmente, el mismo objeto que la jurisprudencia normativa, lleva a la idea de una autónoma sociología del derecho. Pero la norma jurídica, este específico objeto de la ciencia jurídica, no está hecha para una sociología orientada hacia el ser. Un concepto sociológico del derecho, del cual habla Ehrlich, es imposible a la manera de un concepto jurídico de gravedad. Precisamente, el intento de Ehrlich muestra claramente que una sociología del derecho deviene en una sociología de la sociedad en general, porque el concepto de derecho no se puede definir sociológicamente”<sup>33</sup>. Dicho en otros términos, para Kelsen, la sociología del derecho simplemente no existe y no puede existir: la que se hace pasar por sociología del derecho sólo puede ser una psicología experimental e inductiva.

<sup>30</sup> Kelsen, Hans. “Politische Weltanschauung Erziehung”, en *W.r.S.*, cit., Bd.2, pp. 1522 ss.

<sup>31</sup> Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 42. Todo el fragmento dice: (pp. 41-42) “Es tarea del psicólogo estudiar los efectos que una norma jurídica (Rechtssatz) internalizada en la conciencia, tiene sobre el querer y el hacer del hombre individual, analizar la influencia de la motivación de las normas, reconducir el hacer conforme o contrario al derecho, del individuo y sus causas reales. Y es tarea del sociólogo, entender el derecho como una fuerza real que domina las masas, como un hecho de psicología de masas; a él como al psicólogo, el derecho aparece como un evento psíquico real, como algo existente que debe explicarse, haciendo ver las causas y conceptualizando el comportamiento jurídico de los hombres como un hecho naturalmente necesario”.

<sup>32</sup> Kelsen, Hans. “Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguardo all’idea della massa di Freud”, en *La democrazia*, al cuidado de G. Gavazzi, 11 Mulino, Bologna 1981 pp. 387 ss. Sobre el punto cfr. nuestro *L’ordine delle norme. Politica e diritto* in Hans Kelsen, cit., pp. 113 ss.

<sup>33</sup> Kelsen, Hans. “Eine Grundlegung der Rechtssoziologie”, *Archiv für Sozialwissenschaft und sozialpolitik*, Bd. 39, 1915, pp. 875-6.

La razón de esta imposible definición sociológica del Estado (o derecho) reside en la incapacidad de la ciencia natural (y la sociología es para él una ciencia natural, concedido –en esta frase– que sea verdaderamente una ciencia<sup>34</sup>) para aprehender ese “sentido del valor y de la autoridad” que “pertenece sólo a un modo de consideración específicamente normativo”<sup>35</sup>. “El valor, en efecto, no se le puede entender con una consideración causal de la realidad efectiva y subsistente sólo sobre el presupuesto de las normas”<sup>36</sup>. En la limpia separación operada por Kelsen –aun sobre el paréntesis de Husserl– entre el “contenido espiritual” y los actos psíquicos que lo sostienen, el único sociólogo que ha conseguido mantener firme la distinción entre forma y contenido, entre ser y deber, es Simmel, el cual no busca ninguna ley natural del proceso social, sólo quiere ofrecer las formas de las relaciones sociales”<sup>37</sup>.

Está aquí, entonces, recogido el significado de “formalismo” kelseniano y el de la exclusión de un concepto sociológico de Estado (o derecho), que no es un concepto de Estado sino que presupone el concepto de Estado que es, para él, precisamente, un concepto formal, jurídico. Esta exclusión –reiterada no solo en la crítica a Weber sino también y sobre todo en las precedentes a Kantorowicz y a Ehrlich– expresa, claramente la refutación de un concepto factual (es decir, en cualquier sentido no “ético”) de Estado, como el concepto sociológico–naturalista en tanto que tiene como objeto las acciones humanas, sujetas a la influencia de momentos irracionales, emotivos, instintivos. La sociología es la indagación de lo múltiple, de lo no formalizable, de lo racionalizable: “toda búsqueda sociológica –escribe Kelsen en *Der juristische und soziologische Staatsbegriff*– contrapone a la asociación produce la sociedad como unidad, una disociación que destruye la sociedad”<sup>38</sup>. La unidad –este principio cardinal de metodología neo-kantiana y de la teoría pura de garantizada por la ciencia jurídica pura derecho– sólo puede ser (en el sentido neo-kantiano de la originaria pureza del intelecto cognosciente), porque sólo desde el punto de vista puramente formal, el Estado es unidad, coherencia,

<sup>34</sup> En el estado actual de la disciplina, en efecto, escribe Kelsen, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, Aca. De droit int. Recueil des cours, vol. 14 t. IV, Hachette, París 1977, p. 242, la sociología jurídica, con sus pretensiones infundadas, le parece entonces un discurso que se propone simplemente “razonamientos eróticos políticos” “bajo el mantelete de una terminología marcada por la ciencia natural”.

<sup>35</sup> Kelsen, Hans, “Politische Weltanschauung und Erziehung”, cit., p. 1506.

<sup>36</sup> Kelsen, Hans, “Zur Soziologie des Rechtes”, cit., p. 608.

<sup>37</sup> Kelsen, Hans. Recensione a A. Menzel, “Naturrecht und Soziologie”, *Archiv für die Geschichte des Sozialismus der Arbeiterbewegung*, Bd.5, -1915, p. 229. Ha sido justamente observado que Kelsen del todo el hecho que Simmel quiere realizar esta separación (entre forma y contenido, contenido espiritual y actos psíquicos) para todos los objetos de todas las ciencias, tanto para el derecho, la religión, etc., como para la ciencia de la naturaleza, así que la asunción del razonamiento simmeliano por Kelsen como decisivo, no lo autoriza a hablar de un reino del espíritu contra el reino de la naturaleza, porque se trata simplemente de la separación de la psicología de todas las otras ciencias”: G. Roffenstein, “Kelsen Staatsbegriff und die Soziologie”, cit., p. 546.

<sup>38</sup> Kelsen, Hans. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., pág. 52.

racionalidad. Los comportamientos individuales perjudican la unidad. Sólo jurídicamente –normativamente– es concebible un orden unitario.<sup>39</sup> En esta continua referencia de Kelsen a la “unidad” se puede, entonces, aprehender el significado auténtico y –profundo de la empresa kelseniana en general y de su crítica a la sociología en particular, significado que no carece– como hemos intentado demostrar en otro lugar<sup>40</sup> de un retroceso ideológico-ético.

4. La crítica kelseniana a Weber, en su ensayo “Der Staatsbegriff der ‘verstehenden Soziologie’”, se desarrolla por las líneas internas de las temáticas weberianas. Pero el objetivo polémico de Kelsen, si se parte de la afinidad indudable su posición y la de Weber, no puede ser la sociología weberiana del derecho, sencillamente porque la sociología del derecho para el jurista vienés no puede existir. Si se interpreta verdaderamente su crítica a Weber como la crítica a una “sociología del derecho”, significaría interpretarla como una lucha contra molinos de viento. Es necesario, por el contrario, subrayar que el núcleo de la crítica kelseniana a Weber no es un atenuante a su sociología comprensiva sino a la errada jurisprudencia tradicional que Weber integra, según Kelsen, en su propio sistema. Y, en ciertos aspectos, por el contrario, este objetivo polémico es primario respecto a lo sociológico-jurídico.

Lo que verdaderamente subyace en la crítica de Kelsen a la sociología del derecho (es este un punto que nadie ha puesto de relieve hasta ahora) es la refutación de la distinción-separación entre Estado jurídico y Estado-administrativo que acompaña, entre el fin del siglo XIX y el inicio del siglo XX, al nacimiento de la sociología, ya sea positiva o “comprensiva”. Kelsen entiende reafirmada su tesis, reiterada en la conclusión de casi todos sus escritos, que el Estado es siempre “Estado de derecho”, Rechtsstaat. Así que los méritos y los defectos de la “sociología comprensiva” de Weber son los méritos de la correcta ciencia jurídica normativa (kelseniana), y los defectos son los de una errada concepción jurídica<sup>41</sup> del tipo de Jellinek o de Anschütz con su

<sup>39</sup> Larenz, K., *Rechts und Staatsphilosophie der Gegenwart*, Junker u. Dünhaupt, Berlín, 1931, p. 25.

<sup>40</sup> Es significativo que también la crítica de Kelsen a Emil Lask se estructura en torno a la tesis de que Lask habría aceptado, en su propia *Rechtsphilosophie* “una concepción errónea del positivismo jurídico”. Cfr. Sobre este punto nuestro *Li irrazionale nel concetto. Comunità e diritto in Emil Lask*, Esi Napoli 1983, pp. 142 ss. (de la *Rechtsphilosophie* (1905) de Lask hay una traducción italiana: E. Lask, *Filosofia giuridica*, al cuidado de A Carrino, Esi, Napoli 1984).

<sup>41</sup> Cfr. H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., PP. 114 ss. Ya en el *Problem der Souveranität*, *begriff* cit., p. 10, Kelsen escribía que toda teoría que no considera al Estado como un único objeto de una única ciencia, que “considera al Estado ya sea como hecho natural ya como persona jurídica”, y que hace de este único objeto, la materia de consideración “de dos modos cognoscitivos, del todo separados por método, de dos diferentes tendencias de observación”, “va contra la norma fundamental de toda teoría del conocimiento, por la cual al objeto del conocimiento está determinado por la tendencia cognoscitiva y por la que, en consecuencia, dos métodos diferentes, como el causal de las ciencias naturales y el jurídico normativo, deber producir no un mismo objeto, sino dos objetos igualmente diferentes”. En los *Hauptprobleme*, cit., pp. 405. 407, en verdad Kelsen parecía que aceptaba una teoría de los dos lados del Estado: esta formulación es ahora rechazada como un “vorletzte Stadium” (penúltimo estadio) del más correcto

falsa teoría- de los "dos lados" del Estado<sup>42</sup> fuerza normativa del hecho (39) (jurídico y sociológico), de la "fuerza normativa del derecho" y de la ley en sentido formal y en sentido material<sup>43</sup>, siendo que para Kelsen, el Estado es siempre y sólo jurídico y la ley siempre y sólo formal. Y esto vale también para la habitual separación entre derecho público y derecho privado, derecho substancial y formal, derecha "subjetivo" y derecho objetivo, y todos los otros (pseudo) dualismos de la teoría jurídica tradicional, in primis aquél entre Estado y derecho, con la consiguiente falsa representación de dos validez". Para Kelsen, al contrario, la "validez empírica" contrapuesta a la "validez normativa" no es una verdadera, auténtica, real validez: ésta puede ser siempre y solamente "validez del deber" o normativa: *Sollgeltung*.

En la fase "crítica" de la teoría pura del derecho, validez es (por regla general) siempre validez normativa contrapuesta a La efectividad o eficacia (que sólo por una impropia terminología de ser definida como "validez empírica"), a grado que es posible suponer un contraste entre ordenamientos eficaces y el ordenamiento válido y siempre unitario, no contradictorios coherente y exclusivo, es decir que excluye la validez de cualquier otro ordenamiento (de donde deriva la lógica inferencia de un único ordenamiento jurídico supranacional, la *civitas maxima*, a la cual le compete exclusivamente la soberanía<sup>44</sup>). Por esto, si se mira profundamente, en la crítica kelseniana a Weber se da cuenta uno que lo que, verdaderamente, importa es la crítica a la jurisprudencia tradicional que Weber toma, acríticamente, pensando que sea la correcta teoría jurídica que han permitido el nacimiento de la sociología del derecho como "ciencia" del derecho. Una vez puestas las cosas en su lugar, que da sólo una ciencia del derecho –la jurisprudencia normativa–, fincada sobre una psicología individual, sobre una ciencia de las motivaciones jurídicas intraindividuales de los comportamientos de los hombres.

La sociología de Weber no tiene, por tanto, para Kelsen, ninguna real autonomía y sus conceptos son derivados de otros ámbitos disciplinarios, tanto que al fin lo que, lógicamente, cuenta es el "tipo ideal" que en el caso en cuestión es el Estado como "sistema ideal", como "esquema de interpretación" que nada tiene que ver –aun para Weber– con la facticidad, con la efectividad. Sí el Estado es un contenido de sentido, su "existencia" es su validez, una cosa radicalmente diferente de la efectividad: "Todo esto –escribe Kelsen– puede ser, fácilmente, demostrado a partir de las exposiciones del mismo Weber".

Kelsen busca ser como la referencia de Weber a la facticidad es inesencial respecto al núcleo del razonamiento según el cual, el contenido

---

"reconocimiento de la identidad" de Estado y Derecho (*Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit. pp. 200 ss.)

<sup>42</sup> Cfr. H. Kelsen, *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung* (1913), ahora en *W.r.S.*, cit., Bd. 2 pp. 1533 ss.

<sup>43</sup> Cfr. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, cit., pp. 315 ss.

<sup>44</sup> Kelsen, Hans. *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 19.

de sentido hacia el su actuar, es el ordenamiento jurídico válido, es decir, el Sollen, el deber, la validez. Las “máximas” de que habla Weber no son mas que las normas jurídicas, el ordenamiento jurídico, el ordenamiento del deber, normativo, del que se distingue la efectividad o eficacia de una norma, es decir, la posibilidad (“chance”) de eficacia, que sólo por un inadmisibles desplazamiento conceptual, Weber pudo llamar “Validez”. El error de Weber –aun el que ha sabido comprender la juridicidad de derecho– es, no sólo haber recibido de la jurisprudencia aquel error psicológico que lleva a considerar la validez en términos no puramente formales-abstractos (lógico-normativos sino “personificarlo” y “substanciarlo”. Sin embargo una vez depurado el concepto jurídico de su hipostatización, queda aun en Weber como “uno de los elementos fundamentales, como uno de los conceptos-base del sistema de la sociología comprensiva”, el “concepto absolutamente normativo del ordenamiento”.

La idea de una dualidad de modos de considerar al ordenamiento jurídico-estatal, entendido como sistema de pura validez (concepto jurídico) y como conjunto de acciones que efectivamente se desarrolla en la realidad empírica según un nexo de causalidad (concepto sociológico), está, para Kelsen, aparentemente unida sólo por razones retóricas, contra la cual dirige el siguiente argumento fino y definitivo: si desde el punto de vista de la sociología-comprensiva, todas las formaciones sociales deben aparecer como– conjunto de acciones y si quiere, esta reflexión sociológica, explicar, causalmente, los comportamientos humanos constitutivos, del Estado, entonces, es tarea de la sociología –especialmente de la sociología comprensiva webriana– explicar el criterio por el cual y según el cual, ese Estado es precisamente Estado, o bien, presentar “el principio sintético” –como escribe Kelsen siempre sobre Weber, en la *Allgemeine Staatslehre*– que distinga un ‘conjunto particular de la innumerable cantidad de acciones efectivas de los hombres, en la unidad del Estado y constituya (Konstituierert), con la cantidad de actos de los hombres singulares, una ‘formación’ social”<sup>45</sup>. Pero, precisamente, en esta tentativa lógicamente necesaria- de individualizar el criterio distintivo de la formación social “Estado”, la reflexión de la sociología comprensiva “se desliza... del campo del ser al del deber”. El criterio distintivo del cual se hable es, en efecto, un contenido de sentido de las representaciones o concepciones según las cuales los hombres orientan sus acciones. El contenido objetivo de estas representaciones que determinan el actuar efectivo de los hombres el ordenamiento objetivo, el orden ideal que funge como esquema de interpretación. Ahora bien, si este contenido no fuese otra cosa que la “chance” de que determinadas acciones se verifiquen conforme al orden jurídico –como pretende la sociología comprensiva– se llegaría al insostenible resultado de que, en virtud, de que un “chance” puede tener grados diversos de capacidad de realizarse, en el momento de que este “chance” se desvaneciera,

---

<sup>45</sup> Idem, p. 20.



el estado debería, desde el punto de vista de la sociología, cesar de existir, entrando, sin embargo, en contradicción con la teoría propiamente jurídica del derecho. La sociología comprensiva le parece, entonces a Kelsen, sólo una variante de aquella tentativa común de comprender al Estado como "efectividad de las representaciones de las normas jurídicas", con la diferencia (que explica, ciertamente, la atención kelseniana a Weber) que como Estado se entiende también el ordenamiento jurídico válido, normativamente. Por no entender el "principio sintético" la sociología "comprensiva" no tiene, en suma, el criterio connotativo del Estado como contenido del sentido, sino únicamente, una desviada jurisprudencia tradicional, groseramente positivista que no ha sabido entender el carácter puramente formal del derecho, es decir, su juridicidad, su normatividad, su ser idéntico al derecho.

"En lugar de la usual oposición entre derecho y Estado se sustituye por la distinción entre un Estado jurídico y un Estado sociológico". Así que la sociología comprensiva emplearía, "por su misma aceptación", el concepto de Estado en un sentido distinto del sentido "preciso y apropiado" que es propio de la jurisprudencia normativa. La crítica immanente de Kelsen a Weber tiende a demostrar que, en realidad, la sociología comprensiva no puede menos que hacer suyo el concepto —específicamente jurídico— del Estado que es propio de la teoría "pura" del derecho. "El concepto jurídico no sólo es empleado por la sociología comprensiva por su precisión y por su propiedad sino que también para ella es un concepto primario y fundamental, sin el cual no podría lograrse esa unidad particular del Estado".<sup>46</sup>

Weber y Kelsen, ha observado Bobbio, "concuerdan sobre un punto muy importante, esto es, sobre la distinción de los dos puntos de vista del sociólogo y del jurista... distinción que es negada o no reconocida por la mayoría de los exponentes de la jurisprudencia sociológica"<sup>47</sup>. Y más aun, respecto a sociólogos del derecho como Kantorowicz y Ehrlich, entrambos "se encuentran en la misma parte de la barricada"<sup>48</sup>. Pero lo que a Kelsen, verdaderamente, le importa no es exactamente, la distinción entre sociología jurídica (que como tal, —en este periodo— es substancialmente inexistente y lógicamente imposible) y jurisprudencia (normativa), entre dos modos de consideración del derecho, sino afirmar el primado y, sobre todo, la exhaustividad del método jurídico sobre toda otra pretensión de reflexión sobre el derecho o de conocimiento sobre el mismo. Aparentemente, aun con el amigo-enemigo Weber, Kelsen continua un diálogo sosegado, que pone de relieve los puntos de convergencia, pero en realidad, del, sutil razonamiento kelseniano parte el golpe de ariete que debe demoler —aquí también como en los escritos precedentes contra Kantorowicz y Ehrlich— toda hipótesis de sociología

<sup>46</sup> Bobbio, Norberto, *Max Weber e Hans Kelsen*, cit., p. 145.

<sup>47</sup> Idem, p. 138. También R. Treves, *Sociologia del diritto* cit., pp. 148, ha subrayado el hecho de que Weber se distingue de Kantorowicz y Ehrlich, encontrándose "en una posición que, en ciertos aspectos, es análoga a la de su mayor adversario: Hans Kelsen".

<sup>48</sup> Stockhammer, M., op. cit., p. 420.

jurídica. Si el carácter esencial del Estado –como justamente ha mostrado Weber– consiste en el monopolio estatal de la coerción, entonces esta "esencia" del Estado no puede ser comprendida de otro modo que el del jurista, del teórico normativo del derecho. El concepto de monopolio legítimo de la fuerza por parte del Estado puede tener sentido sólo a condición de que Estado y ordenamiento jurídico sean la misma cosa, que Estado y derecho coincidan, de modo que el estado no puede "tener dos sentidos": este es siempre y solamente Estado jurídico, ordenamiento jurídico, es decir objeto, único y exclusivo, de la ciencia normativa del derecho. Ha escrito Stockhammer: "La sociología comprensiva no es una modificación de un nihilismo de la ciencia jurídica del espíritu, no es una mera variante de la absurda tentativa de concebir la validez del Estado como eficacia de las representaciones de las normas jurídicas, como validez empírica (Seinsgeltung,). Ella es el digno predecesor y el compañero de la teoría pura del derecho"<sup>49</sup>. Lo que Kelsen pretende, en su crítica a Weber, es hacer aparecer la "sociología del Estado" como una teoría del derecho, obviamente, como una teoría pura del derecho. La sociología del Estado weberiana se revela en la crítica de Kelsen como doctrina del derecho. Y es un hecho, escribe éste, "que no puede ser modificado en nada por la continua referencia a la facticidad, por la específica orientación de problema de la validez como la probabilidad de un curso determinado de las acciones por el contenido de sentido "Estado" (o derecho). No es posible, especialmente, en el método de la sociología "comprensiva" perder el significado primario fundamental verdaderamente, del concepto normativo del derecho. La sociología "comprensiva", en efecto, vuelve, constantemente, al contenido del sentido del actuar, y este contenido de sentido aparece, dondequiera que la investigación considera al Estado, siempre, como la idea del derecho en cuanto norma coercitiva. Si la sociología comprensiva debe poder interpretar las acciones, debe sumergirse en éste sentido inmanente, debe hacer propio el específico punto de vista de la reflexión jurídica. En este sentido inmanente, específicamente jurídico, está encerrado todo lo que esta sociología puede decir sobre la esencia del Estado: Ella no dice nada más de cuanto demuestra la teoría normativa del derecho.

5. Como se ve, al término de la más benévola crítica kelseniana a la sociología jurídica, lo que queda es sólo reafirmar no solo el primado de la teoría normativa del derecho, sino en alguna medida, transformar la misma sociología del derecho, en lo que ella tiene de positivo, en una teoría jurídica normativa que identifique derecho y estado. Se comprende por tanto, como, específicamente, sobre el punto de las relaciones entre Kelsen y Weber, Stockhammer haya podido mostrar como el acuerdo entre los dos, más allá de la crítica kelseniana, sea más extenso de cuanto se haya sostenido sobre la base de una mera confrontación textual, en tanto, en su opinión, la teoría pura del derecho "distingue igualmente entre un derecho eficaz (meramente jurídico) y

---

<sup>49</sup> Íbidem.

un derecho eficaz (sociológico)”<sup>50</sup> puede ser modificado en nada por la continua referencia a la facticidad, por la específica orientación de problema de la validez como la probabilidad de un curso determinado de las acciones por el contenido de sentido "Estado" (o derecho). No es posible, especialmente, en el método de la sociología “comprehensiva” perder el significado primario fundamental verdaderamente, del concepto normativo del derecho. La sociología “comprehensiva”, en efecto, vuelve, constantemente, al contenido del sentido del actuar, y este contenido de sentido aparece, dondequiera que la investigación considera al Estado, siempre, como la idea del derecho en cuanto norma coercitiva. Si la sociología comprehensiva debe poder interpretar las acciones, debe sumergirse en éste sentido inmanente, debe hacer propio el específico punto de vista de la reflexión jurídica. En este sentido inmanente, específicamente jurídico, está encerrado todo lo que esta sociología puede decir sobre la esencia del Estado: Ella no dice nada más de cuanto demuestra la teoría normativa del derecho.

Por sí misma, la crítica de Kelsen a Weber y, en general a la sociología jurídica, en la fase "clásica" de la *reine Rechtslehre* hasta 1935, puede servir como hilo conductor de una hermenéutica de las ideas y de la proyección impredecible de la teoría de Kelsen, que ya habíamos tratado de enunciar en otros escritos, mediante un análisis, voluntariamente circunscrito a aquél periodo del jurista centroeuropeo, buscando, además hacer alguna aportación y proseguir un planteamiento de investigación inaugurada, con sus trabajos sobre los fundamentos filosóficos de la teoría pura del derecho y sobre el neokantismo, hace más de cincuenta años, por Renato Treves.

Título original: WEBER E LA SOCIOLOGIA DEL DIRITO NELLA CRITICA DI KELSEN, di Agostino Carrino, publicado en *Sociología del Diritto*, 1987/13, Milano, Italia, pp. 17-32.

Traducido por: Arturo Berumen Campos.

---

<sup>50</sup> Ibidem.

## A INVISIBILIDADE DA CRÍTICA KELSENIANA SOBRE OS LIMITES DA DOGMÁTICA JURÍDICA: UM SENSO COMUM TEÓRICO AINDA NÃO DESVELADO?<sup>1\*\*2</sup>

*\*<sup>3</sup>VLADIMIR DE CARVALHO LUZ*

**Resúmen:** La percepción del campo de incidencia específico de la teoría kelseniana de la moldura, para la cual el derecho solo conforma un cuadro de posibilidades de un sinnúmero de sentidos de las normas jurídicas, es fundamental para evidenciar los “sitios-comunes”, los clichés de un análisis rápida que, al evaluar genéricamente la Teoría Pura del Derecho, aún tiende a desconsiderar la radical distinción entre el plan hermenéutico-epistemológico y el plan de la hermenéutica volvida a la aplicación del derecho (campo propio de la jurisprudencia tradicional). Delante del aparente contraste de esos dos planes discursivos, es posible pensar en un Kelsen que no se limita a ser un arquitecto lógico-formal de los primeros capítulos de la Teoría Pura del Derecho, pero que se muestra – lo que sería paradójico al sentido común – como un crítico mordaz de la verdad jurídica de la jurisprudencia tradicional.

**Resumo:** A percepção do campo de incidência próprio da teoria kelseniana da moldura, para a qual o direito apenas conforma um quadro de possibilidades dos inúmeros sentidos das normas jurídicas, é fundamental para evidenciar os “lugares-comuns”, os “clichês” de uma análise apressada que, ao avaliar genericamente a Teoria Pura do Direito, ainda tende a desconsiderar a radical diferença entre o plano hermenéutico-epistemológico e o plano da hermenéutica voltada para a aplicação do direito (campo próprio da jurisprudência tradicional). Diante do aparente contraste desses dois planos discursivos, é possível pensar em um Kelsen que não se limita a ser um arquiteto lógico-formal dos primeiros capítulos da Teoria Pura do Direito, mas que se mostra – o que seria paradójico ao senso comum – como um crítico mordaz da verdade jurídica da jurisprudência tradicional.

**Abstract:** The perception of the kelsenian theory of molding’s scope of influence, within which Law only conforms a range of possibilities that give way to almost infinite normative meanings of legal rules, is fundamental to bring into light the “common-places”, the clichés that are to be found in the superficial accounts of the kelsenian theory which, as they evaluate the Pure Theory of Law, still tend to undermine the radical distinction between the hermeneutical-epistemological plan and the plan of the hermeneutical turn to the application of Law (the traditional jurisprudence’s proper field). Parting from the contrast of these two different discursive plans, it is possible to think of a Kelsen, which is, not only the logical-formal architect from an interpretation of the first chapters of the Pure Theory of Law, but rather presents himself as a more mordacious critic of the legal truth, as it is presented in traditional jurisprudence’s accounts, this reconsideration of Kelsen’s thought, at a first glance, seems to be paradoxical to common sense.

<sup>1</sup> Recibido el 27 de Mayo de 2008. Aceptado el 19 de Agosto de 2008.

<sup>2</sup> \*\* O presente trabalho foi apresentado, sob a forma de resumo, no XIV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, em 2005.

<sup>3</sup> \*Professor de História do Pensamento e das Instituições Jurídicas no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).

Sumário: Introdução; 1. Acertamento semântico inicial; 2. Teoria Pura do Direito: o plano da hermenêutica epistemológica; 3. Teoria da moldura: o plano da crítica da hermenêutica tradicional; Conclusão.

### **Introdução**

Todos os "ismos" tendem a criar suas próprias distorções, seus monstros e suas ilusões. O Positivismo gerou todos esses filhos, e muitos deles encontraram terreno próprio de nascimento e sobrevivência nas encruzilhadas e fissuras do pensamento jurídico ocidental. A rigidez formal das regras, em detrimento da legitimidade material, a defesa insana, ideológica ou ingênua, da neutralidade axiológica do aplicador do direito, o relativismo ético extremo, dentre outras, são algumas dessas "distorções" que foram criadas e alimentadas, há séculos, por discursos competentemente sedimentados nos planos da teoria e da prática jurídica.

Mas, como sói ocorrer no mundo da linguagem, muito desses discursos também geraram "monstros imaginários", os quais encontraram espaço de reprodução numa forma maniqueísta de pensamento, para o qual os "monstros" sempre seriam "monstros", e algumas ilusões seriam guindadas ao patamar de verdades perenes. Nos arquivos da história do pensamento jurídico, mesmo considerando-se a nova direção das atenções voltadas aos autores pós-positivistas contemporâneos, um desses "monstros" históricos tem personificação própria na figura de Hans Kelsen.

Praticamente tudo já se disse sobre o pensamento de Hans Kelsen, principalmente no campo da epistemologia jurídica, mas nenhum outro aspecto foi, e ainda é, alvo de inúmeras visões distorcidas, ao menos no discurso corrente, quanto a sua teoria hermenêutica. Sobre tal teoria, denominada genericamente como "teoria da moldura", criaram-se inúmeros discursos, muitos deles voltados para uma percepção acrítica do singular e paradoxal último capítulo da Teoria Pura do Direito.

Um dos elementos mais presentes no mencionado discurso comum sobre o pensamento de Hans Kelsen refere-se à total desconsideração dos dois planos fundamentais da atividade hermenêutica vinculada ao pensamento jurídico: o plano epistemológico e o plano da dogmática jurídica tradicional, essa última denominada por Kelsen como "jurisprudência tradicional". Tal indiferenciação, alojada e difundida numa verdadeira "vulgata kelseniana", tende ou pode insinuar alguns lugares-comuns, tais como a afirmação de que a proposta interpretativa de Kelsen, já há muito sepultada, para alguns, nas cinzas da teoria analítica do período entre-guerras do século XX, seria guiada unicamente por um formalismo silogístico e dedutivo. Em suma, há uma visão muito difundida de que, para Kelsen, o aplicador ordinário do direito estaria preso, no que se refere também à aplicação ordinária do direito, a um rígido

esquematismo lógico-formal. Tendo em foco o aludido "senso comum teórico"<sup>4</sup>, a partir de uma análise da teoria da moldura do jurista vienense, o presente artigo pretende problematizar os pontos equívocos dessa forma de compreender a hermenêutica kelseniana inserta no último capítulo da Teoria Pura do Direito, teoria essa que pode ser percebida, para além dos mencionados reducionismos, como uma aguda crítica aos métodos tradicionais da dogmática jurídica.

Como hipótese central do presente artigo, proposição que não é desconhecida, tampouco original, destaca-se que o capítulo da Teoria Pura do Direito, intitulado "Da interpretação"<sup>5</sup> materializa uma radical desconstrução da esfera específica da atividade hermenêutica dos juristas práticos, concebida por Kelsen como típica da "jurisprudência tradicional", na qual, em congruência com todas as premissas da hermenêutica epistemológica exposta nos capítulos anteriores, não será possível ao aplicador do direito não só um método seguro, mas também o encontro de uma única resposta correta para solucionar um caso jurídico concreto.

Para tentar trabalhar a hipótese anunciada, três momentos irão marcar a discussão proposta. Primeiramente, será feito um acerto semântico inicial, no sentido de esclarecer alguns termos operativos fundamentais, principalmente o conceito operacional de "dogmática jurídica". Num segundo momento, será situado o plano fundamental da interpretação científica, ou epistemológica, base da Teoria Pura do Direito, sobrelevando seus aspectos constitutivos e seus objetivos específicos. Na terceira parte, como contraponto ao plano geral da interpretação científica da Teoria Pura do Direito, serão destacados os elementos centrais da teoria hermenêutica da moldura, a partir de uma breve análise do derradeiro capítulo da mencionada obra, destacando-a como evidente crítica da esfera hermenêutica do aplicador ordinário do direito. Por fim, à guisa de conclusão, serão colocados alguns argumentos para ratificar a hipótese de ser possível pensar num Kelsen diferente<sup>6</sup> daquele veiculado pelo "senso comum teórico", como um formalista e defensor de verdades lógicas inatingíveis, ao menos no campo da interpretação e da aplicação concreta do direito.

### 1. Acerto semântico inicial.

---

<sup>4</sup> Segundo Warat: "Chamar-se-á 'senso comum teórico' a essa montagem de noções – representações – imagens – saberes, presente nas diversas práticas jurídicas, lembrando que tal conjunto funciona como arsenal de ideologias práticas." In: Warat, Luis Alberto, O senso comum teórico dos juristas. In: Sousa Júnior, José Geraldo de. (Org.) – *Introdução crítica do direito: série o direito achado na rua*, 4. ed., Brasília: Editora da UnB, 1993, p. 101

<sup>5</sup> Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp.387-395.

<sup>6</sup> Uma importante releitura de Kelsen, dentro de pressupostos críticos e desmistificadores, foi feita por Óscar Correias, numa compilação de textos feita no final da década de 1980. Ver: Correias, Oscar Org.) *El otro Kelsen*, México: UNAM, 1989.

Algumas questões semânticas devem ser esclarecidas de início, antes da análise específica da teoria hermenêutica da moldura. Várias das dificuldades relativas ao enfrentamento do tema proposto estão situadas num plano semântico preliminar, cuja pergunta central é: o que é dogmática jurídica? Sabe-se que a resposta a tal questionamento não é simples, imediata, principalmente em razão do uso polissêmico da expressão, historicamente variável, questão que suscita profundas controvérsias e posições conflitantes. Sem querer resolver o mencionado problema teórico, é preciso demarcar que o ponto de vista adotado neste artigo tem como premissa a idéia de que o tipo de saber denominado historicamente como dogmática jurídica não pode ser identificado ou qualificado como "ciência do direito", ao menos à luz das linhas gerais do próprio paradigma científico adotado por Kelsen. Tal posição não é unânime, sendo possível pensar, por exemplo, a possibilidade de uma "dogmática geral", cuja expressão máxima seria uma Teoria Geral do Direito. Nesse sentido:

La teoría general del derecho es la culminación de la sistematización de la dogmática, y llega a su punto álgido con la elaboración de la teoría pura de Kelsen, que elimina de su seno toda noción meta-jurídica, y no sólo la valoración jurídica (la axiología), sino también la faticidad (las hechos), quedando tan sólo con la norma. La realidad jurídica deviene norma, categoría del conocimiento, desvinculada de la dinámica existencial y de su intento de valoración y justificación. La realidad jurídica no es significativa, sino tan sólo la norma, que es constituyente de aquella.<sup>7</sup>

O destacado ponto de vista waratiano, para o qual a Teoria Pura do Direito (doravante apenas TPD) seria o ápice de rigidez e complexidade da dogmática jurídica, uma espécie de metadogmática, advém da constatação, válida e defensável, de que Kelsen tinha como horizonte teórico as premissas gerais do positivismo jurídico de cunho dogmático, com especial relevo a tentativa de se eliminar os juízos de valor da atividade do jurista, a criação de um método próprio para o saber jurídico e, por fim, a construção de uma "ciência formal" do direito.<sup>8</sup> Tendo por fundamento tais premissas, poder-se-ia inferir que a TPD corresponderia, de fato, a uma dogmática geral do direito, com maior generalidade e rigidez lingüística, em contraste com as dogmáticas específicas, saberes historicamente vinculados aos ramos tradicionais do direito, tais como o direito civil, o penal, o administrativo, etc.

Ao lado dessa concepção waratiana, de identificação da TPD como uma metadogmática, inúmeras outras leituras sobre a essência epistemológica do paradigma dogmático podem ser destacadas, dentre as quais a posição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, apoiado no clássico estudo de Theodor Viehweg, que distingue o saber jurídico em dois enfoques: a postura zetética ou a

<sup>7</sup> Warat, Luís Alberto, *Epistemologia e ensino do direito*, Florianópolis: Boiteux, 2004. Volume II, p. 156

<sup>8</sup> Warat, Luís Alberto, *Epistemología*, ob.cit., p. 153.

abordagem dogmática.<sup>9</sup> Há, também, utilizando-se a teoria dos paradigmas científicos de Thomas Kuhn, a possibilidade de se compreender a dogmática jurídica como uma "ciência" específica do mundo jurídico.<sup>10</sup>

Diante de tantas possibilidades de compreensão e classificação das características da dogmática jurídica, há de se relevar o fato, ponto-chave deste artigo, de que a referida obra kelseniana não se coloca, ao menos de forma assumida, como um saber voltado para diretiva imediata da ação dos juristas práticos, o que a separa radicalmente das dogmáticas específicas, essas últimas configuradas, em essencial, como doutrinas voltadas para a aplicação concreta do direito. Nesse sentido, para ratificação do ponto de vista adotado como premissa deste artigo, é perceptível o claro distanciamento entre o projeto da TPD e o das doutrinas jurídicas dogmáticas tradicionais, a partir da percepção das quatro características funcionais dessas formas de pensamento, quais sejam: "A atividade dogmática reaparece assim funcionalmente como atividade 'prescritiva enfática' (Santiago Nino), 'criptonormativa' (Ferraz Júnior), 'criativo-normativa' (Mir Puir), ou 'preparadora' de decisões. (Luhmann)".<sup>11</sup>

Dessa forma, é possível perceber claramente que a TPD se afasta, sem a menor dúvida, no plano do seu discurso explícito, das quatro características acima citadas:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretações de particulares de normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é o Direito? Mas já não lhe importa saber como deve ser o Direito, ou como ele deve ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.<sup>12</sup>

Eis, então, a distância epistemológica da proposta teórica kelseniana em relação ao saber tipicamente dogmático: as doutrinas, expressões concretas da dogmática jurídica, em que pesem as inúmeras classificações, colocam-se sempre como saberes eminentemente prescritivos, e não puramente descritivos, direta ou indiretamente. Cabe destacar, por fim, reforçando o ponto de partida adotado, que a distinção entre o padrão funcional da dogmática jurídica e os

<sup>9</sup> Ferraz Jr, *Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 39.

<sup>10</sup> Andrade, Vera Regina Pereira de, *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 108.

<sup>11</sup> Andrade, Vera, ob. cit., p. 58.

<sup>12</sup> Kelsen, Hans, *Teoria*, ob. cit., p. 1.



parâmetros epistemológicos da TPD repousa no que constitui a preocupação de tais doutrinas dogmáticas:

[...] preocupadas com a decidibilidade dos conflitos, não cuidam de ser logicamente rigorosas no uso dos seus conceitos e definições, pois para elas o importante não é a relação com os fenômenos da realidade (descrever os fenômenos) mas sim fazer um corte na realidade, isolando os problemas que são relevantes para a tomada de decisão e desviando a atenção dos demais.<sup>13</sup>

Com efeito, com base em tais posições, é preciso demarcar que, ao longo de todo este artigo, trabalha-se com uma diferença fundamental entre esses campos de saber jurídico, ou seja, entre a atividade epistemológica proposta na TPD, que corresponde à interpretação descritiva do cientista do direito tipicamente kelseniano, e o plano da interpretação autêntica, essa última voltada para a decidibilidade concreta dos conflitos, missão essencial para a própria legitimação da dogmática jurídica. Dessa forma, a expressão “hermenêutica epistemológica” designa, ao longo do texto, a interpretação levada a cabo pelo cientista do direito kelseniano, preocupado com juízos descritivos da realidade. Esses são, em resumo, os pressupostos com os quais a análise da teoria hermenêutica kelseniana será abordada. Assim, será possível trabalhar a hipótese de que Kelsen não estava preocupado com as doutrinas dogmáticas do direito, mas, ao contrário, colocava-se como mordaz crítico dos seus métodos e pressupostos.

## 2. Teoria Pura do Direito: o plano da hermenêutica epistemológica

A Teoria Pura do Direito corresponde, para a época em que foi produzida, a um ambicioso projeto de configuração do estatuto específico de uma ciência jurídica, até então concebida nos círculos acadêmicos ora como “jurisprudência tradicional”, ou dogmática jurídica, ora como sociologia do direito. Sem a compreensão das dimensões históricas das tradições culturais e filosóficas que compõem a base da TPD, será precária a percepção do fundamento hermenêutico essencial do estatuto particular de ciência proposto por Kelsen.

Percebida como obra extremamente complexa, que ocupou lugar decisivo em vários embates da filosofia do direito do século passado, a TPD, apesar de sua longa divulgação após a segunda metade do século passado, teve os seus fundamentos remotos fixados desde o início do século XX, a partir do escrito kelseniano denominado Problemas capitais da teoria do direito estatal, opúsculo publicado em 1911<sup>14</sup>. Desde sua primeira tiragem, em 1933, até sua

---

<sup>13</sup> Ferraz Jr, Tércio, ob. cit., p. 87.

<sup>14</sup> Bastos, Aurélio Wander Chaves, *Hans Kelsen: resumo biográfico 1881-1973*, tradução e Adaptação. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Pesquisas Jurídicas, 2003, p. 20.

forma final, em 1960<sup>15</sup>, a TPD foi construída a partir de duas visões de mundo, duas grandes filosofias do conhecimento: o neokantismo da escola de Maburgo e o neopositivismo dos empiristas lógicos do eixo Berlim - Viena. A intersecção das preocupações nucleares das mencionadas tradições de pensamento levarão Kelsen à montagem de uma ciência jurídica com pressupostos formais específicos, blindada, do ponto de vista de sua coerência lógica, em relação aos perigos do mundo da política e dos valores morais, seguindo a bula do positivismo filosófico da época.

A primeira questão relevante está em se perceber que a idéia da ciência do direito kelseniana, e, como efeito, a sua hermenêutica gnosiológica, repousará num primeiro pressuposto, num ponto de partida filosófico essencial: a radical separação entre a esfera do mundo do ser (*sein*) e do dever ser (*sollen*). Será justamente nessa percepção gnosiológica tipicamente kantiana, que distingue, no plano da realidade, a ordem fenomenal do mundo dos fatos do mundo da imutabilidade, que Kelsen poderá apoiar o seu pesado projeto de uma ciência do direito autônoma, um saber que passaria a ocupar um lugar próprio, uma região ôntica exclusiva, distinta do campo das ciências naturais e das demais ciências da cultura, ou seja, um conhecimento jurídico purificado em suas bases estruturais mais remotas. A visão de Kelsen desse primeiro plano gnosiológico constitui um dos temas transversais de várias de suas obras, podendo ser concebida como um marco teórico essencial com o qual seu pensamento, desde muito cedo, foi amadurecendo.

Não é por acaso que tal intuição filosófica teria movido o então jovem e desconhecido Kelsen contra o já conhecido e respeitado Ehrlich, Numa contenda histórica sobre a impropriedade epistemológica de uma “sociologia jurídica”. Era impossível, para Kelsen, já nos seus primeiros trabalhos, imaginar que uma ciência específica do direito pudesse incidir justamente no mundo do “ser” do direito, que é fundamentalmente político, histórico e sociológico. Tal pressuposto é fundamental, pois se trata de um primeiro ponto de partida, uma premissa necessária para o correto entendimento da estrutura e dos limites da noção de ciência kelseniana e, fundamentalmente, seu espaço específico, que não se confundirá com o espaço da aplicação concreta do direito pela comunidade jurídica, esse último imerso no plano político e axiológico do “ser” do direito. Aqui, partindo da esfera distinta entre “ser” e “dever ser”, entra em cena um outro pressuposto da lógica kelseniana: especificamente a impossibilidade de um discurso científico cair na armadilha da falácia naturalista.

Ora, uma norma jurídica, observada pelo plano do “deve ser”, vista sob o prisma de sua estrutura lógica, em sua constituição formal, não poderia ser deduzida, no sentido apodítico, de um fato, esse último fenômeno inserto na esfera do “ser”. Para Kelsen, a não-percepção de tal “lei” irrevogável da lógi-

---

<sup>15</sup> Prade, Péricles, *Duguit, Rousseau, Kelsen e outros ensaios*. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 1997, p.p. 46-48.

ca seria justamente a causa da babel epistemológica de sua época<sup>16</sup>, pois o sociológico e os membros da jurisprudência tradicional desconsideravam tal pressuposto, na medida em que formulavam conclusões normativas a partir de elementos do mundo jurídico fático. Assim, essa limitação lógica, derivada da falácia naturalista, é o pressuposto sem o qual a visão da ciência kelseniana será vista de forma míope, o que, diga-se preliminarmente, não a imuniza diante de algumas críticas que serão abordadas alhures.

A segunda tradição que se mostra como fundamental para o projeto kelseniano corresponde ao neopositivismo lógico. Seria apropriado dizer, enfaticamente – o que nem sempre é ressaltado em trabalhos sobre Kelsen –, que o positivismo que sustenta o discurso Kelseniano parte fundamentalmente da noção de verificabilidade do Círculo de Viena, e não só do repúdio comum aos discursos metafísicos.<sup>17</sup> Um dos aspectos menos ressaltados da TPD, ao menos no discurso comum, está na identificação precisa da intersecção do projeto kelseniano com algumas premissas do ideário científico tipicamente neopositivista, para o qual ciência seria apenas uma espécie de discurso rigoroso, não metafísico, capaz de encadear proposições logicamente falsas ou verdadeiras.

Para os empiristas lógicos, elite intelectual nos meios acadêmicos do eixo Berlim - Viena, um saber incapaz de escalonar suas conclusões em proposições falsas ou verdadeiras não poderia estar no patamar de uma verdadeira ciência, mas no âmbito da pura metafísica. É certo que, ainda que se vislumbre a não-subordinação de Kelsen a alguns pontos do "fisicalismo"<sup>18</sup>, ou seja, a idéia de Rudolf Carnap de unificar a linguagem científica a partir dos padrões lógico-formais da física, por outro lado, não se pode deixar de perceber que a ciência do direito kelseniana só será possível se tiver por base a teoria da proposição jurídica decorrente do Círculo de Viena.

Aproveitando-se da visão dos empiristas lógicos, de elaboração de "proposições verdadeiras", *mutatis mutandis*, a humilde tarefa do cientista do direito kelseniano estava apenas circunscrita ao ato gnosiológico puramente descritivo, a partir da análise do direito positivo, elaborando um grupo de proposições jurídicas descritivas. A razão de tal tarefa, aparentemente modesta e sem sentido para o aplicador ordinário do direito, é simples. Para que existisse a possibilidade epistemológica de uma ciência jurídica capaz de produzir enunciados de verdade ou falsidade, o ato do cientista do direito só poderia ser descritivo, ou seja, uma ação produtora de proposições jurídicas, pois apenas as proposições podem ser logicamente verdadeiras ou falsas. O cientista do direito, com efeito, para Kelsen, simplesmente conhece e descreve o sistema de nor-

<sup>16</sup> Machado Neto, A. L., *Compêndio de Introdução à ciência do direito*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1977, p. 42.

<sup>17</sup> Noutra oportunidade, foi aprofundado o tema do verificacionismo especificamente na Teoria Pura do Direito. Nesse sentido, ver: Luz, Vladimir de Carvalho, "Neopositivismo e Teoria Pura do Direito: notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen", *Revista Seqüência*, 2003.

<sup>18</sup> Karam, Munir, *Estudos de Filosofia do Direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*, São Paulo: RT, 1985.

mas, não meramente reproduzindo a sua função de “dever ser”, mas retratando a sua estrutura mediante proposições, asserções que podem ser, quando avaliadas pelo princípio lógico da não-contradição, verdadeiras ou falsas.

Somente com a idéia de que o cientista do direito apenas pode descrever uma ordem jurídica positiva, mediante proposições, é que Kelsen consegue adequar o seu projeto ao padrão epistemológico de verificabilidade lógica, tal qual defendiam os contemporâneos de Kelsen, sobretudo Carnap e Schlick. Apenas como ilustração, são significativas as observações feitas por Kelsen, em notas explicativas inseridas em sua obra postumamente publicada:

Carnap não deixa, portanto, nenhuma dúvida sobre o fato de que, segundo sua opinião, normas (imperativos) não são enunciados, que nem são verdadeiras nem falsas, que não são verificáveis. Segundo a opinião de Carnap, a ‘Ética normativa’ pertence à Metafísica. E de proposições metafísicas, ele afirma que são elas sem sentido. Deste modo então (os metafísicos) são compelidos a cortar todo nexo entre suas proposições e experiência; e precisamente por este procedimento elas as privam de qualquer sentido.<sup>19</sup>

Vê-se, portanto, com base no Círculo de Viena, a impossibilidade lógica de ser efetivamente verificada a falsidade ou a veracidade de uma norma jurídica; é possível, apenas, destacar a sua validade ou invalidade. Aqui repousa a percepção acerca da radical diferença do plano da hermenêutica epistemológica da TPD em face da hermenêutica utilizada pelos métodos da jurisprudência tradicional.

O primeiro plano interpretativo, que corresponde ao cerne da TPD, trata especificamente de delinear uma hermenêutica científica a respeito da descrição e da elaboração de juízos de verdade ou falsidade, cujo objeto, repita-se: será sempre um sistema de normas positivas. Mas há, em contraste, um segundo plano hermenêutico, apenas como recurso didático, que é atacado por Kelsen no último capítulo da TPD, qual seja, a esfera da exegese e da aplicação ordinária do direito, feita, não pelo cientista do direito, mas por membros dos órgãos jurídicos ou da comunidade jurídica, o que será evidenciado no próximo tópico.

Como resumo deste primeiro momento, parece evidente que a hermenêutica epistemológica da TPD apela, de fato, para fundamentos da lógica do discurso, numa ótica formal, com nítido apoio no padrão de ciência propalado, à época, pelo Círculo de Viena. O problema está, com se verá no próximo momento, em se generalizarem os fundamentos da epistemologia kelseniana para o plano de aplicação do direito, sobretudo no plano operativo da dogmática tradicional, essa última, para espanto do senso comum, duramente criticada no último capítulo da TPD.

---

<sup>19</sup> Kelsen, Hans, *Teoria Geral das Normas*, tradução de Roberto Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 243.

### 3. Teoria da moldura: o plano da crítica da hermenêutica tradicional

Para iniciar a percepção do campo hermenêutico que é objeto de crítica do último capítulo da TPD, urge destacar a seguinte fala exemplar:

Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’ – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.<sup>20</sup>

Seria possível imaginar que o defensor de uma rigidez formal sem precedentes, de um insistente, e até intransigente, adepto de uma fria noção de verdade tributária da verificação lógica e da separação entre “ser” e “dever ser”, tenha proferido as seguintes idéias? Como, então, compreendê-las sem cair nos lugares comuns da avaliação superficial?

Ainda que a comunidade do mundo jurídico tenha feito “ouvidos moucos”<sup>21</sup> para a contundente afirmação kelseniana sobre a total impropriedade dos tradicionais métodos de exegese utilizados pela jurisprudência tradicional, não há como escapar da clareza dos seus postulados. O ponto central da referida crítica é logo elucidado por Kelsen: a questão passa pelo entendimento prévio da atividade denominada “interpretação”:

[...] existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por órgão jurídico, mas por pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica. Aqui começaremos por tomar em consideração apenas a interpretação realizada pelo órgão aplicador do Direito.<sup>22</sup>

Eis a questão central: especificamente no último capítulo, diferentemente do corpo geral da TPD, Kelsen tratará de observar e criticar o plano hermenêutico, que não será o da ciência do direito, mas o da atividade interpretativa propugnada na esfera dos membros da comunidade jurídica ou dos órgãos jurídicos. De tal distinção surgem os conceitos de interpretação autêntica, realizada pelos aplicadores do direito, e de interpretação epistemológica da ciência do direito. Para Kelsen, a interpretação é autêntica porque se refere a um ato gnosiológico que cria o direito, gera normas que se integram ao conjunto de normas já existente no ordenamento jurídico. Justamente por isso, já adiantando a tese a ser reforçada ao final, seria, no

---

<sup>20</sup> Kelsen, Hans, *Teoria...*, ob. cit., p. 391.

<sup>21</sup> Arruda Júnior, Edmundo Lima de; Gonçalves, Marcus Fabiano, *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*, Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002, p. 240.

<sup>22</sup> Kelsen, Hans, *Teoria...*, ob. cit., p. 388.

mínimo, impróprio avaliar a teoria kelseniana de ciência sob o prisma e os pressupostos da dogmática jurídica tradicional, planos que, para o próprio Kelsen, repelem-se radicalmente, ao menos na esfera hermenêutica.

É, portanto, no campo da interpretação autêntica que surge a crítica mordaz aos métodos tradicionais, aqueles mesmos incorporados, desde Savigny, como caminhos infalíveis de interpretação jurídica correta, entendidos como métodos racionais, os quais, até hoje, constituem elementos presentes no discurso corrente dos operadores do direito. Para Kelsen, coerente com seu programa epistemológico já comentado, há uma impropriedade profunda em tais métodos, na medida em que se autoproclamavam “científicos”.

A idéia de ciência sempre esteve ligada à idéia de método. Em que pesem as diversas idéias de ciência, o método é justamente o caminho próprio que qualifica o saber científico para os padrões positivistas, no sentido de demonstrar uma racionalidade própria, em contraste com um saber dogmático ou metafísico. Dentro de uma visão mais restrita, típica das ciências naturais, o método deverá indicar, se realizado corretamente, a partir do controle das mesmas variáveis, idênticos resultados.<sup>23</sup> É com base nesse caráter laboratorial do método, herdeiro da lógica das ciências naturais, de caminho racional controlado, que se insurge Kelsen, ao avaliar a hermenêutica autêntica da jurisprudência tradicional. Apesar de Kelsen fixar o princípio da imputabilidade como próprio da ciência jurídica, diferenciando-a das demais ciências que se valem do princípio da causalidade, é certo que, observados pelo prisma logicista do neopositivismo, os métodos tradicionais – como o histórico, o sistemático, o gramatical e o teleológico – não passariam de simples proposições sem sentido. Em suma: mesmo que os juristas utilizem os métodos tradicionais, que aparentemente se colocam como instrumentos científicos e racionais, não há como se conseguir uma solução única, ou seja, uma verdadeira resposta para um caso concreto.

Por sua evidente impossibilidade lógica de elaborar juízos verdadeiros ou falsos, os métodos tradicionais de exegese jurídica seriam, para Kelsen, incapazes de indicar, com segurança, um único sentido que ligue uma norma a um determinado caso, sobretudo diante da abertura lingüística do enunciado normativo, que apresenta inúmeras possibilidades de sentido ao intelecto do aplicador do direito. Aí, em essência, está o aspecto mais desprezado pelo senso comum kelseniano: a escancarada crítica do caráter ideológico dos métodos tradicionais que, no fundo, tentam acobertar, com a questão do método, puros atos discricionários de poder.

O problema para os membros da comunidade jurídica, segundo Kelsen, está justamente na mencionada relativa indeterminação do sentido das normas jurídicas, ou seja, na pluralidade de significações possíveis que o próprio ordenamento jurídico positivo coloca à disposição dos intérpretes. Sobre tal indeterminação, Kelsen é categórico:

---

<sup>23</sup> Aqui também desponta a questão da “impessoalidade”. Nesse sentido, se aplicado corretamente, o resultado decorrente da aplicação de um método científico independeria de quem o aplicasse.

A idéia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicada, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação.<sup>24</sup>

Aparentemente, o pouco debatido capítulo “Da interpretação” pode causar estranheza, sobretudo para quem imaginava que os pressupostos da interpretação epistemológica kelseniana dos primeiros capítulos se confundiriam com o espaço da hermenêutica, que é alvo de duras críticas. Parece ser esse o ponto-chave: Kelsen indicou claramente a impropriedade científica dos métodos tradicionais, os quais sempre avocaram, de forma ideológica, ideais de neutralidade, coerência e objetividade. Assim sendo, a hermenêutica efetivada pelos membros da comunidade jurídica, para Kelsen, não faz “ciência do direito”, obviamente dentro do padrão analítico da TPD; eles simplesmente criam o direito, aplicando-o no caso concreto, a partir das mais diversas motivações axiológicas ou políticas.

A aura de cientificidade dos métodos próprios da dogmática jurídica tradicional é o alvo específico das asserções kelsenianas. Não há verdade, ao menos, não há uma “verdade científica”, para tal esfera de atuação do operador jurídico; tampouco existem caminhos científicos capazes de indicar, com segurança, qual seria a única resposta jurídica diante de um caso concreto. Aqui vale mais um destaque: Kelsen teria sido um dos principais autores, senão o pioneiro, a elucidar que os membros da comunidade jurídica não são passivos, mas, ao contrário, criam autenticamente o direito no caso concreto, em franco contraste com ideário do positivismo exegético do século XIX, para o qual o juiz, numa defesa ideológica da separação entre os poderes, apenas era “a boca da lei”. Destarte, esses aspectos críticos do pensamento kelseniano somam-se aos outros anteriormente trabalhados, indicando fortemente que vários clichês sobre a posição hermenêutica kelseniana não podem ser observados de maneira simplista, sob pena de se desconsiderar a rica e contundente crítica feita no último capítulo da TPD.

Dentro das observações realizadas, é importante ressaltar que a denominada “teoria da hermenêutica da moldura” está, em linhas gerais, congruente com a proposta epistemológica geral da TPD, na medida em que ressalta a essencial diferença entre a ação hermenêutica do cientista do direito e a interpretação autêntica da autoridade jurídica. Como visão teórica, tal perspectiva não aponta soluções para os métodos tradicionais da dogmática, mas, em síntese, coloca-se como crítica efetiva e radical dos seus parâmetros analíticos, à luz da essencial abertura lingüística que é típica de um sistema de normas de direito positivo. Diante de tal catecismo, na qualidade de uma teoria hermenêutica, qual seria o objetivo da tese exposta no último capítulo da TPD?

---

<sup>24</sup> Kelsen, Hans, *Teoria*., ob. cit., pp. 392-393.

A resposta é simples: elucidar que o direito positivo apresentará sempre um quadro de possibilidades. Ou seja, mais que um roteiro da hermenêutica dos casos concretos, a teoria da moldura, além de se mostrar como crítica da jurisprudência tradicional, coloca-se como delimitadora do espaço da interpretação possível diante de um sistema complexo de normas jurídicas. Tal espaço é a moldura, a qual baliza as linhas fronteiriças que demarcam os níveis de validade entre as normas positivas do ordenamento.

Outrossim, o que a teoria hermenêutica da moldura aponta, ainda que de forma sucinta, é a imagem de que as molduras são âmbitos de validade das normas jurídicas, espaços nos quais o aplicador do direito escolhe, por motivos políticos, e não jurídicos (jurídico no sentido formal), o sentido a ser utilizado para resolver um caso.

Se, por um lado, a crítica vazia à teoria kelseniana, sobretudo em relação à sua idéia de interpretação como puro logicismo, deve ser relativizada, por outro lado, há de se indicarem as fissuras do projeto da TPD, notadamente a idéia de ciência que se encontra restrita a um padrão dissonante das reflexões contemporâneas, mormente em relação à possibilidade de uma fundamentação racional dos valores, bem como a ampliação do conceito de norma jurídica empreendida por autores pós-positivistas.

Nesse aspecto, vale a observação de Willis Santiago Guerra Filho:

O modelo de ciência jurídica proposto por Kelsen encontra-se atualmente superado não só pelo envolver natural dos paradigmas científicos, hoje distanciados do positivismo de outrora, i. e., por um fator intelectual, mas também por motivos históricos-sociais, já que a 'teoria pura', em suas linhas gerais, foi desenvolvida tendo como parâmetro o Direito nas sociedades européias pré-Segunda Guerra Mundial – antes, portanto, de encerrado o ciclo histórico da modernidade e principiado o que já se vem convencionalmente chamar 'pós-modernidade'. Nesse descompasso histórico, pode-se talvez identificar elementos para a explicação da permanência do prestígio da doutrina kelseniana em países como o nosso, em grande parte em vias de completar sua 'modernização'.<sup>25</sup>

Sem desconsiderar tais questões, parece válido, ainda, entender a TPD dentro dos seus limites históricos. Muitas questões, sobretudo no campo da interpretação, ficaram abertas. Afinal, mesmo a construção da “moldura” parte de certa decisão de sentido, de uma “interpretação”, silenciando Kelsen sobre como se chega à construção desses limites, tendo em vista a sua tese da impossibilidade de se captar um único sentido válido da realidade normativa. Como, então, construir racionalmente os limites da própria moldura?

Ademais, ainda que seja difícil, com olhos contemporâneos, entender a separação dos dois planos hermenêuticos citados, é preciso ponderar uma situação relativa ao universo pessoal de Kelsen, que gostava de

<sup>25</sup> Guerra Filho, Willis Santiago., *Teoria da ciência jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 35.



ser identificado como “jurista” e não como puramente “filósofo”, tendo em conta sua atuação voltada também para a aplicação prática do direito,<sup>26</sup> ainda que bem reduzida quando comparada com sua vida, devotada quase que exclusivamente à pesquisa. Que tipo de atividade intelectual lhe era reservada nas situações da vida cotidiana do mundo jurídico? Como, por exemplo, exercia o papel de parecerista? Agindo em tal situação, sua função seria a de um cientista, ou a de um aplicador do direito? Nesse ponto, talvez por conta daquela fina ironia que acomete a trajetória pessoal de grandes polemistas, o pensador vienense deve ter vivido, ele próprio, os paradoxos que tentou resolver como teórico.

### 3. Conclusão

A tarefa de fundo empreendida neste artigo –mormente a de afirmar que o Hans Kelsen da TPD, da reflexão epistemológica profunda, não pode ser deslocado, sem os devidos cuidados, para o campo da dogmática jurídica, e tampouco ser, nessa área, afetado pela crítica superficial, embora não seja grande novidade – pode causar certo estranhamento, com maior e redobrada repercussão para aqueles que ainda acreditam nos monstros citados no início deste artigo. Afinal, como sustentar a tese de que a mais polêmica teoria jurídica do século XX não se presta àquilo que se espera imediatamente do conhecimento jurídico, ou seja, um caminho hermenêutico capaz de oferecer soluções seguras para os casos concretos?

Senso comum à parte, parcela de tal estranhamento tem um sentido histórico. É que os juristas, no seu labor secular, sempre foram guindados ao posto nobre, inicialmente sacerdotal e divino, de dizer a melhor solução para um conflito.<sup>27</sup> Esse aspecto pragmático do saber jurídico é bem configurado historicamente pelo conhecimento prudencial romano, pela escola dos comentadores do final da idade média e pelo empirismo exegético do século XIX, saberes constituídos como verdadeiras “diretivas da ação”. Assim posta a questão, a tarefa de interpretar, seja como arte, ciência ou técnica de determinar o sentido unívoco das regras a serem aplicadas, é, de fato, o mandato histórico essencial dos juristas, consciente ou inconscientemente. É por conta justamente desse mandato histórico pragmático que, em contraste com outras áreas, o saber jurídico é um dos que mais reforçam a dicotomia entre prática e teoria, bem como alimenta os preconceitos recíprocos entre filósofos e práticos do direito, cada qual tentando justificar a dignidade e a relevância do seu agir. Com efeito, pensada nos limites estipulados por Kelsen, a TPD poderá, de fato, soar

---

<sup>26</sup> Kelsen não só laborou como docente e pesquisador, mas atuou, ao longo de sua vida, em diversas atividades, tendo sido advogado (por curto espaço de tempo), representante do procurador militar no Tribunal de Viena, parecerista, consultor e juiz do Tribunal Constitucional de Viena. Ver: BASTOS, Aurélio Wander Chaves, ob. cit.

<sup>27</sup> Talvez por isso Gadamer identifique na hermenêutica jurídica um paradigma que historicamente se afirmou a partir da unidade entre “interpretar” e “aplicar”. Nesse sentido, ver: Gadamer, Hans-Georg, *Verdade e método*, 2. ed. Tradução de Paulo Meurer. Petrópolis (RJ): Vozes, 1997, 461.

aos ouvidos contemporâneos como um projeto sem eco, sem utilidade prática, sobretudo para a comunidade dos operadores ordinários do direito.

Parece plausível, então, recolocar a crítica dos limites de Hans Kelsen no plano de sua correta incidência: a epistemologia de viés neopositivista. A ciência do direito de Kelsen não se coloca imediatamente como uma “diretiva da ação”. Nesse aspecto está o caráter datado da teoria kelseniana, absolutamente enredada pelo padrão logicista do Círculo de Viena. Porém, uma leitura mais atenta pode demonstrar que o específico campo da hermenêutica epistemológica, formal e abstrato, não pode ser transportado mecanicamente para o campo da aplicação ordinária do direito. Ao contrário, a teoria da moldura kelseniana aponta justamente para os limites dos métodos seculares da jurisprudência tradicional, denominada pelo jurista ordinário, paradoxalmente, como “doutrina” ou dogmática jurídica. Do ponto de vista de uma hermenêutica coerente com a ciência do direito, montada ao longo da TPD, o direito positivo apenas oferece um espaço de escolha, um âmbito de possibilidades, uma moldura, dentro da qual não existirá, diante da abertura lingüística estrutural das normas jurídicas, um método científico capaz de determinar a melhor ou a única possibilidade possível. Assim sendo, o Kelsen do último capítulo da TPD pode ser visto como um mordaz crítico da pseudoverdade dos métodos tradicionais, obviamente dentro de um paradigma de verdade que buscava uma fundamentação lógica e não a mera afirmação de sentido, destituída de condições de verificabilidade. Porém, a teoria da moldura não buscava estabelecer os padrões de verificabilidade da interpretação autêntica; tencionava tão-somente denunciar a roupagem pseudocientífica que a jurisprudência tradicional tentava – e ainda tenta – passar em seu discurso.

Tudo isso faz refletir sobre a esdrúxula imagem, ao menos para o próprio Kelsen, de se pensar um juiz ou um advogado kelseniano, identificando-os como “cientistas”, como se tentou durante muito tempo inculcar no debate acadêmico. Aliás, essas projeções e leituras equivocadas não são aspectos apenas destacados na seara de autores concebidos como “reacionários”, pois o próprio Karl Marx, já desfigurado pelos seus algozes, e decerto cansado de ser um “monstro”, autodenominava-se um não-marxista.

Por fim, mais um acerto de contas deve ser feito à guisa de conclusão. Todo o esforço empreendido neste artigo não tem o sentido de ressuscitar velhos monstros, nem vê-los como anjos. Ao contrário, procurou-se alertar para a possibilidade de não existirem monstros no campo do saber, mas visões de mundo permeadas pelos limites da própria história. Esse relativismo, em si mesmo, não abdica de limites éticos, mas também não absolutiza a crítica vaga.

A par de tudo isso, é certo que, mesmo admitindo que o senso comum teórico tenha, no caso kelseniano, um exemplo típico – justamente pelo que se tentou demonstrar ao longo deste artigo –, não se pode esquecer que a teoria da verdade que sustenta o projeto de Kelsen parte de um modelo de racionalidade que se esquivou de duas grandes aporias: o problema da

fundamentação racional de valores e a questão da legitimidade versus discricionariedade da função judicial. É evidente que o denominado neoconstitucionalismo contemporâneo constitui, hoje, o locus em que tais questões são mais visíveis e fortemente atacadas, a partir do enfrentamento, no plano da jurisdição constitucional, dos impasses da filosofia do direito (razão prática), da teoria política (legitimidade) e da hermenêutica (fundamentação).

Diante dessas considerações, a grande lição que se tira dos impasses típicos do trabalho teórico foi deixada pelo próprio Kelsen, que, mesmo prisioneiro de suas próprias ilusões, se recusava terminantemente a admitir, por lealdade de princípios (falhos ou não), o dogmatismo dos jusnaturalismos de plantão e os simulacros da jurisprudência tradicional. De tudo o que foi pontuado, fica a idéia de que a coerência, artigo em falta em tempos de moda acadêmica, é deveras incomodativa para quem a verdade é um fim em si mesma, a-histórica, pois não se pode esquecer que situações há na ciência (no passado e no presente), como indicou Kelsen, que se deve prescindir de respostas fáceis ou infalíveis, cabendo ao pensador a humilde tarefa de apenas perguntar, indagar sempre, cada vez mais e, se possível, melhor.<sup>28</sup>

### Referências

Andrade, Vera Regina Pereira de, *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*, Porto Alegre: livraria do advogado, 1996.

Arruda Júnior, Edmundo Lima de; Gonçalves, Marcus Fabiano, *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*, Florianópolis: ed. Cesusc, 2002.

Bastos, Aurélio Wander Chaves, *Hans Kelsen: resumo biográfico 1881-1973*, tradução e adaptação. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Pesquisas Jurídicas, 2003. v. 1.

Correas, Oscar (org.), *El otro Kelsen*, México: Unam, 1989.

Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo: Atlas, 2003.

Gadamer, Hans-Georg, *Verdade e Método*, 2. ed., tradução de Paulo Meurer. Petrópolis (RJ): Vozes, 1997.

---

<sup>28</sup> Kelsen, Hans, *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*, tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 1.

Guerra Filho, Willis Santiago, *Teoria da Ciência Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2001.

Luz, Vladimir de Carvalho, “Neopositivismo e Teoria Pura do Direito: notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen”, *Revista Seqüência*, 2003.

Karam, Munir, *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*, São Paulo: RT, 1985.

Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_, *Teoria Geral das Normas*, tradução de Roberto Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_, *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*, tradução de Luís Carlos Borges, 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Machado Neto, A. L., *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1977.

Prade, Péricles, *Duguit, Rousseau, Kelsen e outros ensayos*, Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 1997.

Warat, Luís Alberto, *Epistemologia e ensino do direito*, Florianópolis: Boiteux, 2004. volume 2.

\_\_\_\_\_, “O senso comum teórico dos juristas”, in: Sousa Júnior, José Geraldo de. (org.) – *Introdução crítica do direito: série o direito achado na rua*, 4. ed. Brasília: editora da UnB, 1993.

**PALABRAS CLAVES:** Kelsen, Teoría pura del Derecho, Hermeneútica.

**KEY WORDS:** Kelsen, Pure Theory of Law, Hermeneutics.

## WEBER E MARX, ANTÍPODAS? FRAGMENTOS PARA PENSAR O DIREITO<sup>1</sup>

EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JR<sup>2</sup>

« A probidade de um intelectual contemporâneo e sobretudo de um filósofo de nossos dias pode-se medir com base em seu posicionamento: diante de Nietzsche e Marx; Quem não admite que não poderia executar partes muito importantes de seu trabalho sem o trabalho que estes dois realizaram engana-se a si mesmo e aos outros. O mundo dentro do qual nós mesmos existimos intelectualmente é um mundo em grande parte cunhado por Marx e por Nietzsche »

Max Weber (Relato de Eduard Baugartem)

**Resumen:** El autor de este trabajo busca la redefinición teórico-práctica del sentido de la racionalidad jurídica, a partir de reposicionar entre los profesionales del Derecho, cuestiones que se han estudiado en el ámbito de la sociología, partiendo de la idea de que existen manifestaciones que refuerzan el paradigma liberal-legal, como es que la técnica jurídica se sustituye por la racionalidad material. Considera que el estudio de Weber y Marx podría allegar nuevas posturas en el conocimiento de la sociología y de la sociología jurídica, por ello hace una revisión de los puntos importantes en el pensamiento de estos dos autores, hasta llegar a sus coincidencias y diferencias.

**Resumo:** O autor deste trabalho procura a redefinição teórico-prática do sentido da racionalidade jurídica, a partir de reposicionar entre os profissionais do Direito, questões que se estudaram no âmbito da sociologia, partindo da idéia que existem manifestações que reforçam o paradigma liberal-legal, como é que a técnica jurídica se substitui pela racionalidade material. Considera que o estudo de Weber e Marx poderia aproximar novas posturas no conhecimento da sociologia e da sociologia jurídica, por isso há uma revisão dos pontos importantes no pensamento destes dois autores, até chegar nas suas coincidências e diferenças.

**Abstract:** The author arguments in favor of a theoretical-practical redefinition of the meaning of legal rationality, which is to part from the legal professionals' repositioning of questions that have been studied within the scope of Sociology, parting from the idea that there exist manifestations that strengthen the liberal-legal paradigm, one example of these manifestations can be found in the fact that legal technique substitutes for the material rationality. In the author's considerations, the analysis of Weber's and Marx's works would be helpful in the task of gathering new accounts in the sociological and the sociology of law's knowledge. Along that line of thought,

<sup>1</sup> Recibido 9 de junio de 2008. Aceptado 25 de agosto de 2008.

<sup>2</sup> (\*) Professor titular de sociologia jurídica da Universidade Federal de Santa Catarina (Brésil). Autor de vários livros, entre eles Introdução à sociologia jurídica alternativa. São Paulo: Acadêmica, 1993.

the author carries out a review of both author's most important contributions, after which the author presents their similarities and differences.

**PALABRAS CLAVES:** Weber y Marx, Racionalidad Jurídica, Sociología Jurídica.

**KEY WORDS:** Weber and Marx, Legal Rationality, Legal Sociology.

Sumário: I. Observações preliminares; I.1. A sociologia do Direito em busca de um estatuto; I.2. O mundo das práticas jurídicas; II. O eterno retorno a Weber e a Marx; III. Truísmos e contrasensos: Weber no senso comum acadêmico e político; IV. Weber e Marx: Algumas Identidades e Diferenças; V. Razão Técnica e Liberdade; V.1. Racionalidade Jurídica e Herança Ilustrada; V.2.Técnica: sinônima de dominação?; V.3.Mudança social: dogmática, sociologia do direito e operadores jurídicos.

### **I. Observações preliminares.**

Devemos, a título introdutório, ressaltar uma breve justificativa do porquê deste artigo, no qual se indaga da pertinência das posições (políticas e teóricas) que colocam Weber e Marx em termos antipódicos, ao mesmo tempo em que se acrescenta uma outra ordem de questão, indicando, no subtítulo «fragmentos para pensar o direito», e que diz respeito a não tão óbvia tarefa de injunção do geral (a teoria sociológica como um todo), a ser visto superficialmente, ao particular (sociologia do direito), e possíveis relações com as práticas jurídicas. Creio ser defensável esse objetivo, senão vejamos.

#### **I.1. Sociologia do direito: em busca de um estatuto.**

Este trabalho visa recolocar questões –já antigas na área sociológica– entre os profissionais do direito, questões estas revitalizadas face ao debate avaliativo que marca o final do milênio. Aos sociólogos do direito, no plano teórico, e aos operadores jurídicos, no mundo das práticas, um paralelo entre Marx e Weber talvez possibilite uma redefinição teórico-prática do sentido da racionalidade jurídica.

A teoria social moderna elege Karl Marx, Emile Durkheim e Max Weber como os três pensadores de maior importância. Os manuais de sociologia do direito costumam indicar como seus fundadores Emile Durkheim, Georges Gurvitch, Eugen Ehrlich e Max Weber.<sup>3</sup> Observa-se uma intrigante e curiosa subtração. Marx, que com Weber e Durkheim é considerado como um dos pais da sociologia moderna, não consta como autor dos mais importantes

<sup>3</sup> Sobre, consultar Lima De Arruda, Edmundo Jr., *Introdução à sociologia jurídica alternativa*, São Paulo: Acadêmica, 1993; principalmente o capítulo primeiro.

no domínio particular da sociologia do direito. Tal exclusão deve-se, como é sabido, à ausência em Marx de uma reflexão sistemática sobre o Direito, ao menos como ela se encontra em Eugen Ehrlich, Geoges Gurvitch, e com maior densidade em Max Weber, ou seja como sociologia não só do direito, em termos estruturais, mas como verdadeira sociologia jurídica, em termos funcionais.

Antes, indicamos um pressuposto, a idéia, já desenvolvida n'outro texto<sup>4</sup>: o conhecimento nas ciências sociais progride não em termos de rupturas absolutas, mas por acumulação resultante de absorções/negações e superações.

Uma primeira explicação para aquela « exclusão », que escapa a este ensaio demonstrar, é que ela é em parte arbitrária, por várias razões, entre as quais:

1a) Marx tinha como objetivo a construção de uma radical e revolucionária crítica à organização social do homem moderno situado: «...através da dialética relações de produção –forças produtivas que Marx decifra a dinâmica do capitalismo–», segundo um marxista estudioso de Weber, Jean-Marie Vincent<sup>5</sup>. Tal projeto aparece antes da obra prima –O Capital–; já em 1844 com a concepção de alienação, a qual Lowith<sup>6</sup>, por analogia, equipara à de racionalização em Weber. Ambos indicando a disjunção entre o homem e o mundo no qual ele se insere, e isso foi bem ressaltado por Lowy<sup>7</sup> ao demonstrar a importância de Weber para o pensamento da primeira Escola de Frankfurt. Mesmo não sendo possível a Marx empreender, de forma aprofundada, um estudo da especificidade do jurídico no mundo «intradogmática jurídica», nele estavam presentes elementos para uma fundamental, embora preliminar construção de uma sociologia do direito em termos de racionalização na qual o jurídico não seria, ao contrário dos críticos conservadores de Marx, um mero «reflexo» da ideologia, «mas conjunto de formas e relações sociais específicas que permitem a regulamentação das relações sociais capitalistas»<sup>8</sup>.

2a) O fato de Durkheim e Weber terem sido a base de uma leitura apropriativa conservadora –pois ambos constituem a base do estruturo-funcionalismo desde Parsons–, que os limitou dentro dos pressupostos ideológicos e metodológicos do positivismo, acadêmico e oficial, conduziu

<sup>4</sup> Sobre, ver, de Edmundo Lima de Arruda Jr os ensaios “Conflito e Ordem. Racionalidade Jurídica e direito alternativo e Neo-Liberalismo e Direito. Paradigmas na crise global”, in *Direito e Século XXI*, São Paulo: RT.

<sup>5</sup> Todo um trabalho crítico de Weber sob o ponto de vista do marxismo vem sendo levado a cabo por Jean Marie Vincent. consultar, principalmente “Remarques sur Marx et Weber, comme théoriciens du droit et de l’Etat”, *Archives de philosophie du droit*, n° 12. Paris: Sirey, 1967. p. 229-241.

<sup>6</sup> Refiro-me ao célebre texto de 1929, de Karl Lowith, “Max Weber e Karl Marx”, in *Max Weber & Karl Marx*, de René E. Gertz (org), São Paulo: Hucitec, 1994.

<sup>7</sup> Precisamente, no excelente artigo “Figuras del marxismo weberiano. Nesta coletânea.”

<sup>8</sup> Cf artigo de Jean-Marie Vincent, op. cit. nota 03, p. 231 Uma análise nesse sentido é a de Michel Miaille, “Critique marxiste de la lois dans l’Etat Bourgeois”; *Archives de Philosophie du Droit*, tome 25. La Loi, Rirey, Pairs: 1980.

grande parte dos partidários do modelo do conflito inspirado em Marx, a não levá-los em consideração em termos acadêmicos, e políticos, não promovendo, desta forma, um fecundo diálogo, o que sem dúvidas enriqueceria as análises do direito.

O resultado presente é o coroamento de uma sociologia do direito sistêmica, tendo em Luhmann o grande nome, e um projeto de sociologia do direito que se quer dialética, mas ainda em construção<sup>9</sup>. Consideramos imprescindível o procedimento de explicitar um «diálogo implícito» entre Marx e Weber, como adiantou Michale Lowy<sup>10</sup> há mais de quinze anos, de maneira a enriquecer o pensamento de Marx com alguns conceitos weberianos necessários a não reforçar outra confusão: o plano do desejo, da utopia, e o plano da realidade, das ações práticas concretas. Obviamente que não compactuamos com o pessimismo de Weber, se tomado em termos de resignação paralisante. Tampouco acreditamos ser a sua teoria social, em termos gerais, «hierarquicamente superior» a de Marx. Este é, sob o ponto de vista teórico do «político-emancipatório» –a condicionante e o sentido da ciência– muito mais rico em termos de aglutinação de forças sociais envolvidas com as lutas por mudanças sociais, mesmo sob verificação: a) de efeitos não previstos nas lutas socialistas de caráter marxista; b) do relativo refluxo geral nos movimentos sociais em escala mundial (as reversões eleitorais na Polônia e Rússia em fins de 1995 talvez sinalizem uma possibilidade de reação ao neoliberalismo).

## **I.2. O mundo das práticas: O hiato decorrente da hipostasia da forma ou dos conteúdos do direito.**

Início com uma passagem de Weber<sup>11</sup>:

«Aquele, dentre nós, que entra num trem não tem noção alguma do mecanismo que permite ao veículo pôr-se em marcha –exceto se for um físico de profissão–. Aliás, não temos necessidade de conhecer aquele mecanismo. Basta-nos poder «contar» com o trem e orientar, consequentemente, nosso comportamento; mas não saber como se constrói aquela máquina que tem condições de deslizar.»

Os operadores jurídicos trabalham com o sistema jurídico, em grande medida, e guardadas as devidas proporções, sem conhecê-lo em sua

<sup>9</sup> Oscar Correias é um dos nomes de maior destaque. Sobre tudo seu excelente *Introducción a la sociología del Derecho*, México: Universidad Autónoma de México, 1994.

<sup>10</sup> Cf. artigo de Michael Lowy citado na nota 04, precisamente na primeira nota, onde faz referência a seu artigo “Marx e Weber: notas para um diálogo implícito”, in *Dialéctica et revolution. Essais d'histoire e de sociologie du marxisme*, Paris: Anthropos, 1978. p. 13.

<sup>11</sup> Cf. Weber, Max, *Ciência e Política. Duas vocações*, Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 30. Precisamente, do primeiro ensaio *Ciência como Vocation (Wissenschaft als Beruf)*



totalidade técnica, e em seus fundamentos teóricos mais amplos. A grande maioria adere à forma jurídica tomada como direito posto, e definitivo. Temos nesse caso uma primeira manifestação de irracionalismo, que poderíamos denominar de «fetiche do invólucro»<sup>12</sup>. Longe de discutir a adequação de tal fetiche, o que levaria a uma longa discussão (sob que ponto de vista, para quem?; disfunção funcional?) o que posso salientar é que tal irracionalismo não parece otimizar a esperada performance da dogmática em termos de eficácia técnica e social (efetividade), ao menos sob o ponto de vista dos que carecem e demandam por «justiça», e dos profissionais do direito que se encontram envolvidos com essas expectativas de realização de direitos, e prestação jurisdicional. Preocupa-me ainda mais outra manifestação de irracionalismo, que em certa medida provoca a produção deste trabalho. Ela germina nas fileiras progressistas e populares, para as quais a técnica jurídica deve ser «substituída» por critérios outros de racionalidade material, base de uma nova racionalidade. Ambas as atitudes não colaboram para a redefinição da racionalidade jurídica, pelo contrário, ajudam a reforçar a amplitude do esgarçamento, simbólico e concreto, do paradigma liberal-legal, sem contudo anteabrir possibilidades teóricas reconstrutivas.

Este artigo não é senão um passo, objetivando contribuir com o debate sobre a necessidade de ler-se Weber, no contraponto com Marx, e outros clássicos<sup>13</sup> o que sem dúvidas poderá trazer ricos subsídios tanto para o conhecimento acumulado na sociologia, em especial na sociologia do direito, assim como no seio das práticas técnico-políticas dos operadores jurídicos envolvidos com os processos de mudança social.

## II. O eterno retorno a Weber e a Marx.

O clássico também sofre metamorfoses. Da univocidade imanente à exegese dogmática, aos positivismos doutrinários têm-se, curiosamente a distância de um passo, fundando-se novas seitas e igrejas. Outrossim, o retorno ao clássico permite sua atualização, univerzalizando-o. O contraponto entre clássicos parece ser, neste momento de incertezas, oportunidade impar de levar a cabo sínteses enriquecedoras.

---

<sup>12</sup> Trata-se de duplo fetiche. Primeira, de caráter simbólico, pelo apego ao normativismo; em segundo lugar pelo aspecto concreto, expressado no ritual do mundo forense. É conhecido o apego ao formalismo por parte dos juristas. A exacerbação do ritual jurídico; da predominância do direito processual em detrimento do direito objeto da lide; e o culto religioso à interpretação exegética das normas jurídicas, pressuposta a «completude do sistema jurídico», constituem alguns dos elementos «universais» da reprodução do direito moderno, com sinais de maior ou menor fetiche nas varias formações históricas.

<sup>13</sup> Uma excelente pesquisa sobre a influência de Weber na França, no qual também se ressaltava a tentativa de Pierre Bordieu de trabalhar Marx, Weber e Durkheim, contra a tese da inconciliabilidade é a de Monique Hirschhorn, *Max Weber et la sociologia française*, Paris: Editions L'Harmattan, 1988. p. 135.

Não se trata do velho ecletismo antidialético herdado da sociologia positivista em tempos da tão proclamada «crise de paradigmas.» Tampouco se trata da apologia dos que beatificam Weber e Marx. Sistêmicos-funcionalistas e ortodoxos partidários da «ditadura do proletariado» fariam corar tanto Marx quanto Weber por seus usos abusivos, arbitrários, e mesmo ilegítimos.

Nosso objetivo é modesto. Esboçar algumas trilhas, já antigas desde Lowith<sup>14</sup>, no sentido de socializar, no domínio dos juristas, principalmente, e entre sociólogos do direito, particularmente; uma provocação preliminar para pensar-se pontes possíveis entre dois pensamentos fundantes da teoria social moderna. Estamos na contramão dos que consideram Marx demodé, «substituído» por outros modelos..., e dos que consideram Weber um baluarte liberal do pensamento conservador. Ambos os julgamentos são inconsistentes, sob o ponto de vista da sociologia do conhecimento.

Por que relacionar, ainda mais uma vez, Weber e Marx?<sup>15</sup>; mormente quando o objetivo maior é o de resgatar, junto ao pai da sociologia compreensiva elementos teóricos que possam ampliar o campo analítico e político marxista? Isso não significa a subsunção absoluta de uma perspectiva n'outra; nem a forçada tarefa que seria a da busca de «congruências teóricas» entre os dois pensadores.

Muitas são as razões demovedoras de tal intento:

a) ser insolúvel a empreitada, em termos «estruturais». Weber posto como representante maior da «sociologia burguesa», e Marx colocado como corifeu da «sociologia revolucionária»;

b) ser problemática a tarefa pois no fundo estariam em questão dois continentes separados por águas profundas, o de Kant e o de Hegel<sup>16</sup>;

c) ser despropositado o projeto pois tais clássicos já estariam «superados», pela análise sistêmica, ou pelo modelo da ação comunicativa, ou mesmo esgotados para alguns pós-modernos.

Guiddens<sup>17</sup> salienta que poucas relações intelectuais são tão problemáticas como essa, pois são dois caminhos contrários: Ou se persegue a tese do pensamento weberiano como refutação definitiva do materialismo; ou se trilha a tese do enquadramento puro e simples de Weber dentro do marxismo.

<sup>14</sup> Artigo mencionado na nota 4.

<sup>15</sup> Uma das revistas marxistas mais conceituadas, a *Actuel Marx* consagrou seu número II ao tema Weber e Marx, Paris: Puf, 1992. J. Bidet e J. Texier ressaltam na apresentação, bem como em textos e resenhas no interior da coletânea a importância da retomada dos dois clássicos nos tempos atuais, não em termos de um duelo, mas como fecundo diálogo. Defendem tal ponto de vista, na mesma revista marxistas insuspeitos como Michael Lowy, sustentando a superioridade da concepção weberiana se comparada a de J. Habermas, Jean marie Vincent, Catherine Colliot-Thélène, entre outros.

<sup>16</sup> O trabalho de Philippe Raynaud, um dos maiores estudiosos de Weber é uma tentativa de aproximar mais o pensamento de Weber e Habermas. Na discussão meios fins, faz interessante contraponto entre Weber e Hegel, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, Paris. PUF, 1987, p. 187 e segs.

<sup>17</sup> Ver de Guiddens, Anthony, «Marx, Weber e o desenvolvimento do Capitalismo», in *Max Weber e Karl Marx*, Org. e Trad. de René E. Gertz: São Paulo: Hucitec, 1994. p. 120.

Pensamos ser insuficientes tais propósitos pela simple razão de não serem dialéticos.

Foge do âmbito deste artigo enfrentar aquelas três ordens de objeções. Preliminarmente podemos afirmar ser a primeira a mais desprovida de plausibilidade, pois o «trabalho do conceito» não parece prescindir do exercício intelectual –ainda que meramente em termos heurísticos– de aproximações teóricas entre sistemas distintos, sem a pretensão de absorção de uma perspectiva em outra, em termos absolutos. Isso pressuporia trabalhar os modelos em termos « ontológicos », o que é no mínimo contraproducente ao exercício de atualização de autores/teorias. Ademais, aquela identidade/imanência das duas construções intelectuais à realidades « burguesa » e « proletária » constitui uma redução arbitrária nos planos teórico e político, pois simplificador da luta de classes, cada vez mais complexa nos desdobramentos do acirramento de suas contradições entre classes e intraclasses sociais.

Quanto às outras duas objeções, encontram-se relacionadas com várias possibilidades e efeitos. Possibilidades teóricas e efeitos políticos na esfera da moral prática. A perspectiva sistêmica é apropriação possível de Weber, de caráter nitidamente conservador, como já indicamos, mas empobrecedora em relação ao potencial do legado weberiano, na medida em que:

1º) privilegia em Weber seus pressupostos em escritos sobre metodologia –nos quais, como sabemos, é rígida a separação lógica entre fatos e valores–, « olvidando-se » dos últimos trabalhos de conteúdos mais propriamente políticos;

2º) Autonomiza « sistema » e « estruturas » em termos quase absolutos na leitura da burocracia/burocratização, desconsiderando-se a crítica implacável de Weber à perda de liberdade ocasionada por aquele processo.

Quanto a autodenominada posição « pós-moderna », a mesma parece somente tornar-se intelegível, e portadora de sentido filosófico e político no contraponto com os pressupostos e promessas modernas tão bem idealizadas pois dois Imuministas, Kant e Hegel, e hoje retomadas e mediatizadas por Habermas, graças ao recurso a sínteses entre autores aparentemente « inconciliáveis » como Freud, Weber, Marx, Mead, Durkheim, entre outros que constituem a base da « teoria do agir comunicativo ».

Neste artigo nos cingiremos a um contraponto entre Weber e Marx, partindo do Weber, mais citado e menos conhecido na área jurídica, razão da maior recorrência aos textos escolhidos do mesmo, e dispensando citações de Marx, cujas teses centrais a crítica no direito já incorporou. Pressuponho uma complementariedade parcial, ao menos em suas visões gerais acerca da modernidade enquanto sociedade industrial-capitalista. Ao lado dos diagnósticos da modernidade nos quais há pontos em que Weber e Marx coincidem, nos prognósticos são maiores os graus de incompatibilidade, como veremos, e aí talvez resida uma contribuição de Weber a Marx, paradoxalmente.

Refiro-me, neste tempo de crise globalizada, que não é restrita a « crise de paradigmas », à necessidade: a) de pensar o político também como contingência (« possibilidade histórica »), sujeito, pois, à indeterminação, pois o futuro é construção, com progresso e retrocesso, dentro de alternativas possíveis das quais derivam efeitos planejados, reversos, e mesmos perversos; b) ressaltar o irracionalismo das práticas sociais de caráter profético que confundem o lugar da utopia –(mediato e necessário)– e o lugar da política, real e imediato, no jogo de interesses; c) enfatizar a especificidade dos campos da sociologia do direito enquanto conhecimento, e o da ação sócio-profissional dos operadores jurídicos, enquanto vocação ligada ao terreno do político.

Sob o ponto de vista da cultura socialista disposta à problematização da crise global o pensamento liberal torna-se leitura obrigatória. Isso se dá face a contínua e progressiva afirmação do irracionalismo, de vários matizes, –inclusive no campo da « esquerda »–, renovados no escudo doutrinal e antidialético, ainda em nome de Marx. Este passa a ser reivindicado, no limite, para dar razão até mesmo ao stalinismo « redivivo », que tudo explica de forma « óbvia » e « lógica », escoimado, por exemplo, em « argumentos empíricos irrefutáveis » em defesa do « ancien régime », por consequência dos efeitos desastrosos da nova ordem política neo-liberal tardia na Rússia de Yeltsin, que possibilita a emergência da proscrita peste.

Felizmente, sendo o marxismo revisionista em essência, na expressão de Carlos Nelson Coutinho<sup>18</sup>, é cada vez maior a procura de autores liberais, e com peso, por Weber, da parte de pesquisadores marxistas. Topolski indica, com propriedade, residir tal interesse crescente por dois fatores: 1º) O aspecto subjetivo da historiador (a consciência) pela cultura; 2º) ser a base teórica weberiana mais forte na historiografia.

Antes de alinhar alguns pontos de identidade e diferenças entre os autores eleitos, devemos indicar um inventário preliminar sobre um certo senso comum presente no trato do pensamento de Weber, objetivando com esse procedimento afastar preconceitos e pré-juízos com relação ao sociólogo de Heilderberg, de maneira a facilitar uma aproximação preliminar com o filósofo de Trier –o que seria extremamente enriquecedor para a sociologia do direito– na medida em que certas confusões devidas a leituras unilaterais, e por vezes abusivas na hermenêutica de Weber possam ser elencadas, e afastadas, sumariamente, e quiça anteabram:

a) novas portas para um diálogo necessário entre clássicos, neste momento crítico que caracteriza a avaliação do século XX nos umbrais do século XXI;

b) uma possibilidade teórica para aprofundar o papel do conhecimento da racionalidade jurídica moderna, e dos operadores do direito na construção democrática.

<sup>18</sup> Expressão aparecida em entrevista concedida a Katie Silene Cáceres Arguello (org), *Direito e Democracia em Debate*, prelo.

Com efeito, muito já foi feito em nome de Marx contra Marx, ou, no mínimo, contra a classe trabalhadora. Michael Lowy<sup>19</sup> demonstra no seu excelente trabalho sobre sociologia do conhecimento a contaminação do marxismo pelo espectro positivista, resultando na bolchevização/estalinização da grande maioria dos partidos comunistas do mundo. Visões economicistas, voluntaristas, e atitudes de barbárie fazem parte de uma história de lutas originariamente levadas a cabo por explorados que não se emanciparam nos « socialismos reais ». Todavia, Marx resta o clássico que nos permite, de forma radical depreender a incompatibilidade entre capitalismo e democracia, real e concreta. Weber, por sua vez, não negando a importância da « infraestrutura econômica », e há passagens de sua obra nas quais indica quando esse nível é determinante, nega a explicação monocausal em termos sociológicos, indicando as bases de sua sociologia compreensiva, em termos multicausais, que melhor convém à interpretação de dada ação social e seus efeitos. Katie Silene Cáceres Arguello<sup>20</sup> é clara em sua tese:

« Para Marx, as idéias são, produtos dos interesses (as religiosas, por exemplo, surgem das determinações econômicas). Weber; por sua vez, procura esclarecer que idéias e interesses influenciam-se mutuamente, « encaixando-se » de maneira específica em cada situação histórica; pois, o homem é um ser que possui a necessidade interna (simbólica) e necessidades externas (comer, vestir, etc). Isto fica muito evidente quando o autor questiona a « afinidade eletiva » entre mensagem religiosa e maneira de conduzir a vida econômica, na « Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo ».

« O ser humano orienta sua ação de acordo com um sentido que é sua própria « identidade »; mas, em contrapartida, os rumos tomados pela história não podem ser previamente determinados e o conceito de « afinidade eletiva » sintetiza, de certa maneira, esta idéia. Talvez aqui tenhamos uma possível proximidade entre Weber e Marx, quando este último afirma no « 18 Brumário » que « os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem segundo a sua livre vontade; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha, mas sob aquelas circunstâncias com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado »

Quanto à uma das formas desclassificadoras de Weber, entre outras, a de « positivista », é bom lembrar que o século XIX é marcado pelo cientificismo que toca a Marx, entre outros (inclusive Freud) muito mais que a Weber<sup>21</sup>. Eis uma passagem ilustrativa:

---

<sup>19</sup> Cf. Lowy, Michael, *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen. marxismo e Positivismo na sociologia do conhecimento*, trad. Juarez Guimarães e Suzann Felice Léwy. São Paulo: Busca vida, 1987, p. 18.

<sup>20</sup> Dissertação de mestrado cujo título é *Max Weber e o Direito: racionalidade e ética*, CPGD: Florianópolis, 1995, p.78. Também uma introdução à mesma no artigo da autora constante desta coletânea.

<sup>21</sup> Cf. indicação da obra de Weber constante na nota 8, p. 35.

« Enfim, ainda que um otimismo ingênuo haja podido celebrar a ciência –isto é, a técnica do possível deixar inteiramente de parte este problema, tendo em vista a crítica devastadora que Nietzsche dirigiu contra « os últimos homens » que « descobriram a felicidade ». Quem continua a acreditar nisso – excetuadas certas crianças domínio da vida fundamental na ciência como o caminho que levará à felicidade, creio ser grandes que se encontram nas cátedras de faculdades ou nas salas de redação? »

### III. Truísmos e contrasensos: Weber no senso comum acadêmico e político.

Com relação a Weber são sucessivas e renovadas as interpretações unilateralizantes, quando não equivocadas sobre seu pensamento, valendo a pena transcrever os dados de Johannes Weis<sup>22</sup>.

Em 1905 Lenin faz uma única menção a Weber, um « muito culto Senhor Professor », « sabedoria professoral da burguesia covarde ».

Com Stálin a proscrição institucionaliza-se, sob o manto de « cientificidade » da grande Enciclopédia Soviética, em cuja segunda edição (1951) tem-se uma só referência a Weber:

« Sociólogo alemão reacionário, historiador e economista, neokantiano, inimigo maldoso do marxismo; « apologeta do capitalismo ».

Ainda Weis<sup>23</sup> registra que Poulantzas « acusa a teoria weberiana do Estado de « não fornecer nenhuma explicação para os fundamentos do poder político ». R; Miliband considerava a teoria de Weber como « abstracionismo estruturalista », e « superdeterminismo estrutural ».

Lukács no seu célebre « Assalto à Razão » atribui a Weber destacado lugar dentro da longa trajetória da filosofia alemã, anterior e posterior a Heidegger, preparatória do nazismo. O Advento do fenômeno político Hitler, e do irracionalismo totalitário teria também em Weber uma de suas condições de possibilidade no plano filosófico.

Marcuse<sup>24</sup> alia-se a absurdo daquele gênero ao afirmar um Weber que acaba por identificar racionalidade moderna à Razão; racionalidade material à racionalidade formal, hipostaziando a « racionalidade instrumental », e finalizando pela conclusão da « irracionalidade material » de Weber...

<sup>22</sup> Em seu artigo A obra de Weber na recensão e na crítica marxista., ob cit. notas 04 e 11, p. 181-L82.

<sup>23</sup> Cf. Weis, ob. cit. p. 229.

<sup>24</sup> Marcuse, Herbert, “No texto Industrialisation et Capitalisme”, in *Weber e Marx, Actuel Marx*, Paris, PUF, 1993. Trad. do francês de Stéphane Rossignol. Texto de 1965, retirado da obra em alemão *Max Weber und die Soziologie heute*, publicado sob a direção de Otto Staller, Tübingen, J.C.B. Mohr.

Marshall Bermann<sup>25</sup> é um dos que sustentam, de forma redutora o Weber caudatário do « ceticismo », embora reconheça que o resultado político desse uso tem estado mais à direita do próprio Weber.

Fleischmann<sup>26</sup>, na mesma perspectiva defende a origem Nietzscheana do « pessimismo » weberiano, embora crítico, na medida em que indica claras distinções entre ambos.

As posições de Bermann e Fleischmann não são inovadoras pois é notória a presença de Nietzsche no pensamento weberiano. Inovadora e surpreendente, ainda que não desenvolvida a termo é a curiosa interpretação dos quem vêm em Weber um « otimista », conforme Antônio Carlos Wolkmer.<sup>27</sup>

Mas o equívoco comum está bem registrado em Sérgio Paulo Rouanet<sup>28</sup>:

« Mas a modernização ilustrada não é a mesma coisa que a modernização weberiana. Para esta, o processo de racionalização significa injetar as categorias da razão instrumental nos sistemas decisórios da empresa e do Estado »

Nada mais falso e abusivo. Weber como idealizador e defensor da razão instrumental. Duplo erro dos que parecem desconhecer:

1º) as intervenções extremamente progressistas do autor de *Economia e Sociedade*, ao defender e tratar bem os perseguidos e exilados políticos em Heildeberg; pela admiração e respeito pelos anarquistas; pela denúncia da violência do Kaiser sobre Rosa Luxemburgo; pela repulsa à expulsão de socialistas das cátedras universitárias; pelo trabalho na Constituição de Weimer, que lhe rendeu a acusação de « agente estrangeiro », « anti-alemão », e « demagogo ».<sup>29</sup>

2º) Constituir aquela leitura uma possibilidade, bem que empobrecedora e anti-weberiana, que é a apropriação do pensamento de Weber pelo funcionalismo-sistêmico<sup>30</sup>, como lembrado por Habermas.

<sup>25</sup> Cf. Marshall, Berman, *Tudo que é sólido desmancha no Ar. A aventura da modernidade*, trad; Carlos Felipe moisés e Ana Maria L. Loriatti. São Paulo: companhia das Letras, 1986. p. 27 e 33.

<sup>26</sup> Cf. Fleischmann, Eugéne, “Weber e Nietzsche” in: Gabriel Cohn, *Sociologia: para ler os clássicos*, Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1977, p.158 e segs.

<sup>27</sup> Consultar, de Antônio Carlos Wolkmer, *Pluralismo Jurídico: Fundamentos para uma nova cultura no direito*, São Paulo: Alfa-Ômega, 1994. O autor atribui esse otimismo à sua leitura de Habermas, p. 246 e 248.

<sup>28</sup> Consultar *A razão Nômade; Walter Benjamin e outros viajantes*, Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, p.142.

<sup>29</sup> Cf. Tragtenberg, *Burocracia e Ideologia*, 2a. Ed; São Paulo, 1992.

<sup>30</sup> Consultar Habermas, Jürgen, *O discurso filosófico da Modernidade*. Mesma posição tem seu discípulo ROUANET, Sérgio Paulo. Trata-se de um dos maiores estudiosos da Ilustração. Brillante teórico e divulgador de artigos e livros em defesa da Razão Iluminista, deixou-se seduzir pela « promessa pré-moderna » do Presidente Fernando de Mello Collor, ao qual serviu na qualidade de Ministro da Cultura. Tal governono, marcado pela corrupção, atingiu a tal limite dentro das estruturas corporativas do Estado brasileiro, levando ao « impeachment ». Resta-nos uma indaga-

3º) Que modernidade e racionalidade moderna não são realidades subsumidas nas modernizações e racionalidades instrumentais. Tal subsunção, de origem filófica conhecida (Escola de Frankfurt e existencialismo heideggeriano) acabam por dissolver a razão (em termos gerais) num dos cainhos da racionalidade técnica (a técnica para a opressão)<sup>31</sup>.

Inaceitável, portanto, continuar-se a defender os pensamentos de Weber e Marx como antípodas absolutas, ou « exdrúxulo paradigma para « completar, alterar, falsificar ou mesmo negar as análises marxistas »<sup>32</sup>. Não se trata de busca de « elos que permitam fusão entre os dois autores », mas completude, considerados alguns pontos, onde seja possível o enriquecimento do aporte marxista.

Eric Hobsbawm<sup>33</sup>, um marxista insuspeito é lapidar:

« Nenhuma análise séria pode ver em Weber alguém que procurasse dar respostas não marxistas a questionamentos marxistas; e conseqüentemente, Weber não foi de forma alguma um antimarxista »...; » Em vários e longos trechos de suas obras onde questões postas são as mesmas; e ambos têm, como pensadores, muito mais em comum do que existe entre Marx e muitos autores que se dizem seus fiéis seguidores. Em algumas áreas Weber é mais profundo que Marx: religião, guerra civil, estratificação social ».

## VI. Weber e Marx: Identidades e Diferenças.

Lowith<sup>34</sup> coloca como identidade inegável entre Weber e Marx o tema central de suas investigações: o destino humano do mundo contemporâneo, centrando o homem como fundamento da economia e da sociedade.

O « homem burguês » seria visto quase da mesma maneira por Marx do Manifesto e por Weber da sociologia das religiões.

Desta forma, ambos centraram suas perspectivas na crítica à sociedade capitalista; à reificação/coisificação das relações sociais; à burocratização separando homens e coisas. Muitas passagens de Economia e Sociedade trazem enormes trechos onde se pensa estar lendo Marx. Estão de acordo que o capitalismo é ordem social inumana e trás em seu bojo uma tendência a destruir a si mesma.

---

ção a propósito dos « neo-racionalistas » seguidores de Habermas, como conciliar, teóricamente a ação comunicativa, que pressupõe uma ética ilustrada/universalista e a ação política limitada à instituição educacional marcada por critérios de direção geral colocadas por uma racionalidade material, em termos políticos, reconhecidamente a serviço do « neo-liberalismo », no plano global, e pela corrupção generalizada, no plano nacional.

<sup>31</sup> Cf. Arruda, Edmundo Lima Jr., “Racionalidade do Direito Moderno e Pluralismo Jurídico: Elementos críticos para uma racionalidade jurídica processual”, in *Operadores Jurídicos e Mudança social. (A filosofia da práxis de Gramsci e os Direitos)*, prelo.

<sup>32</sup> Expressão e tese de marco Aurélio Nogueira, in *Max Weber: A burocracia e as Armadilhas da Razão*, São Paulo: editorial Grijalbo, 1977, p. 134.

<sup>33</sup> Cf. Gertz, Rene E., in *Introdução a coletânea Max Weber e Karl Marx*, cf. notas 4 e 11. p. 11.

<sup>34</sup> Cf. Lowith, op. cit. p. 17 e 18.



Ambos foram profundamente influenciados pelo historicismo alemão.

Concordavam basicamente quanto às características culturais da sociedade capitalista, elencadas por Birbaum<sup>35</sup>:

« Como todas as outras sociedades, seus objetivos econômicos são arbitrários, no sentido de que eles constituem padrões de valor (no caso do capitalismo - o ganho ilimitado) - a escolha entre os prós e os contras é uma opção arbitrária. O valor de ganhos ilimitados não existia em sistemas tradicionais, por obra de sua determinação em imitar os ganhos. Mais: o capitalismo representa uma ruptura com o tradicionalismo, tanto no que diz respeito aos meios quanto aos fins econômicos. Isto não significa que o capitalismo seja indisciplinado, em contraste com os procedimentos tradicionais santificados. Mas significa que a disciplina econômica especificamente capitalista é a da maximização da eficiência técnica. Marx e Weber concordam que isto tem consequências importantes para a atividade não econômica. Para Weber este princípio era fundamentalmente incompatível com uma visão mágica ou sacra do mundo. Marx também se deu conta da relação entre a emergência do capitalismo e o banimento da magia do Ocidente: « Na mesma época em que, a Inglaterra se parava de queimar bruxas, começou-se a enforcar os falsificadores de dinheiro »

Weber aceita os estágios do desenvolvimento (MP) mas tão somente em termos de « tipos ideais », ou seja, em termos heurísticos.

Aceita também o conceito de classes sociais e de luta de classes, negando-lhes, todavia, o papel atribuído às mesmas - escatológico em relação ao papel proletariado.

Mommsen<sup>36</sup> nos lembra que Weber considera válido o marxismo nos seguintes termos:

« Para ele o marxismo só era aceitável sob duas formas. : ou como teoria política aue, em vez de recorrer a verdades objetivamente científicas, proclama a luta revolucionária contra a ordem social supostamente injusta, com base em convicções éticas fundamentais, e isto sem preocupação com as consequências que possa trazer para os indivíduos, ou como uma sistematização de brilhantes hipóteses típico-ideais, que como tais merecem a maior atenção por parte de todos os cientistas sociais e que conseguem aumentar em muito o nosso conhecimento sobre a essência das sociedades modernas »

As divergências, algumas delas parecem flagrantes:

Marx, na tradição hegeliana dá continuidade ao projeto teleológico em termos de história, com aspiração de indicar, e em termos normativos, o sentido do social enquanto totalidade, acreditando no progresso e no destino do proletariado, uma classe social portadora do novo projeto social parido das entranhas da sociedade burguesa.

<sup>35</sup> Cf. Birnbaum, Norman, "Interpretações conflitantes sobre a gênese do capitalismo: Marx e Weber", in *Max Weber e Karl Marx*, ob. cit. notas 4, II e 22. p 103.

<sup>36</sup> Cf. Mommsen, Wolfgang, "Capitalismo e Socialismo. O confronto com Karl Marx", in *Karl Marx e Max Weber*, ob. cit. notas 4, II, 22, p. 152.

Sabe-se que a posição de Weber renuncia à aspiração de totalidade, e isso deriva de sua formação neokantiana (herdadas de Rickert e Windelband), que excluía a possibilidade –suposição de Marx– de que o movimento da história teria uma « direção geral ». Weber considera essa pressuposição marxista já ilegítima em Hegel. Esse conceito total de história traz no seu bojo uma « lógica imanentista » e uma visão de mundo rejeitada por Weber, uma *Weltanschauung* da qual teria origem a idéia de futuro melhor. Weber acusa de metafísica essa visão profética de Marx, pois dela deriva uma « ética de fins últimos » –ética da convicção– que não garante a negação da barbárie, mas reforça o risco, e por efeitos reversos, do irracionalismo.

Também o prognóstico de Marx quanto ao colapso da sociedade capitalista, por efeito de suas crises cíclicas, e em progressão geométrica não indica por si a trilha do socialismo como projeto e construção naturais, imunizados contra as características específicas da sociedade industrial moderna, originariamente criticada nas sociedades capitalistas. Weber bem anteviu o germem totalitário nos « socialismos reais »<sup>37</sup>, clarividência de um « burguês com consciência de classe » imediatamente, vaticínio pós tomada de poder por Lenin em 1917, e confirmado de maneira indiscutível.

Quanto a « substituição » do materialismo econômico por uma compreensão culturalista, vale a pena retomar o último parágrafo de Weber na *Ética Protestante*<sup>38</sup> que não permite a leitura dos que entendem ser seu objetivo substituir uma interpretação unilateralmente materialista da história por uma unilateralmente espiritualista. Senão vejamos:

« Aqui apenas se tratou do fato e da direção de sua influência em apenas um, se bem que importante, ponto de seus motivos. Seria, todavia, necessário investigar mais adiante, a maneira pela qual a ascese protestante foi por sua vez influenciada em seu desenvolvimento e caráter pela totalidade das condições sociais, especialmente pelas econômicas. Isto porque; se bem que o homem moderno seja incapaz, mesmo dentro da maior boa vontade, de avaliar o significado de quanto as idéias religiosas influenciaram a cultura e os caracteres nacionais, não se pode pensar em substituir uma interpretação materialista unilateral por uma igualmente bitolada interpretação causal da cultura e da história. Ambas são igualmente viáveis, mas, qualquer uma delas, se não servir de introdução, mas sim de conclusão, de muito pouco serve no interesse da verdade histórica ».

Quanto a Marx, o retorno a sua obra, após a queda do muro de Berlim, tudo aponta para a afirmação de que ele se encontra mais vivo que morto, pois seu legado político-filosófico está em grande medida mais « liberado » das associações com as doutrinas criadas em seu nome, e consequente tendência

<sup>37</sup> Consultar Weber, Max. *Socialismo*

<sup>38</sup> Cf. Weber, Max, *A Ética protestante e o espírito do Capitalismo*, Trad. M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tomás J. M. K. Szmrecsányi. São Paulo: 1989; p. 132.

à bolchevização/stalinização do movimento comunista, em termos gerais. Descartar Marx é tarefa cada vez mais difícil, segundo Renato Janine Ribeiro<sup>39</sup>:

« Hoje, porém, quando no discurso dominante a vitória do liberalismo é apresentada como sinal de que ele tinha razão (como se a razão dependesse de quem fala por último, ou se confundisse com a ultima ratio, que hoje se transferiu dos canhões reais para a economia enquanto imperatrix mundi), criticar Marx requer cautela; para que não se percam suas contribuições ao conhecimento social. É preciso maior cuidado, intelectualmente falando, para contestar quem está vencido do que para desafiar potestades. Assim é que; se já poucos anos era o marxismo de Estado que recusava o pensamento em proveito de algumas apologéticas, hoje essa matriz misológica foi apropriada pelo campo oposto ao seu no espaço político ».

Tarefa também mais sutil, no caso do contraponto entre os dois autores em questão. O pensamento de Marx contém, ao contrário da leitura de Glucksmann, que lhe atribui responsabilidade pelos Gulags, e da mesma forma, e tardiamente, se aproxima Barbara Freitag<sup>40</sup>, ricos elementos em termos heurísticos, alguns desconsiderados pelo próprio Weber, que na fase inicial de sua produção não se preocupou com Marx, e de certa maneira o julgou pela via do materialismo vulgar. Ademais, muitas passagens sobre Marx na Ética Protestante não são isentas de ambiguidades, como constatado por Guiddens<sup>41</sup>. Observa Lowith<sup>42</sup> ter Weber tomado por base de sua crítica mais o materialismo economicista de Stammer, principalmente; a partir do qual Weber constrói, na sua sociologia das religiões, sua corrosiva crítica à explicação monocausal de Marx.

No que pese residir, segundo Mommsen<sup>43</sup>, o maior distanciamento entre Marx e Weber nas suas concepções de mudança social, pois Weber concebia a mudança enquanto agir orientado por valores individuais, o que, explicitaria um princípio irreconciliável com a teoria marxista, acreditamos poder relativizar tal concepção na medida em que, desde Gramsci<sup>44</sup> sabemos que o ator se constrói em relação de identidade cultural com dado grupo, e este por sua vez pode articular-se com as pautas mais amplas no embate das classes sociais.

A questão de fundo colocada por Weber diz respeito ao pressuposto, evidentemente eivado da kulturpessimismus (o que legitima um in-

<sup>39</sup> Cf. Janine Ribeiro, Renato. *A última Razão dos Reis*. ensaios sobre filosofia e Política. São Paulo: companhia das Letras, 1993. p; 12.

<sup>40</sup> Trata-se de coletânea de não marxistas, predominantemente, sob organização de Barbara Freitag e Maria Francisca Pinheiro. *Marx Morreu: Viva Marx*; Campinas (SP), Papirus, 1993. Observa-se o desconhecimento da obra de André Glucksmann, e o trato periférico das obras de Marx, optando-se por leitores do mesmo.

<sup>41</sup> Cf. Guiddens, ob. cit. p.131.

<sup>42</sup> Cf. Lowith, ob. cit. p.25.

<sup>43</sup> Cf. Mommsen, ob. cit. p. 154.

<sup>44</sup> Cf. nosso livro *Gramsci e os operadores do direito*. prelo. Particularmente o capítulo 1, sobre metodologia.

gênuo otimismo na atual conjuntura de fraturas sociais e culturais globais?) de que sendo o mundo produzido dentro de irremediável situação conflitual gerada por valores contrapostos, contraditórios e mesmo antagônicos –irracionalismo de valores– vivemos sob a marca das contradições da modernidade. O paradoxo das consequências –tendência à racionalização burocratizante em todos os níveis– econômico, cultural; estético, subjetivo-afetivo, jurídico, na qual sofremos o impacto por necessidade irreversível (a racionalização crescente), caracteriza-nos como modernos, e nos incita à luta, pois que a coisificação, a quantificação do mundo da vida tem um preço alto na modernização capitalista: a perda de liberdade.

Contra todos Weber ousou apostar, e ninguém deixa de dar-lhe razão pós queda do muro de Berlin, nessa tendência « universal », inclusive vaticinando seus efeitos ainda mais alienantes no socialismo real russo. Na sua célebre palestra de 1918 sobre o socialismo Weber mais uma vez indicava uma afinidade com Marx, quando assinalava que o processo de racionalização na Rússia sob o socialismo burocrático tenderia a constituir um processo similar ao ocorrido nas fábricas, qual seja, o de separação do trabalhador, inclusive o trabalhador intelectual, em relação aos instrumentos de trabalho<sup>45</sup>.

Weber nos ensina que a ética moral é essencialmente uma ética de comportamento irracional no sentido em que, enquanto ética da convicção, costuma ser indiferente quanto as consequências da ação. Pelo contrário, a ética da responsabilidade constrói-se pelo cálculo entre os meios dados, as oportunidades e as consequências do agir. Tal ética é sempre relativa, jamais uma ética absoluta. Tal ética deriva da concepção weberiana de racionalidade dos meios e racionalidades para uma finalidade.

A irracionalidade está dada quando ocorre a inversão da relação meios/fins, ressaltando ainda que, quando o meio se torna fim em si mesmo, temos também mais um traço do irracionalismo. O exemplo no domínio jurídico diz respeito à sua definição considerada estritamente enquanto racionalidade formal, como o faz Kelsen<sup>46</sup>, por exemplo. O mesmo ocorre, nos termos weberianos, quando se busca um direito « alternativo » fundado em critério de interesses que por definição são expressão da racionalidade material. Neste ponto advém a importante questão do pluralismo jurídico e político, uma faca de dois gumes. Pode indicar progresso, ou romantismo conservador, quando não posições reacionárias. Não é também lógica, e óbvia a pressuposição de ser o pluralismo de caráter emancipatório aquele imanente aos movimentos populares, por melhores que sejam as suas intenções. A tomada de

<sup>45</sup> Essa alienação no interior do trabalho intelectual já havia sido apontada por Weber, Max in *Economia e Sociedade*. Consultar, sobre ARGUELLO, Katie S. C. ob. cit. p.

<sup>46</sup> Uma coletânea de extrema criatividade pela escolha de temas e autores é a de Oscar Correias. *El Otro Kelsen*. México: Universidad Autónoma de México, 1989. Nela encontramos um artigo de Hans Kelsen. “El concepto de Estado na Sociologia comprensiva” p. 267-281, e de Norberto Bobbio, “Kelsen e Max Weber”, p. 57-77.

partido de uma pressuposta natureza boa do ser humano, ao menos das camadas populares é marcada por um otimismo injustificado, já em certa leitura de Marx, e eivada de ambiguidades cristãs. O que nos diria Weber<sup>47</sup>:

« Quem deseja a salvação da própria alma ou de almas alheias deve, portanto, evitar os caminhos da política que, por vocação, procura realizar tarefas muito diferentes, que não podem ser concretizadas sem violência. O gênio, ou demônio da política vive em estado de tensão extrema com o Deus do amor e também com o Deus dos cristãos; tal como este se manifesta nas instituições da Igreja ».

Obviamente que Weber era um tanto pessimista, não um resignado. Seu pessimismo, contudo distinguia-se do de Nietzsche, de caráter mais aristocrático e individualista<sup>48</sup>. O pessimismo de Weber nos parece um componente do realismo dos que compreendem a política como espaço de força, todavia, sem deixar-se seduzir por sua restrição à promessas típicas de uma forma de ética da convicção, por exemplo, religiosa « fundamentalista », desprovidas da mediação do trabalho reflexivo, e da disposição de avaliação entre ação e consequências possíveis (o que estabelece o campo da previsibilidade, face a possibilidade da indeterminação histórica). A ética da convicção não existe em termos puros, paralelamente, ou à distância da « ética da responsabilidade ». Elas se autodefinem, pois a « ética da convicção é, ao mesmo tempo inconciliável com a ética da responsabilidade, mas a ela não se contrapõe, mas a complementa. Como ensina Jessé Souza<sup>49</sup>:

« O ético por responsabilidade tem de agir simultaneamente com dever, que Weber define como dedicação apaixonada a uma causa supra-pessoal, e com conhecimento da realidade na qual a atitude ética deverá objetivar-se. Uma responsabilidade dupla, portanto, pela consideração adicional dos efeitos ».

## **V. Razão técnica e liberdade.**

### **V.1. Racionalidade Jurídica e Herança da Ilustração.**

---

<sup>47</sup> Cf. Weber, Max, *Ciência e Política: duas vocações*, p. 120.

<sup>48</sup> Sobre Nietzsche, indicando identidades e divergências de fundo, consultar Eugène Fleischmann, "Weber e Nietzsche", in Gabriel Cohn, *Sociologia: para ler os clássicos*, Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1977. p. 136-185.; e Gabriel Cohn; *Crítica e Resignação: Fundamentos da sociologia de Weber*, São Paulo: A. Queiroz, 1979. p. 100-113.

<sup>49</sup> Cf. De Souza, Jessé., em artigo primoroso sob o título "Homem, cidadão e modernidade em Weber", *Lua Nova. Revista de Cultura e Política; Cidadania*, nº 33, São Paulo, 1994, 137-138. Também consultar a excelente tese de doutoramento do mesmo autor *O desenvolvimento e o diagnóstico da Modernidade Ocidental. Um diálogo entre Jürgen Habermas e Max Weber*. Acadêmica, prelo.

O sociólogo do direito parece estar balizado pelo duplo objetivo de estabelecimento dos fatores externos e internos que contribuem para a racionalização do direito moderno; partindo da distinção weberiana « bastante nítida entre dogmática jurídica, que diz respeito ao dever ser e organiza as normas num sistema logicamente coerente e a sociologia jurídica que não tem como tarefa sua se colocar o problema da validade ideal de normas mais pelo contrário, busca a validade empírica e sua efetividade relativa », nas palavras de Vicent<sup>50</sup>, na medida em que o conhecimento adquirido a partir da sociologia do direito possa oferecer informações úteis a serem apropriadas pelos operadores jurídicos ações sócio-profissionais, tanto como técnicos ou enquanto cidadãos.

Vê-se em Weber, e deduz-se de Marx um ponto em comum sobre a técnica jurídica, diriam os críticos de ambos, uma visão estatista e « positivista » do direito, pois situada enquanto parte da racionalidade moderna capitalista, que é preponderantemente racionalidade instrumental. Todavia, não se reduz a isso, anulando-se a potencialidade racionalizadora/reorientadora da racionalidade dominante. Weber, mesmo sendo um crítico do otimismo das Luzes insere-se, como indicado, junto a Marx na tradição crítica da Ilustração, na medida em que define, e indica o duplo senso da racionalização do direito moderno. Ignorar as possibilidades da dogmática jurídica, identificando-a e limitando-a à racionalidade instrumental constitui uma atitude ingênua, e antidialética, quando não irresponsável em termos políticos, por ignorar e negar as diferentes experiências históricas, caso a caso, medindo os abanicos e os retrocessos no que se refere ao direito positivo, uma realidade não confundível com positivismo, uma filosofia. Vejamos como um intelectual e político do porte de Tarso Genro<sup>51</sup> nos enfatiza a importância do direito positivo moderno:

« O Iluminismo e a Ilustração têm raízes no Renascimento e a democracia, com o Estado de Direito, a cidadania e a liberdade de opinião, é o desfecho deste processo, aliás, dura conquista efetivada principalmente através das lutas operárias. O indivíduo formado pela modernidade é sensível, inclusive pelos valores de caráter personalista agregados por ela, à questão da democracia e da liberdade que a barbárie pós-moderna tensiona para eliminar ».

Em defesa do direito moderno, ameaçado pelas ações políticas neo-liberais –O Estado Mínimo– Tarso Genro, com sua lucidez, também espousa a tese da convergência da política de globalização do « novo liberalismo » com a barbárie acadêmica pós-moderna. Neste momento os discursos pluralistas em termos de racionalidade jurídica devem ser repensados, ou pensados em termos redifinitórios da dogmática jurídica existente, e não em termos

<sup>50</sup> Cf. Vincent, Jean-Marie., op. cit. p.234.

<sup>51</sup> Excelente trabalho de Tarso Genro, “Uma Nova Identidade para a esquerda”, *Humanidades em Revista*. Ijuí, Editora Unijuí, n° 1, julho/95, p. 16.

metafísicos/transcendentes. Ainda Tarso Genro<sup>52</sup> nos possibilita visualizar a metamorfose das idéias libertárias, nesta feliz passagem:

« O ideário anarquista de destruição de qualquer forma de Estado, « separado » da sociedade, que cumpriu uma função democratizadora radical nos primórdios do capitalismo (quando a questão central é a democratização e o caráter público do Estado) passa a ser conservador. Passa a ser um aliado involuntário do neoliberalismo, pois, se remete contra a necessidade de regras que coibam o autoritarismo estatal, também obsta que no Estado oriente o desenvolvimento e assegure direitos individuais e coletivos ».

## V.2. Técnica. Sinônima de dominação?.

Marcuse, ao mesmo tempo em que parece não ter compreendido Weber, por atribuir-lhe o enaltecimento da « racionalidade formal », erroneamente identificada e hipostasiada à sua realização enquanto « racionalidade instrumental », ao mesmo tempo é extremamente realista, —como Weber o foi— embora mais esperançoso que este, por acreditar n'outra racionalidade, alternativa, na qual a técnica não expressaria o aspecto formal, a « razão da dominação », « a armadura da servidão », mas a « razão técnica » enquanto « técnica para a libertação ».

Do nosso ponto de vista, a Ilustração nos legou uma racionalidade normativa, cujos potenciais de racionalidade ainda não tiveram a oportunidade de realizar-se. Nela predominavam os ideais de igualdade, sobre os ideais de liberdade. A modernidade realizada, a capitalista, originariamente, colocou a base do paradigma indústria, fundando uma via de modernidade. Construída pelo viés do individualismo burguês, com subsunção da igualdade na liberdade definida pela organização social do mercado. Assim, dissocia-se da racionalidade normativa ilustrada uma modernidade já anti-moderna ao nascer, posta a realização de uma modernização de cunho industrial, capitalista, por origem, e também presente nos « socialismos de caserna », aproveitando a expressão de Kurz<sup>53</sup>.

Os princípios mais universais não foram institucionalizados e realizados nas modernizações industriais, todavia, como racionalidade normativa, não foram « esgotados », afastados ou « superados », pois identificam-se com as lutas pelos valores mais nobres da modernidade, e não com a racionalidade instrumental, que se adequa as formas de modernização industrial indicadas. Deve-se salientar:

<sup>52</sup> Cf. Genro, Tarso., op. cit. p. 20.

<sup>53</sup> Consultar Kurz, Robert, *O colapso da modernização. Da derrocada do socialismo de caserna à crise da economia global*; Tra; Karen Isabe Barbosa. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

1º) o papel positivo da formalização dos direitos e das regras na construção democrática;

2º) a possibilidade da técnica jurídica, caracterizadora do direito moderno, mediar com relativa autonomia a arena dos conflitos e regulações sociais, portanto, autonomizando-se face à identidade histórica enquanto racionalidade instrumental, preponderante.

É tempo de enfatizar: a) que Weber indicou, de certa maneira como Durkheim, estar a complexidade da sociedade industrial acompanhada em sua essência pelo fenômeno burocrático. Daí retirar-se um Weber defensor empedernido da burocratização parece conclusão abusiva. O direito moderno é expressão positiva desse movimento, embora o positivismo presente no mesmo configura-lhe o aspecto negativo, pois possibilitador da reprodução da sociedade capitalista nos limites radicalizados da jaula de ferro típica da racionalidade instrumental; b) que a reconstrução da dogmática jurídica não se fará por fora dela mesma, mas por dentro, até porque não há como se fugir, por maior o esforço criativo, –na teoria e na prática alternativas–, do lugar estrutural do direito nas sociedades marcadas pela alta complexidade de base urbano-industrial; c) que numa conjuntura mundial marcada pela conjunção de filosofia pós-moderna e política neo-liberal, e manifestações múltiplas de movimentos sociais étnicos –terreno do pluralismo político e jurídico–, a mediação dos conflitos crescentes e a possibilidade de contenção do avanço da barbárie –via regulação/pacificação de conflitos– passa pela defesa do estado de direito, do direito positivo enquanto condição de possibilidade primeira de esboço de redefinição da racionalidade jurídica, no sentido apontado por Marcuse na citação que abre este tópico.

### **V.3. Mudança Social: dogmática jurídica, sociologia do direito e operadores jurídicos.**

À sociologia do direito não é dada a tarefa primeira no plano preditivo-normativo. Cabe-lhe principalmente oferecer modelos compreensivos sobre referenciais empíricos-concretos, a serem utilizados nas ações sócio-políticas. Não é legítima uma sociologia jurídica de caráter teleológico no sentido profético. Aos operadores jurídicos e atores políticos abrem-se as possibilidades de ações sociais orientadas pelas informações aportadas pelo conhecimento em geral, em particular pela sociologia do direito.

Obviamente que por vezes misturam-se o « cientista », no ofício de « sociólogo do direito » e o « político », no sentido de ator que busca a mudança social ou defende uma « boa causa ». Cada lugar social com suas éticas específicas a preponderar. O sociólogo do direito, com a « ética da responsabilidade », e o político com sua « ética da convicção », em termos de preponderância –é necessário repetir–, uma complementando a outra, formando, na expressão de Weber, o « homem autêntico ».



Não se trata da assunção rígida da posição weberiana em diferenciar os espaços institucionais e sociais (somente distintos em termos analíticos-ideais), das duas « vocações » - que poderia parecer uma aproximação da pretensão « neutral » do neo-positivismo. Weber bem ressaltou a especificidade das duas vocações, a do conhecimento, e a da política, estando aquele condicionado por este, um campo de potencia/força, embora não oposto ao da ética, como um certo senso comum tem relido em Weber, antiweberianamente<sup>54</sup>.

Em países marcados pela condição de periferia na ordem mundializada do Capital, sem tradição de lutas democráticas, mas de práticas profundamente de cunho patrimonial e autoritário, os problemas para a constituição do estatuto da sociologia do direito tornam-se mais complexos. Isto decorre da falta de institucionalização da profissão acadêmica, cujos méritos muitas vezes são definidos por critérios outros que não o de excelência. Por outro lado, a profunda fratura social, as desarticulações enormes entre e intra classes sociais, nos níveis social, cultural e econômico, cindindo a população entre cidadãos e sub-cidadãos, (pois que a maioria encontra-se numa pré-modernidade), produz efeitos perversos na inteligência: uma pequena burguesia universitária conservadora e descomprometida com as discussões sobre a ordem social; e um substrato de esquerda disponível às ações que perseguem alguma mudança, embora dragada pela intensa dinâmica da política, sem o necessário tempo de construção dos espaços analíticos à produção de arsenal com maior potencial emancipatórios nas práticas sociais.

A crítica incide em certa confusão. No afã de exercitar o projeto de mudança, teoricamente e na prática, acaba por pregar uma « substituição ideal » da dogmática jurídica –considerada como burguesa, ou « mera racionalidade instrumental »–; desconsiderando seus graus institucionais-históricos, e a especificidade da racionalidade jurídica moderna, reduzindo-a às experiências e expressões históricas nas quais há nítido caráter de técnica para a dominação. Perde-se de vista, desta maneira, tanto o não negligenciável saldo de lutas populares acumuladas no jurídico –e que deve ser preservado– como também o rico potencial de racionalidade normativa herdada da Ilustração, cujos princípios maiores ainda não foram devidamente explorados, começando pela luta por efetividade de normas constitucionais sonegadas.

A sociologia do direito parece ter nesse campo da validade das normas, em termos de eficácia social, um terreno a ser cultivado, mesmo porque mais propício a oferecer conhecimentos teóricos sobre o empírico-prático de relevância imediata para os profissionais do direito, tanto na qualidade de técnicos como na condição mais ampla de cidadãos.

Assim, concluindo, Marx e Weber podem fornecer subsídios para uma sociologia do direito alternativa à oficial, sistêmica e de base conservado-

---

<sup>54</sup> Sobre essa questão das relações entre ética e política em Weber consultar o excelente trabalho de Nelson Boeira, “Max Weber e o Ethos do Político”, *Revista de filosofia. Manuscrito*. Universidade Estadual de Campinas - Unicamp, vol I, n° I, outubro de 1977. p. 101-118.

ra. Marx, pela crítica radical à sociedade capitalista, que bem demonstrou como cientista, e pela crença na possibilidade de transformação social, construindo-se caminhos para a emancipação humana da opressão, que motivou a sua ação política como militante comunista. Weber, pelo realismo quanto aos paradoxos da modernidade, posta a tendência à racionalização crescente com perdas de liberdade, e pela desconfiança nos profetas e messias que acreditam no progresso da razão e da ciência, no sentido liberador do homem, negando na esquerda uma pressuposta « lógica dialética » presente em Marx<sup>55</sup>, mas não exclusiva, e que contribui à defesa escatológica de modelos ontológicos extremamente doutrinários.

Mas o ponto de completude e de maior apropriação entre os dois pensadores parece-me ser o da ação política. Weber não deixava de ser preditivo, mas indicava as armadilhas do ser moderno, situação na qual as estruturas institucionais jogam um papel deveras importante e limitativo, alertando para a necessidade do fazer-se política como condição da construção da democracia. Mesmo sem ser um otimista como Marx, e de certa forma Habermas, indica ricas pistas no sentido de lembrar ao ator social ser o ação e o sentido na história ricos em possibilidades. Tal sentido não é pré-determinado ou sobredeterminado, restando a previsibilidade do agir ao campo do sopesar-se estratégias e possíveis consequências. Isso evitaria o « eterno retorno » às trilhas da barbárie. Esta não é uma característica genética ou prerrogativa da direita, pois tem emergido no seio das lutas populares, e em nome de Marx (somente Stálin, e o estalinismo pode competir em termos de barbárie com o nazismo, com fortes indícios de superação em atrocidades, e milhões de vidas ceifadas...).

Uma das expressões acadêmicas do irracionalismo parece ser a negação, ou a objeção à continuidade do contraponto entre Marx e Weber, se tomados como antípodas, por sectarismos de teor sistêmico, marxista ortodoxo, ou de caráter ideal-transcendental. Outra forma irracionalista aparece na teorização das práticas jurídicas « plurais » dos movimentos populares, dos « sem terra », por exemplo, de certa forma « negados » na legalidade estatal. Explico-me. O fato da real exclusão da cidadania não os faz « fora » da racionalidade jurídica, existente ou legada da racionalidade normativa da Ilustração, ao ponto de definir o direito positivo –mesmo minado pelo caráter classista– como « burguês », derivando daí a descrença absoluta no Poder Judiciário, e mesmo na democracia.

Ressalte-se o desconhecimento da lição weberiana de que o conflito entre racionalidade formal e racionalidade material é inelutável, não podendo ser eliminado, restando aos protagonistas do conflito a construção compromissória entre princípios de racionalidade formal (normativos herdados da Ilustração) e princípios materiais de valor, como solução para um futuro

---

<sup>55</sup> Consultar Lowy, Michael, “De Karl Marx a Emiliano Zapata. Critique de la logique du progrès et le enjeu des mouvements social”, *Congrès Marx International*, Paris. set. 1995.

previsível, segundo Mommsen<sup>56</sup>. A quem serve a tese da falência das instituições, dos poderes duais e paralelos, quando não da « guerra de movimento », senão aos inimigos da democracia?. A superação desses impasses coloca como possibilidade a redefinição da racionalidade jurídica, n'outro sentido que não o da preponderância da « razão técnico-instrumental » a serviço da exploração, nem tampouco em termos de uma « utopia neo-racionalista »<sup>57</sup> de improbabilidade evidente.

---

<sup>56</sup> Cf. Mommsen, ob. cit. p. 170.

<sup>57</sup> Expressão cunhada por Michael Lowy na resenha do livro de Philippe Ranaud, Max Weber e les dilemmes de la raison moderne, Paris, PUF, collection « Recherches politiques », 1987. In Weber e Marx, Actuel Marx, n. II, Paris: PUF, 1993. Lowy lembra com grande pertinência que Weber, ao contrário de Habermas não acredita na possibilidade de uma racionalidade prática. « Parece-me que o perspectivismo weberiano é, com relação a nossa época, um ponto de vista ao mesmo tempo mais lúcido e mais crítico que o modelo linguístico de Habermas. A utopia neo-racionalista de Habermas é sedutora, mais fundada em ilusões tipicamente liberais sobre as virtudes milagrosas da « discussão pública e racional dos interesses », a produção consensual de « normas ético-jurídicas », etc. Como se os conflitos de interesses e de valores entre as classes sociais, ou a « guerra dos deuses » na sociedade atual entre posições morais, religiosas, ou políticas antagonicas pudessem ser resolvidas por um simples paradigma de comunicação intersubjetiva, de livre discussão racional. E como se a atividade comunicacional pudesse ser inteiramente separada da atividade instrumental (a produção econômica, o poder político; etc), p. 133-134.

---

## RESEÑAS

---

## HISTORIA DE LA IDEAS JURÍDICAS

### RESEÑA

HUMBERTO ROSAS VARGAS

La presentación del libro que hoy reseñamos tuvo verificativo el 3 de noviembre de 2008, en el auditorio Ignacio Burgoa de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. En tan magno evento, el profesor Antonio Carlos Wolkmer se concentró en la exposición de los aspectos relevantes del pensamiento jurídico luso-hispánico, tópico que comprende el tercer capítulo de *Historia de la ideas jurídicas. De la antigüedad clásica a la modernidad. Síntesis*, editado en México por la casa editorial Porrúa. No obstante ello, el alcance de este nuevo trabajo es más amplio y, su proyecto, más ambicioso.

La estructura del libro se integra por cuatro capítulos denominados: I.- Los orígenes del pensamiento jurídico en la antigüedad clásica, II.- Trayectoria del pensamiento jurídico en la edad media, III.- Esbozo de la tradición jurídica en la América luso-hispánica y, IV.- Evolución de las ideas jusfilosóficas en la modernidad occidental. Es pertinente resaltar la trascendencia de esta obra como una extensión de *Introducción al pensamiento jurídico crítico* (México, 2003), texto en el que el autor expone y argumenta los fundamentos para una teoría crítica del derecho.

La relevancia de *Historia de las ideas jurídicas*, es su giro metodológico en el tratamiento de un tema controversial como lo es la producción del saber jurídico. Como afirma Antonio Carlos Wolkmer: “la presente propuesta demuestra las condicionantes histórico-sociales de cierta época sobre determinado pensamiento y su gestación cultural y, recíprocamente, la función interactiva de ciertas verdades, expuestas por jusfilósofos que no sólo contribuyeron para reflexionar y desarrollar conceptualizaciones históricas de justicia y legalidad, sino que hicieron sus ideas universalizadas, tornándolas modelos de referencia jurídica en la modernidad” (México, 2008, p. XIV). El trabajo de nuestro autor está vinculado sí, con el tema de la producción del derecho, pero sobre todo, con las formas de saber, de representación social y de poder a las cuales se asocia.

El derecho de la modernidad se expone como uno particularmente definido por el idealismo abstracto jusnaturalista, por el formalismo dogmático-positivista y por la retórica liberal-individualista. Conclusión ésta que se colige del riguroso examen histórico y del poderío de la argumentación sobre los que se erige cada uno de los capítulos del libro.

Aparece así, el interés primero e ineludible por el mundo griego. Por la aproximación literaria de la dramaturgia y la obra homérica, la devoción por el pensamiento presocrático, la imagen de la sofística y su disquisición sobre la *physis* y las *nomoi*. Referencias todas que conducen a la tradición platóni-

co-aristotélica, y a su influencia en la noción de derecho natural. En este rubro, la idea de Justicia es expuesta con profusión y con la cita expresa de los pasajes atinentes de *La República*, *El Político*, *Las Leyes* y *Ética* a Nicómaco.

La cronología histórica seguida por nuestro autor, remite a la inexorable indagación de la Roma clásica. Marco Aurelio, Cicerón y Justiniano son retratados como la fidedigna expresión de un pragmatismo que se contrapuso a la abstracción de las consideraciones metafísicas y definió el rigor técnico y el poderío operativo del sistema normativo propio de la civitas. El pensamiento romano, en su practicidad, es descrito como dentro y origen de una cierta tradición jurídica que caracteriza a Occidente. La remisión a *De República* y *De Legibus*, a las compilaciones pre-justinianas y al *Corpus Iuris Civilis*, explicita los argumentos sobre los cuales “el Imperio Romano, dominado por valores fundados en la fuerza, en la guerra y en la esclavitud, desarrolló prácticas administrativas centralizadoras, favoreciendo la formalización de un derecho positivo eficiente, pero discriminador y conservador, que legitimaba una sociedad dividida en hombres libres, considerados ciudadanos, y hombres siervos, equiparados a objetos (México, p. 25)”.

El análisis del Medievo se inicia con lo que el autor denomina “el jusnaturalismo geocéntrico” en San Agustín. La dicotomía entre la civitas coelestis y la civitas diaboli es utilizada como base para esgrimir los argumentos que sustentan a la ley positiva en tanto extensión de la ley eterna, para arribar a la conclusión prevalente en el pensamiento del obispo de Hipona: “la concepción de justicia verdadera sólo se efectúa en el ámbito del cristianismo, vivenciado, en su contenido, por las prácticas del amor, de la caridad y la fe cristiana” (México, p. 29). Igualmente vigorosas son las referencias a la obra de Tomás de Aquino y Dante Alighieri. La revisión a *Summa Theologica* y *De Monarchia* es el preámbulo para arribar al estudio de El defensor de la paz de Marsilio de Padúa, todo lo cual anuncia el tratamiento del último capítulo del libro.

El furor del Renacimiento se explica con una exposición de la Reforma Protestante y sus implicaciones en las escuelas jus-racionalistas de los siglos XV a XVIII. El Idealismo abstracto y el período del criticismo alemán se concentran en la figura de Immanuel Kant, cuyo pensamiento es analizado desde la perspectiva de la obediencia irrestricta a la ley y la adhesión personal a la moral como presupuesto de la actividad individual.

En un intento plausible por exponer la influencia del pensamiento marxista, el autor se concentra, finalmente, en una detallada revisión de La cuestión judía y la filosofía de los derechos humanos. La propuesta de Antonio Carlos Wolkmer es provocativa y su pretensión devela un cariz crítico e innovador para las generaciones venideras de juristas. Ciertamente este libro se erige como medio propicio para generar “una conciencia crítica capaz de utilizar el derecho como instrumento de construcción de una sociedad más comprometida con valores nacidos de luchas sociales y de prácticas emancipadoras”.

Wolkmer, Antonio Carlos, *Historia de las ideas jurídicas. De la antigüedad clásica a la modernidad. Síntesis, Traducción y prólogo de Alejandro Rosillo Martínez*, México, Porrúa, 2008, pp. 142.

**NORMAS EDITORIALES DE CRÍTICA JURÍDICA Y CONDICIONES DE ENVÍO A DICTAMEN. EL TÍTULO ES EN TIME NEW ROMAN, 16 PUNTOS, CENTRADO Y EN NEGRITA (COMO ÉSTE)**

*AUTOR 12 PUNTOS MARGEN DERECHO<sup>1</sup>*

**Resúmen (Resumo y Abstract):** En Time New Roman 8 puntos, sin sangría, interlineado sencillo. No más de doce líneas, en español o portugués, traducidas al inglés. Los integrantes brasileños de la revista traducirán el resumen al portugués en su caso. No se pone el grado académico del autor.

**SUMARIO:** 1. Capítulos o apartados, 2. En el sumario no van los subcapítulos.

1. Se usará numeración arábica Time New Roman 12 puntos, normal

### **Introducción**

Estilo de texto, en Word para PC: primer párrafo sin sangría izquierda, time new roman 12 puntos interlineado 1,5 líneas. Se aceptará excepcionalmente el modo de citar Harvard. Se usa el propio: Hans, Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM-Coyoacán, año, página 2. (Nombres o apellidos en minúscula, primero el nombre y después el apellido: Carlos Marx y no Carlos MARX). Las citas de artículos brasileños se harán conforme con el estilo vigente en ese país. No se pone el grado académico del autor.

#### **1.1. Subtítulo idem (sin punto final)**

El segundo párrafo y los demás, con sangría izquierda. Revistas: Nombre, Apellido, “Título del artículo”, en Nombre de la revista en cursivas, Ciudad, Editorial, número 5, página 3. O bien, Nombre, Apellido “Título del capítulo en libro”, en Nombre, Apellido (Coordinador), Nombre del libro en cursivas, Ciudad, Editorial, páginas 609 y ss. No se subrayan las páginas web. No se usan mayúsculas para apellidos de autores citados.

#### **1.1. Subtítulo**

Al lado del nombre del autor, se inserta un pie de página, y en éste sólo la universidad de pertenencia y el correo-e. En itálicas: nombre de libros, revistas, ciencias y disciplinas, y palabras que no sean del idioma del artículo.

---

<sup>1</sup> Sólo el nombre de la universidad y correo-e. Sin sangrías, time new roman 10 pts.



En mayúsculas Nombres propios y Nombre de Ciencias. Las palabras “estado” y “derecho” se escriben con minúsculas a menos que se trate de nombres propios como Estado de México o nombre de disciplinas como Derecho Constitucional.

Cuando se escribe –entre rayas– deben ser rayas -y no guiones. Se busca en “insertar” símbolos especiales.

### **1.2. Otro subtítulo**

No se usa nunca el subrayado. Se deja un espacio, y sigue la cita:

Las citas en el texto, en time new roman 10 puntos, interlineado sencillo, sangrado sólo izquierda, a 2.5 centímetros del margen. La inserción de notas se hace después del punto, coma o punto y coma. Así.<sup>2</sup> Y no así.<sup>3</sup>

Y se continúa escribiendo como párrafo normal.

## **2. Normas de Crítica Jurídica**

Crítica Jurídica tiene como objetivo publicar trabajos relacionados con la teoría crítica que se refieran a temas relacionados con la Teoría, la Sociología y la Filosofía del Derecho. Con este fin, Crítica Jurídica recibe trabajos originales que profundizan en tales temáticas, y plantean soluciones cada vez más adecuadas.

De acuerdo con el punto anterior se reciben solamente trabajos originales que no hayan sido publicados al momento de ser propuestos para su publicación en la revista. Los autores se comprometen, al enviar su trabajo a la revista, a no publicar éste hasta que, en su caso y previo dictamen positivo, el trabajo haya sido publicado por la revista. El autor es dueño de todos los derechos sobre su trabajo una vez que este ha sido publicado; sin embargo, si el autor decide publicarlo en otro medio impreso se compromete a mencionar en dicha publicación que el trabajo ha sido ya publicado en Crítica Jurídica, mencionando el número y la fecha en que ha sido publicado en esta revista.

## **3. Más condiciones**

Los trabajos deben incluir un resumen en español o portugués, y otro en inglés, cada uno de menos de 12 renglones. Además se sugiere a los autores que incluyan al menos cinco palabras claves de su trabajo en ambos idiomas.

---

<sup>2</sup>

<sup>3</sup>

Todos los trabajos que se envíen con fines de publicación serán sometidos a una “revisión por pares”, esto es cada trabajo recibido será sometido a un dictamen riguroso realizado por, al menos, dos árbitros de reconocida trayectoria académica dentro de las áreas temáticas a que se dedica la revista. Los dictámenes serán a doble ciego, es decir, el nombre del dictaminador será desconocido para el autor y viceversa. Los resultados de dichos dictámenes son inapelables y pueden consistir en: aprobar el trabajo para su publicación, recomendar la no publicación del trabajo, o sugerir modificaciones al trabajo para que este sea aprobado para su publicación. En caso de que se resuelva que el trabajo necesita ser modificado para ser publicable, será responsabilidad del autor realizar dichas modificaciones.

Al momento del envío del trabajo, el autor debe acompañar una carta de compromiso de originalidad, mediante la cual se compromete expresamente a que el trabajo que ha enviado no ha sido publicado con anterioridad ni será publicado durante el proceso de dictaminación y publicación. El autor mantiene los derechos sobre su trabajo y puede publicarlo después de que haya sido publicado en la revista, solamente debe hacer mención en la nueva publicación que dicho trabajo ha sido ya publicado en la revista, indicando el número en que lo haya sido.

Los trabajos deben ser enviados por correo electrónico a la siguiente dirección: [crijurid@yahoo.com.mx](mailto:crijurid@yahoo.com.mx). Además, del archivo electrónico con el trabajo, el autor deberá adjuntar una breve reseña curricular en un archivo por separado, en el cual se incluya su puesto o cargo y la institución en que se desempeña actualmente, su dirección postal, su teléfono y su dirección de correo electrónico. Además deberá enviar a la dirección postal de la revista (CRÍTICA JURÍDICA, CENTRO DE INVESTIGACIONES INTERDISCIPLINARIAS, TORRE II DE HUMANIDADES, UNAM, C.U., 04410 MÉXICO, D.F.), el trabajo por triplicado. En dos de los documentos se debe omitir el nombre del autor. A los documentos físicos, el autor debe acompañar un disco compacto con el soporte electrónico de su trabajo (en el programa Word para Windows), así como una breve reseña curricular del autor en un archivo por separado, en el cual se incluya su puesto o cargo y la institución en que se desempeña actualmente, su dirección postal, su teléfono y su dirección de correo electrónico. Los trabajos deben ser escritos de acuerdo con las características de este documento.